

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Ass. iur. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Tim Stephan

Redaktion (national)

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

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 76 – 135

- 76 | Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs als Ausdruck einer evidenzbasierten Strafrechtspolitik?**
von Büşra Akay und Prof. Dr. Anja Schiemann
- 88 | „Nein heißt Nein“ oder „Ja heißt Ja“? Der Tatbestand der Vergewaltigung in der Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt**
von Prof. Dr. Jörg Eisele
- 95 | Ein Tatbestand des Verschwindenlassens im deutschen Strafrecht – Völkerrechtliche, straftatsystematische und kriminalpolitische Prolegomena zur Einführung des § 234b StGB-E**
von Prof. Dr. Florian Jeßberger und Prof. Dr. Julia Geneuss, LL.M. (NYU)
- 106 | Der erbitterte Streit über die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung – ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht**
von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M.
- 114 | „Verpolizeilichung“ der Bundespolizei? Zum aktuellen Stand der Reform des Bundespolizeigesetzes**
von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
- 122 | Die Bedeutung von empirischen Befunden für die Strafzumessung in Deutschland – Methodische Bemerkungen anlässlich einer Studie zur Sanktionierung von Sexualdelikten**
von Jessica Krüger
- 129 | Empirische Untersuchungen als Anstoß zu einer Reform des Strafzumessungsrechts. Eine Antwort auf Jessica Krüger**
von Philipp Ehlen, Prof. Dr. Elisa Hoven, Anja Rubitzsch und Prof. Dr. Thomas Weigend

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 136 – 141

136 | Möglichkeit der Anstiftung eines strafenmündigen Kindes

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23

140 | Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23

von Dr. Lorenz Bode

BUCHBESPRECHUNGEN | 142 – 147

142 | *Dominik Brodowski: Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europarechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung*

von Prof. Dr. Anja Schiemann

146 | *Majaani Hachmeister: Die Reform der Tötungsdelikte. Unter Berücksichtigung der Gesetzesinitiative des Jahres 2014 und des Referentenentwurfs des Jahres 2016*

von Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs als Ausdruck einer evidenzbasierten Strafrechtspolitik?

von Büşra Akay und

Prof. Dr. Anja Schiemann *

Abstract

Im November 2023 hat das Bundesministerium der Justiz ein Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuches vorgelegt und eine Reihe von Delikten identifiziert, die aufgehoben oder angepasst werden sollen. Wie dies im nächsten Schritt umgesetzt wird, bleibt abzuwarten. Der Beitrag gibt eine Übersicht über die durch das Eckpunktepapier in den Blick genommenen Straftatbestände und bewertet die intendierten Streichungen und Änderungen.

In November 2023, the German Ministry of Justice released a white paper on the modernization of the German Criminal Code, identifying various offenses that will be adjusted or removed altogether. However, the next steps towards these changes are still unclear. This paper will provide an overview of the targeted criminal offenses and evaluate the proposed cuts and modifications.

I. Einleitung

Bereits im Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“ hatten es sich die Regierungsparteien auf die Agenda geschrieben, „das Strafrecht systematisch auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche“ hin zu überprüfen und „einen Fokus auf historisch überholte Straftatbestände, die Modernisierung des Strafrechts und die schnelle Entlastung der Justiz“ zu legen.¹ Dies sei – so das Eckpunktepapier – Ausdruck einer liberalen, evidenzbasierten Strafrechtspolitik, die das Strafrecht als Ultima Ratio begreift.² Das Eckpunktepapier wird seinem Anspruch auf evidenzbasierte Strafrechtspolitik aber nur in Teilen gerecht. Denn eine Streichung historisch überholter Straftatbestände und sprachliche Anpassungen reichen nicht aus, um die in der Überschrift zum Ausdruck kommende „Modernisierung“ des Strafgesetzbuchs in Angriff zu nehmen. Hierzu bedürfte es umfassenderen Reformen, die leider ausbleiben.

II. Aufzuhebende oder inhaltlich anzupassende Straftatbestände

Als aufzuhebende oder inhaltlich anzupassende Straftatbestände nimmt das Eckpunktepapier gleich elf Straftatbestände in den Blick. Neben den Delikten wie dem unerlaubten Entfernen vom Unfallort gem. § 142 StGB und dem Erschleichen von Leistungen gem. § 265a StGB, die schon seit längerem in der Diskussion stehen, wird auch die Streichung weniger im Fokus stehender Deliktgruppen wie dem unerlaubten Glücksspiel nach §§ 284 ff. StGB und der Gebührenüberhebung nach § 352 StGB vorgeschlagen.

1. Verletzung amtlicher Bekanntmachungen nach § 134 StGB

Mit § 134 StGB soll eine überholte Vorschrift aufgehoben werden, die justizpraktisch bedeutungslos ist.³ Geschützt ist die staatliche Informationserfüllung zugunsten der Bürger.⁴ Konkret soll die Beeinträchtigung der öffentlichen Wirksamkeit amtlicher Kundmachungen erfasst werden.⁵ Die amtliche Kundmachung genießt schon seit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 rechtlichen Schutz.⁶ Die heutige Fassung wurde durch Art. 19 Nr. 51 EGStGB von 1974 Gesetz und sowohl in den Straftatvoraussetzungen als auch in den Straftatfolgen erweitert.⁷ Da amtliche Kundmachungen nicht mehr (nur) per Aushang am schwarzen Brett, sondern medial, in Amts- und Gemeindeblättern oder im Internet veröffentlicht werden, ist eine Beeinträchtigung der staatlichen Informationserfüllung nicht mehr zu befürchten. Daher ist die Aufhebung zu befürworten.

2. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort gem. § 142 StGB

Bereits auf dem 56. Verkehrsgerichtstag 2018 haben Experten des Arbeitskreises III Empfehlungen zur Überar-

* Prof. Dr. Anja Schiemann ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Universität zu Köln. Büşra Akay ist dort als Akademische Rätin a.Z. beschäftigt.

¹ Koalitionsvertrag 2021-2025, Mehr Fortschritt wagen, 2021, S. 84, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2024).

² Eckpunktepapier, November 2023, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/1123_Eckpunkte_Modernisierung_Strafrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2024).

³ Die PKS 2022 weist zwei Fälle nach.

⁴ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 134 Rn. 1.

⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 134 Rn. 1.

⁶ Preuß. ALR, Zweiter Teil, 20. Titel, Vierter Abschnitt, § 150.

⁷ Vgl. Sturm, JZ 1975, 6 (9).

beitung des § 142 StGB ausgesprochen, da der Tatbestand zu „gewichtigen Rechtsunsicherheiten“ führe. Insofern sei eine bessere Verständlichkeit der Norm geboten, insbesondere durch eine Begrenzung des Unfallbegriffs auf Fortbewegungsvorgänge und eine Präzisierung der Wartezeiten bei Unfällen mit Sachschäden bei einer telefonischen Meldung. Gefordert wurde auch eine Reform der Möglichkeiten der Strafmilderung oder des Absehens von Strafe bei tätiger Reue in § 142 Abs. 4 StGB. Hier, so der Vorschlag der Experten des Verkehrsgerichtstags, sollte die Begrenzung auf Unfälle außerhalb des fließenden Verkehrs entfallen und die Regelung auf alle Sach- und Personenschäden erweitert werden.⁸

Das Eckpunktepapier sieht nun vor, in Konstellationen von Unfällen mit bloßen Sachschäden alternativ zur bestehenbleibenden Wartepflicht eine Meldepflicht einzuführen. Hierzu sollen Meldestellen eingerichtet werden, an die die entsprechenden Informationen auch digital übermittelt werden können, um so eine zeitgemäße und bürgerfreundliche Option zu schaffen.⁹ Insofern wird hier eine Forderung des 56. Verkehrsgerichtstags aufgegriffen. Da keine weiteren Anpassungsbedarfe benannt werden, ist davon auszugehen, dass die Modifizierung des § 142 StGB weit hinter den Forderungen der Experten zurückbleibt und insbesondere auch die Regelung über die tätige Reue nicht weiter ausgebaut werden soll.

Auch auf dem 62. Deutschen Verkehrsgerichtstag 2024 waren sich die Experten noch einig, dass die Vorschrift des § 142 StGB angesichts der Komplexität reformiert und verständlicher und praxistauglicher formuliert werden sollte. Mit großer Mehrheit sprach man sich dafür aus, dass auch nach Unfällen mit Sachschäden das unerlaubte Entfernen vom Unfallort weiterhin strafbar bleiben sollte. Positiv stand man dagegen der Einrichtung einer zentralen und neutralen Meldestelle gegenüber. Auch wurde die Forderung des 56. Verkehrsgerichtstags wieder aufgegriffen, die Voraussetzungen der tätigen Reue zu ändern und zu erweitern. Sie solle bei jeder Unfallflucht innerhalb von 24 Stunden nach dem Unfall möglich sein.¹⁰

Etwas unklar bleibt, wie die vom Bundesjustizministerium angedachte Reform des § 142 StGB letztlich ausgestaltet werden soll. War ursprünglich geplant, den Tatbestand zu reduzieren und Unfälle, die zu reinen Sachschäden führen, aus dem Anwendungsbereich herauszulösen,¹¹ so scheint diese Reformidee durch das Eckpunktepapier doch wieder ein Stückweit zurückgenommen zu werden. Vielmehr wird sich dem Vorschlag der Verkehrsgerichtstage angenähert, bei Sachschäden lediglich zur

bestehenden Wartepflicht eine – auch digitale – Meldepflicht an eine einzurichtende Meldestelle zu etablieren. Insofern ist die Herabstufung zur reinen Ordnungswidrigkeit gem. § 34 StVO i.V. mit § 49 Abs. 1 Nr. 29 StVO wohl nicht mehr geplant.

Ebenfalls unausgesprochen bleibt im Eckpunktepapier eine Anpassung der tätigen Reue nach § 142 Abs. 4 StGB. Der Anwendungsbereich der tätigen Reue ist aufgrund der Forderung, dass das Unfallereignis ohne Beziehung zum fließenden Verkehr stehen muss, sehr eingeschränkt und spielt daher in der Praxis kaum eine Rolle.¹² Daher sollte – sofern man sich ohnehin zu einer Modifizierung des § 142 StGB entschließt –, auch die Beschränkung auf den ruhenden Verkehr aufgeben und der Anwendungsbereich der tätigen Reue dementsprechend vergrößert werden, um eine praxistauglichere Regelung zu schaffen.

Auch sollte das Bundesjustizministerium überdenken, ob allein der Ausbau der Meldemöglichkeiten ein probates Mittel ist, um die geplante Entkriminalisierung voranzutreiben. Schließlich ist Rechtsgut des § 142 StGB allein die Feststellung und Sicherung der durch den Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüchen sowie der Schutz vor unberechtigten Ansprüchen.¹³ Dann aber stellt sich die Frage, ob hier nicht das Ordnungswidrigkeitenrecht ausreichen würde, um entsprechende Ansprüche zu sichern. Recht zu geben ist aber *Steinert*, dass sich mit einer alleinigen Verlagerung auf das Ordnungswidrigkeitenrecht die vielfach kritisierten Problemfelder im Bereich des unerlaubten Entfernen vom Unfallort nicht beheben lassen, sondern lediglich verschoben werden. Auch im Ordnungswidrigkeitenrecht blieben Unsicherheiten in Auslegung und Anwendungsbereich wegen fehlender Präzisierung der Wartezeit und Bagatellgrenze bestehen.¹⁴ Wenn man insoweit schon von einer Modernisierung des Strafgesetzbuchs im Eckpunktepapier spricht, so sollte dies auch im Rahmen des § 142 StGB Anlass sein, nicht nur über eine Erweiterung der Meldemöglichkeiten nachzudenken, sondern den Straftatbestand umfassend zu reformieren.

3. Ausübung der verbotenen Prostitution gem. § 184f StGB

Auch § 184f StGB, der die Prostitution¹⁵ in Sperrbezirken unter Strafe stellt, soll laut dem Eckpunktepapier aufgehoben werden. Die Vorschrift geht auf das 4. StRG 1973 zurück und wurde seitdem mehrmals umstrukturiert.¹⁶ Inzwischen hat sich bei der gesetzlichen Regelung von Prostitution insgesamt einiges geändert. Die Inanspruchnahme

⁸ Hierzu und zu weiteren Reformvorschlägen vgl. 56. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2018, S. 79 ff., abrufbar unter: <https://deutscher-verkehrsgerichtstag.de/media/Editoren/Dokumentationen/56.%20Dokumentation%20VGT%202018.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.3.2024).

⁹ Eckpunktepapier, S. 1 f.

¹⁰ Vgl. die Empfehlungen der Arbeitskreise des 62. Deutschen Verkehrsgerichtstags 2024, NZV 2024, 72 (73). Kritisch insg. *Ternig*, NZV 2024, 30.

¹¹ Hierzu *Mitsch*, DAR 2024, 15; *Ternig*, NZV 2024, 30 (32).

¹² *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 142 Rn. 62 f.

¹³ *Fischer*, StGB, § 142 Rn. 2; *Zopfs*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 142 Rn. 2; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 142 Rn. 1.

¹⁴ *Steinert*, SVR 2024, 14 (18).

¹⁵ Der Begriff Prostitution/Prostituierte wird hier als Rechtsbegriff bzw. als Begriff für rechtliche Debatten verwendet, dessen Legaldefinition sich in § 2 Abs. 2 ProstSchG findet. Das ProstG, das ProstSchG sowie das StGB verwenden den Begriff der Prostitution. Im Übrigen ist der Begriff Sexarbeit bzw. Sexarbeiterin bevorzugt, der insbesondere von in der Sexarbeit Tätigen als Selbstbezeichnung genutzt wird und den selbstbestimmenden Charakter der Dienstleistung hervorhebt.

¹⁶ *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 02/2024), § 184f Rn. 1.

sexueller Dienstleistungen ist in Deutschland grundsätzlich straflos und nur in wenigen Ausnahmefällen unter Strafe gestellt. Um die rechtliche und soziale Stellung der Prostituierten zu verbessern wurde 2001 das ProstG erlassen, das den Anspruch der Prostituierten auf Entgelt sichern soll.¹⁷ Im Jahr 2016 folgte das ProstSchG, das neben gewerberechtlichen Regelungen auch Maßnahmen gegen Zwangsprostitution und Menschenhandel vorsieht. Damit wurde das Verdikt der Sittenwidrigkeit und Sozialschädlichkeit von Prostitution aufgegeben.¹⁸

Mit dieser Neubewertung der Prostitution ist § 184f StGB unvereinbar. Schon das geschützte Rechtsgut ist fraglich. Die Strafbarkeit schützt nicht die betroffenen Personen vor Zwangsprostitution. Im Gegenteil: Täter können nur Personen sein, die selbst der Prostitution nachgehen. Geht man davon aus, dass das Rechtsgut das Allgemeininteresse an der Vermeidung von mit der Prostitution verbundenen Belästigungen und Gefahren ist,¹⁹ liegen mit den Sperrgebietsverordnungen ausreichende öffentlich-rechtliche Normen des Gefahrenabwehrrechts vor. Ein Straftatbestand lässt sich bei einem bloßen „Verwaltungsunrecht“²⁰ nicht legitimieren. Unabhängig davon ist problematisch, dass § 184f StGB nicht einmal eine Konfrontation mit fremder Sexualität voraussetzt.²¹ Sogar, wenn man davon ausgehen würde, dass das oben genannte Rechtsgut ein schutzbedürftiges ist, ist fraglich, inwiefern eine Belästigung oder Gefahr von Prostitution bei einer bloß diskreten Kontaktaufnahme zwischen Sexarbeiterinnen und ihren Kunden im räumlichen Geltungsbereich einer Sperrbezirksverordnung vorliegen kann, wenn diese Anbahnung weder von Dritten wahrgenommen wird, noch überhaupt öffentlich wahrnehmbar ist. Damit wäre § 184f StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt.²² Selbst bei einer Wahrnehmung durch Dritte bleibt fraglich, wieso die Konfrontation mit der Anbahnung einer sexuellen Dienstleistung als strafwürdig eingestuft werden soll, während anderweitige Konfrontationen mit unentgeltlicher Anbahnung sexueller Kontakte oder sexualisierter Werbung auf Plakatwänden im öffentlichen Raum anders bewertet werden. Im Hinblick auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung²³, der geänderten Normalitätsvorstellungen über Sexarbeit und der rechtlichen Neubewertung, die sich im ProstG und ProstSchG widerspiegelt, ist § 184f StGB verfassungsrechtlich nicht zu legitimieren. Insofern ist die vom Bundesjustizministerium geplante Streichung nur konsequent.

4. Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung gem. § 217 StGB

Der recht junge, 2015 ins Strafgesetzbuch eingeführte, Straftatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gem. § 217 StGB, wurde nicht einmal fünf Jahre nach seinem Inkrafttreten im Februar 2020 vom *BVerfG* aufgrund seiner Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt. Es wurde festgestellt, dass das strafbewehrte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung es Suizidwilligen faktisch unmöglich mache, die von ihnen gewählte, geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen. Hier trete die Achtung vor dem auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in Kollision zu der staatlichen Verpflichtung, die Autonomie Suizidwilliger und darüber hinaus auch das Rechtsgut Leben zu schützen.²⁴

Das Eckpunktepapier sieht vor, aufgrund dieser Entscheidung und der darin erklärten Nichtigkeit der Vorschrift,²⁵ diese aus deklaratorischen Gründen aufzuheben.²⁶ Dabei hatte das *BVerfG* trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB quasi den Weg geebnet auch für verfassungsmäßige strafrechtliche Regelungen zur Suizidhilfe, indem es ausführte: „Aus der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB folgt nicht, dass der Gesetzgeber sich einer Regulierung der Suizidhilfe vollständig zu enthalten hat. (...) Zum Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben steht dem Gesetzgeber in Bezug auf das Phänomen organisierter Suizidhilfe ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen. (...) Sie können mit Blick auf die Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter auch im Strafrecht verankert oder jedenfalls durch strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen abgesichert werden.“²⁷

Aufgrund dieses Türöffners durch das *BVerfG* zu einer modifizierten Regelung der geschäftsmäßigen Suizidhilfe einschließlich der Möglichkeit zu flankierenden strafrechtlichen Normen, gab es in der Folge diverse Gesetzentwürfe von Abgeordneten und einen Diskussionsentwurf des Bundesgesundheitsministeriums.²⁸ Nach einer kontroversen öffentlichen Anhörung der Sachverständigen im Rechtsausschuss, gab der Rechtsausschuss zwar eine Beschlussempfehlung ab,²⁹ letztlich konnte aber in der zweiten Lesung des Bundesrats über die beiden übrig gebliebenen Gesetzentwürfe keine erforderliche Mehrheit erzielt werden.

¹⁷ BT-Drs. 14/5958

¹⁸ Finger, KJ 2007, 73.

¹⁹ Fischer, StGB, § 184f Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184f Rn. 1; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184f Rn. 1.

²⁰ Fischer, StGB, § 184f Rn. 2.

²¹ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184f Rn. 1, 2.

²² Vgl. Harrer, VerBlog v. 2.11.2023, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/ist-das-rechtsguterschutz-oder-kann-das-weg/> (zuletzt abgerufen am 11.3.2023).

²³ Vgl. für umfassenden Überblick Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021.

²⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905. Die Zahl derer, die sich mit dem Urteil auseinandergesetzt haben, ist sehr groß, vgl. nur Kreuzer, KriPoZ 2020, 199; Brunhöber, NStZ 2020, 528; Duttge, MedR 2020, 563; Sachs, JuS 2020, 580; Muckel, JA 2020, 473; Siems, KriPoZ 2020, 131; Neumann, NZWiSt 2020, 286; Hartmann, JZ 2020, 627; Coenen, KriPoZ 2020, 69; kritisch schon vor der Entscheidung Oğlakcioğlu, KriPoZ 2019, 73.

²⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (920).

²⁶ Eckpunktepapier, S. 2.

²⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

²⁸ Alle abrufbar unter: <https://kripoz.de/2016/05/05/gesetz-zur-strafbarkeit-der-geschaeftsmaessigen-foerderung-der-selbsttoetung/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2024). Zur Bewertung der Gesetzentwürfe vgl. Neumann, NJOZ 2021, 385; Pfeifer, KriPoZ 2021, 172; Pietsch, KriPoZ 2022, 148.

²⁹ BT-Drs. 20/7624.

Insofern ist es vermutlich einem pragmatischen Ansatz des Bundesjustizministeriums geschuldet, hier nicht einen weiteren Vorstoß zur rechtlichen Ausgestaltung der gewerbmäßigen Suizidhilfe zu wagen. Allerdings bezieht sich das Eckpunktepapier ausdrücklich nur auf die Modernisierung strafrechtlicher Regelungen. Nicht ausgeschlossen ist daher, dass auch in Zukunft über schon diskutierte verwaltungsrechtliche Zulassungsmodelle nachgedacht wird.³⁰ Ein strafbewehrtes Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe wird es dagegen auf längere Sicht vermutlich nicht geben – allerdings ist man ja auch vor 2015 gut ohne einen entsprechenden Straftatbestand ausgekommen.

5. Entziehung Minderjähriger gem. § 235 StGB

Der auch als Muntbruch bezeichnete Tatbestand trug bis zum 6. StrRG 1998 die Überschrift „Kindesentziehung“.³¹ Unter der neuen Bezeichnung „Entziehung Minderjähriger“ wurde der Tatbestand des § 235 StGB neu gefasst, um Strafbarkeitslücken im Schutz von Kindern gegen Entziehung zu schließen, wie bei der heimlichen Wegnahme von Kindern sowie bei Erscheinungsformen des kommerziellen und organisierten Kinderhandels.³² § 235 Abs. 2 StGB stellt es unter anderem unter Strafe, Minderjährige in das Ausland zu verbringen, um sie den Eltern oder einem Elternteil zu entziehen. Der Gedanke der Norm ist, dass eine Durchsetzung des Sorgerechts im Ausland oft mit Schwierigkeiten verbunden ist.³³ Der *EuGH* hat bezüglich § 235 Abs. 2 StGB ausgeführt, dass die Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV verlange, eine Entziehung in einen anderen Mitgliedstaat genauso zu behandeln wie eine Entziehung innerhalb Deutschlands.³⁴ Eine Entziehung innerhalb Deutschlands ist nur beim Hinzutreten weiterer Umstände, wie Gewalt, Drohung oder List strafbar. Soweit § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu einer Ungleichbehandlung von deutschen Tätern nach Abs. 1 mit solchen aus dem EU-Ausland führt, ist diese Strafnorm wegen Verstoßes gegen Art. 21 AEUV nicht anwendbar.³⁵ Das Eckpunktepapier sieht daher eine Anpassung des § 235 Abs. 2 StGB an die *EuGH*-Rechtsprechung vor.

Unter dem Aspekt der Strafbedürftigkeit und dem Schutzgut des elterlichen Sorgerechts stellt sich jedoch die generelle Frage, ob das Strafrecht das richtige Instrument für die leichtere Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen ist. Zwar soll § 235 StGB neben dem Sorgerecht des Elternteils auch die unmittelbar entzogene Person schützen,³⁶ die Verletzung der persönlichen Freiheit, körperli-

chen und psychischen Entwicklung und Integrität der entzogenen Person kann jedoch über andere Tatbestände wie den §§ 223, 239, 240 StGB erfasst werden.

6. Erschleichen von Leistungen gem. § 265a StGB

Bereits in der 19. Legislaturperiode gab es mehrere Gesetzentwürfe, die darauf abzielten, das Fahren ohne Fahrschein, also die Beförderungsererschleichung nach § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB straffrei zu stellen – entweder durch ein generelles Absehen jeglicher Sanktionierungen oder in Form der Herabstufung als Ordnungswidrigkeit.³⁷ Auch in der 20. Legislaturperiode brachte die Fraktion Die Linke einen Gesetzentwurf in den Bundestag ein und entfachte die Diskussion um die Entkriminalisierung des sog. „Schwarzfahrens“ neu.³⁸

Im Eckpunktepapier möchte das Bundesjustizministerium aufgrund des geringen Unrechtsgehalts § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB streichen und die Tatbestandsalternative „Beförderung durch ein Verkehrsmittel“ als Ordnungswidrigkeit ahnden. Es wird zudem darauf hingewiesen, dass in der Polizeilichen Kriminalstatistik von 2022 die Mehrheit der erfassten Fälle des § 265a StGB, nämlich 98 %, die Tatbestandsvariante der Beförderungsererschleichung betrifft.³⁹ Das verwundert nicht, ist doch bei den anderen Varianten des § 265a Abs. 1 StGB allein die unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung zulasten Dritter nicht ausreichend, sondern es muss hinzukommen, dass vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden.⁴⁰ Bei der Beförderungsererschleichung ist dies allerdings zumindest nach Auffassung des *BGH* nicht erforderlich, sondern vielmehr ausreichend, wenn der Täter das Verkehrsmittel unberechtigt nutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.⁴¹ Diese extensive Auffassung ist zwar zu Recht in der Literatur auf Kritik gestoßen,⁴² jedoch ist eine Änderung der ständigen Rechtsprechung nicht absehbar. Insofern muss sich, wenn sich schon die Rechtsprechung nicht ändert, das Gesetz ändern, so möchte man meinen und es sprechen gute Gründe dafür, das „Schwarzfahren“ zu entkriminalisieren. Das Eckpunktepapier bezieht sich bspw. auf den geringen Unrechtsgehalt der Vorschrift. Strafrecht als *Ultima Ratio* soll nach der Rechtsprechung des *BVerfG* immer nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das menschliche Zusammenleben so unerträglich

³⁰ Vgl. Lindner, ZRP 2020, 66 (68); einen Neustart der Diskussion fordert Ennuschat, ZRP 2023, 197 (200).

³¹ BT-Drs. 13/8587.

³² Vgl. Kreß, NJW 1998, 633 (641).

³³ Caspary FPR 2001, 216; Sonnen, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 235 Rn. 9-11.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 19.11.2020 – C-454/19, BeckRS 2020, 31283; *EuGH* Beschl. v. 16.5.2022 – C-724/21, BeckRS 2022, 11880.

³⁵ Zusammenfassend Zeder, NZWiSt 2022, 227 (230).

³⁶ BT-Drs. 13/8587, S. 38; Sonnen, in: NK-StGB, § 235 Rn. 5; Kreß, NJW 1998, 633 (641).

³⁷ Vgl. BT-Drs. 19/1115; BT-Drs. 19/1690; BR-Drs. 424/19. In der öffentlichen Anhörung gab es dazu zahlreiche Stellungnahmen, die unter: <https://kripoz.de/2018/10/29/gesetzentwurf-zur-straffreiheit-fuer-fahren-ohne-fahrschein-2/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2024) abrufbar sind.

³⁸ BT-Drs. 20/2081, wobei es sich um die wortgleiche Übernahme von BT-Drs. 19/1115 handelt. Auch hierzu fand bereits eine öffentliche Anhörung statt, die Stellungnahmen sind teilweise abrufbar unter: <https://kripoz.de/2018/10/29/gesetzentwurf-zur-straffreiheit-fuer-fahren-ohne-fahrschein-2/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2024).

³⁹ Eckpunktepapier, S. 3.

⁴⁰ Fischer, StGB, § 265a Rn. 18; Hellmann, in: NK-StGB, § 265a Rn. 25; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. (2022), § 265a Rn. 149.

⁴¹ *BGH*, NJW 2009, 1091; dies hat das *BVerfG*, NJW 1998, 1135 (1136) nicht beanstandet.

⁴² Kritisch zur Entscheidung bereits Alwart, JZ 2009, 478; Roggan, Jura 2012, 299; vgl. auch Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 353 (353); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 265a Rn. 6a m.w.N.

ist, dass seine Verhinderung besonders dinglich erscheint.⁴³ Dies wird man angesichts des Bagatelldeliktcharakters der Beförderungerschleichung verneinen müssen, da der Unrechtsgehalt – wie auch das Eckpunktepapier ausführt – als gering anzusehen ist.⁴⁴ Zudem ist eine Pönalisierung des schichten Fahrens ohne Fahrschein unverhältnismäßig, da eine zivilrechtliche Regulierung ausreichend ist. Die Verkehrsbetriebe können über ihre erhöhten Beförderungsentgelte ihren Verlust begrenzen.⁴⁵ Zudem hätten sie die Möglichkeit, technische Schutzvorkehrungen zu schaffen, um einer Beförderungerschleichung entgegenzuwirken, wie dies im Ausland der Fall ist.⁴⁶ Wenn hierauf aus ökonomischen Gründen verzichtet wird, kann es aufgrund dieser bewussten Entscheidung der Verkehrsbetriebe nicht Aufgabe des Strafrechts sein, hier durch eine strafrechtliche Ahndung letztlich zivilrechtliche Ansprüche der Verkehrsbetriebe durchzusetzen.⁴⁷

In Kritik geraten ist die Beförderungerschleichung vor allem dadurch, dass überproportional Menschen mit niedrigem Einkommen betroffen sind, die nicht in der Lage sind, die regelmäßig ausgesprochenen Geldstrafen zu zahlen. Daher kommt es im Rahmen einer Verurteilung nach § 265a StGB am häufigsten zur Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe, so dass letztlich die härteste Sanktion regelmäßig wegen eines Bagatelldelikts verhängt wird.⁴⁸ Zwar hat man mit dem Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts auch die Ersatzfreiheitsstrafe reformiert, hier allerdings nur den Umrechnungsmaßstab von Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe in § 43b StGB geändert und die Ersatzfreiheitsstrafe halbiert.⁴⁹ Letztlich ändert diese Reform also nichts daran, dass nach wie vor – nur eben kürzer – Menschen allein aufgrund einer Deliktsverwirklichung wegen Beförderungerschleichung im Strafvollzug landen.

Insofern wäre eine gänzliche Entpönalisierung der richtige Schritt.⁵⁰ Eine wie im Eckpunktepapier geplante Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit wäre nicht nur systemwidrig,⁵¹ sondern würde auch das Problem, dass gerade mittellose Menschen überproportional von der Sanktion – jetzt im Ordnungswidrigkeitenrecht durch entsprechendes Bußgeld – betroffen wären, nicht lösen. Letztlich würde es diese Menschen bei einer Verlagerung der Beförderungerschleichung ins Ordnungswidrigkeitenrecht sogar

härter treffen. Denn auch im Ordnungswidrigkeitenrecht droht bei Nichtbegleichung der Geldbußen gem. §§ 96 ff. OWiG eine Erzwingungshaft. Bei Verbüßung einer Erzwingungshaft entfällt – im Gegensatz zur Ersatzfreiheitsstrafe, die die Geldstrafe tilgt – die Geldbuße nicht, sondern bleibt bestehen.⁵² Zwar darf gem. § 96 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 OWiG die Erzwingungshaft bei Zahlungsunfähigkeit nicht verhängt werden, allerdings ergeht der Beschluss in der Praxis häufig ohne mündliche Verhandlung, so dass die Zahlungsunfähigkeit unerkannt bleibt.⁵³ Das Gericht treffen diesbezüglich nämlich keine ausdrücklich normierten Aufklärungspflichten.⁵⁴

Insofern sollte das Bundesjustizministerium dringend überdenken, ob eine Herabstufung der Beförderungerschleichung ins Ordnungswidrigkeitenrecht aus systematischen und praktischen Erwägungen heraus überhaupt zielführend ist. Eine gänzliche Entpönalisierung der Beförderungerschleichung, die nicht nur das Strafrecht, sondern auch das Ordnungswidrigkeitenrecht umfasst, ist zielführender, um sicherzustellen, dass niemand mehr aufgrund dieser Deliktsverwirklichung in Haft muss. Das Zivilrecht bietet hier angemessene Reaktionsmechanismen.⁵⁵

7. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b StGB

Das Eckpunktepapier sieht ferner die Streichung der Tatbestandsvariante der „Scheckkarte“ in § 266b StGB vor.⁵⁶ Hiernach ist strafbar, wer mit seiner Scheck- oder Kreditkarte bezahlt oder bei einer fremden Bank Geld abhebt, obwohl man um die fehlende Deckung des eigenen Kontos weiß. Da es schon seit über 20 Jahren keine Scheckkarten mehr gibt,⁵⁷ ist es nur konsequent, diese bedeutungslose Variante aus dem Straftatbestand zu streichen. Allerdings weisen *Oğlakcioğlu/Kudlich* zu Recht darauf hin, es sei naiv zu glauben, dass man allein durch diese Streichung den Tatbestand zeitgemäß ausgestalte. Denn die rechtlichen wie technischen Grundlagen des Zahlungsverkehrs haben sich seit Inkrafttreten der Vorschrift ganz generell verändert.⁵⁸ Der Tatbestand wird nämlich auch jenseits der überholten Scheckkartenvariante eher kritisch gesehen und insbesondere die Strafwürdigkeit bloß vertragswidrigen Verhaltens in dem heute üblichen

⁴³ *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1138).

⁴⁴ *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 265a Rn. 1; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 265a Rn. 2.3; zu Bagatelldeliktataten vgl. *Hoven/Strobl/Kinzig*, KriPoZ 2019, 206.

⁴⁵ *Hefendehl*, JA 2011, 401 (407); *ders.*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 24; *Harrendorf*, NK 2018, 250 (261 ff.).

⁴⁶ *Harrendorf*, NK 2018, 250 (256 f.); *Alwart*, JZ 1986, 563 (568 f.); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 25.

⁴⁷ *Albrecht*, NSZ 1988, 222; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 28.

⁴⁸ *Bögelein/Wilde*, KriPoZ 2023, 360 (362); *Bögelein/Glaubitz/Neumann/Kamieth*, MschrKrim 2019, 282 (290); *Lobitz/Wirth*, Forum Strafvollzug 2018, 57 ff.; zu den Problemen im Zusammenhang mit der Ersatzfreiheitsstrafe vgl. *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 352 (356).

⁴⁹ Kritisch hierzu *Bögelein*, KriPoZ 2024, 1 ff.; *Weinand/Horten/Stefan*, ForensPsychiatrPsycholKriminol 2024, 85 ff.

⁵⁰ So auch *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 28; *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 353 (357).

⁵¹ Hierzu *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 22 f.

⁵² *Krenberger/Krumm*, OWiG, 7. Aufl. (2022), § 96 Rn. 27.

⁵³ *Semsrott*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drs. 20/2081, S. 4, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/06/Stellungnahme-Semsrott_FoF.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2024).

⁵⁴ *Nestler*, BeckOK-OWiG, 41. Ed. (Stand: 1.4.2022), § 96 Rn. 14; *Krenberger/Krumm*, § 96 Rn. 8.

⁵⁵ So auch *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 265a Rn. 28; auch diese führen allerdings zu einer überwiegenden Bestrafung sozial schwacher Personen, da diese das erhöhte Beförderungsentgelt schwer trifft. Insofern ist über ein kostenloses Sozialticket für Menschen mit geringem Einkommen nachzudenken, vgl. hierzu *Mosbacher*, NJW 2018, 1069 (1071).

⁵⁶ Eckpunktepapier, S. 3.

⁵⁷ Das Verfahren ist seit dem 1.1.2002 abgeschafft und diese Variante insofern bedeutungslos geworden, s. *Fischer*, StGB, § 266b Rn. 6; *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 266b Rn. 8; *Wittig*, BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 266b Rn. 7.

⁵⁸ *Oğlakcioğlu/Kudlich*, ZRP 2024, 47 (49).

bargeldlosen Online-Zahlungsverkehr in Frage gestellt. Denn heute stehen ganz neue Schutzmechanismen für die Zahlungsdienstleister und Vertragspartner bereit und die Risiko- und Lastenverteilung weicht ganz erheblich von dem ursprünglichen – und dem Gesetzgeber damals vor Augen stehenden – Drei-Personen-System ab.⁵⁹

Zudem gibt es Auslegungsprobleme dahingehend, ob nur Universalkreditkarten im Drei-Partner-System von der Vorschrift erfasst sind, oder auch die Verwendung im Zwei-Partner-System.⁶⁰ Hier könnte der Gesetzgeber durch entsprechende Neuformulierungen Klarheit schaffen und entweder weitere Zahlungskarten in den Anwendungsbereich miteinbeziehen⁶¹ oder es aber bei der restriktiven Anwendung nach der herrschenden Meinung in der Literatur⁶² und Rechtsprechung⁶³ belassen.

8. Unerlaubtes Glücksspiel nach §§ 284 ff. StGB

Das Eckpunktepapier nimmt §§ 284, 285, 287 StGB als Streichungskandidaten auf, wonach es insbesondere unter Strafe gestellt ist, ohne behördliche Erlaubnis ein Glücksspiel, eine Lotterie oder eine Ausspielung zu veranstalten. Da kein Rechtsgut erkennbar sei, das die Aufrechterhaltung dieser Strafnormen rechtfertigen würde, sollen die Tatbestände aufgehoben werden.⁶⁴ Das geschützte Rechtsgut der §§ 284 ff. StGB ist umstritten und liegt nach wohl herrschender Meinung darin, die staatliche Kontrolle einer Kommerzialisierung der natürlichen Spiel Leidenschaft zu sichern.⁶⁵ Das ist problematisch, da das Strafrecht keinen paternalistischen Schutz von Bürgern beanspruchen sollte. Die Verbote sind jedoch auch umstritten, was ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht angeht, da gewichtige Bedenken gegen die Anwendbarkeit auf Fälle der Vermittlung von im EU-Ausland rechtmäßig konzessionierten Glücksspielangeboten bestehen.⁶⁶ Laut dem Eckpunktepapier sind bei einer Aufhebung der §§ 284 ff. StGB keine Strafbarkeitslücken zu befürchten. § 28a des Glücksspielstaatsvertrags der Länder erfasst die Veranstaltung eines Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis als Ordnungswidrigkeit.

Der Vorschlag der Entkriminalisierung stößt trotzdem teilweise auf Kritik. Der Deutsche Richterbund betont die Bedeutung der §§ 284 ff. StGB als einen Deliktsbereich

der Organisierten Kriminalität und spricht sich gegen eine Aufhebung aus. Insbesondere § 284 Abs. 3 StGB, der die gewerbs- und bandenmäßige Begehungsweise erfasst, habe einen kriminalpolitischen Stellenwert bei der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität.⁶⁷ Dagegen spricht jedoch, dass strafwürdige Verhaltensweisen bereits unter §§ 261, 263, 265c, 265d StGB und § 370 AO fallen.⁶⁸ Daher ist die Entkriminalisierung zu begrüßen.

9. Unbefugter Gebrauch von Pfandsachen gem. § 290 StGB

Auch § 290 StGB, der die bloße Gebrauchsanmaßung durch öffentliche Pfandleiher unter Strafe stellt, soll laut Eckpunktepapier aufgehoben werden.⁶⁹ Das Pfandrecht kommt als Sicherungsmittel kaum noch vor, sodass der Tatbestand ebenfalls praktisch weitgehend bedeutungslos geworden ist.⁷⁰ Das geschützte Rechtsgut ist das Recht des Eigentümers der Pfandsache, andere Personen vom Umgang mit der Sache auszuschließen.⁷¹

Eine Strafbarkeitslücke ist nicht zu befürchten, da strafwürdige Fälle des Umgangs mit Pfandsachen insbesondere von § 246 StGB erfasst werden könnten.

10. Gefährdung einer Entziehungskur gem. § 323b StGB

§ 323b StGB soll aus der Erwägung heraus aufgehoben werden, dass sich hinter der Vorschrift kein relevantes Kriminalitätsphänomen verbirgt und der Norm keine rechtstatsächliche Bedeutung zukomme.⁷² § 323b StGB dient der Sicherung des Unterbringungszwecks staatlich angeordneter Entziehungsbehandlungen und dem Schutz vor Störungen.⁷³ Zwar spielte die Vorschrift seit Beginn ihrer Entstehung bei der Strafverfolgung so gut wie keine Rolle,⁷⁴ dennoch folgt aus der fehlenden praktischen Bedeutung nicht unbedingt, dass auch die Strafwürdigkeit des Verhaltens zu verneinen ist.⁷⁵ Denn der Straftatbestand dient neben dem Schutz der Allgemeinheit vor den Folgen der Rauschmittelsucht auch dem Schutz des Rauschmittelsüchtigen vor Beeinträchtigungen staatlicher Bestrebungen, ihm gegen seine Sucht zu helfen.⁷⁶ Der Suchtpatient steht im Zentrum der therapeutischen Bemühungen, die durch ein Verschaffen, Überlassen oder Ver-

⁵⁹ Oğlakcioğlu/Kudlich, ZRP 2024, 47 (49); Bedenken gegen die Strafwürdigkeit äußert auch Radtke, in: MüKo-StGB, § 266b Rn. 8, der den Tatbestand für systemwidrig erachtet; kritisch auch zum Schutzbedürfnis in heutiger Zeit Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266b Rn. 1; vgl. bereits die Kritik nach Beendigung des garantierten Eurocheckverkehrs mit Ablauf des Jahres 2001 Baier, ZRP 2001, 454.

⁶⁰ Zu den unterschiedlichen Auffassungen vgl. Fischer, StGB, § 266b Rn. 10a; Radtke, in: MüKo-StGB, § 266b Rn. 25 ff., beide m.w.N.

⁶¹ S. Möhrenschräger, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 266b Rn. 3.

⁶² Brand/Hotz, JuS 2014, 715; Fischer, StGB, § 266b Rn. 10a; Radtke, in: MüKo-StGB, § 266b Rn. 26 m.w.N.

⁶³ BGHSt 38, 281; BGHSt 47, 160 (165 f.).

⁶⁴ Eckpunktepapier, S. 3 f.

⁶⁵ Fischer, StGB, § 284 Rn. 2; BGHSt 11, 209; Zweifel hins. Legitimation Sarafi, ZfWG 2019, 469; Überblick zum Meinungsstand bei Gaede, in: NK-StGB, § 284 Rn. 1-6.

⁶⁶ Zusammenfassend Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht, 2017; Mosbacher, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), 2018, § 17 S. 351 ff.

⁶⁷ Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu den Eckpunkten des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Strafgesetzbuches vom November 2023, S.6-7, abrufbar unter: <https://www.drj.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/new/s/34-2023> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

⁶⁸ Analyse praktischer Folgen der Entkriminalisierung sowie verbleibender Möglichkeiten, das Veranstalten von und die Teilnahme am unerlaubten Glücksspiel zu sanktionieren, Gierok/Tsambikakis, HRRS 2024, 42.

⁶⁹ Eckpunktepapier, S. 4.

⁷⁰ Die PKS 2019 weist einen Fall und die PKS 2022 zwei Fälle nach.

⁷¹ Gaede, in: NK-StGB, § 290 Rn. 1-11.

⁷² Eckpunktepapier, S. 4.

⁷³ Fischer, StGB, § 323b Rn. 1; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 323b Rn. 1; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 323b Rn. 1. S. van Gemmeren, in: MüKo-StGB, § 323b Rn. 3; Paeffgen, in: NK-StGB, § 323b Rn. 4; Popp, in: LK-StGB, § 323b Rn. 2.

⁷⁵ Oğlakcioğlu/Kudlich, ZRP 2024, 47 (49).

⁷⁶ Paeffgen, in: NK-StGB, § 323b Rn. 2; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 323b Rn. 1.

leiten zum Genuss berauschender Mittel torpediert werden und letztlich seine Gesundheit beeinträchtigen. Insofern ist ein solches tatbestandsmäßiges Verhalten durchaus strafwürdig. Allerdings werden in der Praxis derartige „Störfälle“ meist anderweitig und anstaltsintern aufgearbeitet, so dass man davon ausgehen muss, dass zumindest die therapeutische Praxis auf den Schutz des Strafrechts weitgehend verzichtet.⁷⁷ Dann mag es konsequent sein, diese therapeutischen Erwägungen auf die Strafwürdigkeit des Verhaltens zu übertragen und den Straftatbestand zu streichen.

11. Gebührenüberhebung gem. § 352 StGB

Der systematisch widersprüchliche § 352 StGB stellt eine Privilegierung gegenüber der Regelung des Betruges dar. Widersprüchlich ist, dass gerade diejenigen tauglichen Täter – Anwälte, Notare, Gerichtsvollzieher oder Bezirksschornsteinfeger – privilegiert werden, die für ihre Forderung zu Unrecht die Autorität einer gesetzlichen Gebührenregelung in Anspruch nehmen. Die Sonderstellung und besondere Legitimität, welche diese Berufsgruppen bei der Gebühren- oder Vergütungserhebung für sich in Anspruch nehmen, sprechen vielmehr gegen eine Privilegierung.⁷⁸ Der vom BGH als „bedenklich und überholt“⁷⁹ bezeichnete Tatbestand ist daher laut Eckpunktepapier aufzuheben. Strafwürdige Sachverhalte können nach Aufhebung der Vorschrift von § 263 StGB erfasst werden.

III. Änderungen bei Tatbeständen mit Bezug zum Nationalsozialismus

1. Die Tötungsdelikte (§§ 211-213 StGB)

Über die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte besteht schon seit längerer Zeit Einigkeit.⁸⁰ Bereits auf dem 53. Deutschen Juristentag von 1980 wurde eine Revision empfohlen, wobei es dort einerseits Kritik an der starren Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe beim Mord und andererseits Kritik an den Mordmerkmalen gab, so dass sowohl hinsichtlich der Rechtsfolge eine Anpassung als auch eine Umstrukturierung der Mordmerkmale gefordert wurde.⁸¹

In der Folgezeit riss die Kritik an den Tötungsdelikten nicht ab und kreiste auch um die „ideologische Bürde“⁸², dass die Formulierung auf der nationalsozialistischen Tätertypenlehre von 1941 basiere, die insoweit überholt

sei.⁸³ Das Eckpunktepapier will nun „nur“ diese vielfach kritisierten Formulierungen der Tötungsdelikte nach Täterttypen aufgeben und die atypische Gesetzesfassung sprachlich anpassen. Eine inhaltliche Änderung der Rechtslage soll nicht erfolgen.⁸⁴ Dies ist kein sonderlich mutiger Schritt, wenn man bedenkt, dass das Justizministerium 2014 eine Expertengruppe eingesetzt hatte, um die Tötungsdelikte umfassend zu reformieren. Der Expertenbericht umfasste über 800 Seiten⁸⁵ und führte zu einem Referentenentwurf, der jedoch nicht über die Ressortabstimmung hinausgekommen ist.⁸⁶

Allerdings mögen pragmatische Erwägungen hinter der schlichten sprachlichen Anpassung der Tötungsdelikte stehen. Denn auch wenn alle anderen Reformbestrebungen kontrovers diskutiert werden, so dürfte doch zumindest die Anpassung des Wortlauts der §§ 211, 212 StGB durch Streichung der Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ konsensfähig sein.⁸⁷ Rechtspraktisch, darauf weist *Schneider* zutreffend hin, ist diese sprachliche Anpassung allerdings bedeutungslos, da die ein verfassungsfremdes Täterstrafrecht propagierende Terminologie auf die Rechtsfindung der deutschen Gerichte ohnehin keinen Einfluss hat.⁸⁸

Insofern ist dringend anzuraten, dass neben dieser überfälligen sprachlichen Anpassung der Tötungsdelikte im Rahmen einer Reform der Tötungsdelikte 2.0 noch einmal über die unterschiedlichen Reformansätze nachgedacht wird. Zunächst wäre es zielführend, im Sinne einer stimmigen Systematik – so wie im Referentenentwurf vorgesehen – den Totschlagtatbestand dem Mordtatbestand voranzustellen.⁸⁹ Wie dann dieses dreistufige Modell, das neben Mord und Totschlag noch eine Privilegierung enthält, umgesetzt wird, ist umstritten. So kann neben eine echte Qualifikation das Regelbeispielmodell treten.⁹⁰ Alternativ dazu werden zweistufige Modelle vorgeschlagen, nach denen der Grundtatbestand der Tötung von einem Privilegierungstatbestand flankiert wird.⁹¹

Ebenfalls umstritten ist die Forderung nach Streichung oder Anpassung einzelner Mordmerkmale sowie die Frage nach der Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus in Bezug auf die lebenslange Freiheitsstrafe.⁹² Insofern muss dem Bundesjustizministerium – auch angesichts der Erfahrung aus dem gescheiterten Referentenentwurf 2016 – Recht gegeben werden, dass hier eine schnelle Reform nicht zu erreichen ist. Allerdings

⁷⁷ Popp, in: LK-StGB, § 323b Rn. 2.

⁷⁸ Hoven, ZStW 2017, 334 (345); Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 352 Rn. 1; Fischer, StGB, § 352 Rn. 2.

⁷⁹ BGH, NJW 2006, 3219 (3221).

⁸⁰ Neumann, in: NK-StGB, Vorb. §§ 211-217 Rn. 169 m.w.N.

⁸¹ Deutscher Juristentag, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, Sitzungsbericht M, 1980, M 151 ff. sowie Gutachten D; zur Reform Geilen, JR 1980, 309.

⁸² So Hachmeister, Die Reform der Tötungsdelikte, 2023, S. 35. Allerdings weist Preschany, KriPoZ 2023, 267 (274) zutreffend darauf hin, dass „Inspirationsquelle“ die Vorentwürfe von Stooss zum schweizerischen StGB sind.

⁸³ Höhne, KJ 2014, 282 (284); König, ZRP 2014, 9; Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 (15); Walter, NStZ 2014, 368 (373).

⁸⁴ Eckpunktepapier, S. 4 f.

⁸⁵ Abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/abschlussbericht-bmjv-expertenkommission-toetungsdelikte.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.3.2024).

⁸⁶ Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, Vorb. § 211 Rn. 8.

⁸⁷ So auch Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 199.

⁸⁸ S. nochmals Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 199; Hauck, HRRS 2016, 230 (238 f.).

⁸⁹ Referentenentwurf, S. 17, 18, 23, hierzu Neumann, in: NK-StGB, Vorb. §§ 211-217 Rn. 170.

⁹⁰ Letzteres wurde von der Expertenkommission abgelehnt und ein Modell mit qualifizierenden Mordmerkmalen gewählt, vgl. Abschlussbericht, S. 24 f.; zum Weg der Regelbeispiele z.B. Mitsch, JR 2015, 122 (127).

⁹¹ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 (16).

⁹² Insgesamt zu den aktuellen Reformbestrebungen ausführlich Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 199 ff. sowie Hachmeister, S. 100 ff. mit eigenen Lösungsvorschlägen auf S. 321 ff.

sollte der Gesetzgeber nach dieser pragmatischen und längst überfälligen Streichung der Tätertypen aus den §§ 211, 212 StGB die große Gesamtreform der Tötungsdelikte nicht aus den Augen verlieren.

2. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer gem. § 316a StGB

Auch § 316a StGB soll als „Produkt nationalsozialistischer Strafrechtswissenschaft“ aufgehoben werden. Der historische Hintergrund, die hohe Strafordrohung und die systematische Einordnung im achtundzwanzigsten Abschnitt begründeten Zweifel an der kriminalpolitischen Legitimation des Tatbestands, zumal das Strafgesetzbuch ausreichende Möglichkeiten biete, die von § 316a StGB erfassten Sachverhalten anderweitig zu ahnden.⁹³ In der Tat rückt schon der entstehungsgeschichtliche Hintergrund die Vorschrift in ein zweifelhaftes Licht.⁹⁴ Vorgängervorschrift des § 316a StGB ist das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22.6.1938, das rückwirkend zum 1.1.1936 in Kraft trat.⁹⁵ Es war eine unmittelbare Reaktion auf die Straftaten der Brüder *Götze*, die im Zeitraum zwischen 1934 und 1938 in und um Berlin zahlreiche Überfälle auf Autofahrer verübten.⁹⁶ Aufgrund der weiten Ausdehnung der Strafbarkeit und im Gesetz erhaltenen Formulierungen hob der Alliierte Kontrollrat das Gesetz als Akt rechtsstaatswidriger Gesetzgebung 1947 auf.⁹⁷

Allerdings erließ 1952 der bundesdeutsche Gesetzgeber – den Gedanken des Autofallengesetzes wieder aufnehmend – § 316a StGB, in dem räuberische Angriffe auf Kraftfahrer erneut geahndet wurden.⁹⁸ Trotz dieser Neufassung dient der problematische Entstehungskontext der Norm auch heute noch als Argument für die gänzliche Abschaffung des § 316a StGB⁹⁹ und wird auch vom Eckpunktepapier herangezogen. Daneben aber wird im Eckpunktepapier auch auf die hohe Strafdrohung hingewiesen. Dies war in der Tat ein Kritikpunkt auch bei Neueinführung der Vorschrift, auch wenn der *BGH* hierin keinen Verstoß gegen das Erfordernis schuldangemessener Strafordrohung gesehen hat.¹⁰⁰ Durch das 11. Strafrechtsänderungsgesetz wurde 1971 die Strafe herabgesetzt, allerdings wurde die Forderung auf weiterer Absenkung der

Mindeststrafe durch das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 nicht weiterverfolgt, jedoch ein minder schwerer Fall eingeführt.¹⁰¹ Neben der Strafdrohung ist auch die Bestimmung des Schutzgegenstands und die systematische Einordnung nicht überzeugend gelungen und die Deliktsnatur umstritten.¹⁰² Insofern sprachen sich in der Vergangenheit viele Literaturstimmen für eine ersatzlose Streichung aus.¹⁰³ Dass das Bundesjustizministerium dies im Rahmen seiner Modernisierungsoffensive aufgegriffen hat, ist zwar überraschend,¹⁰⁴ jedoch absolut zu begrüßen.

IV. Tatbestände im Zusammenhang mit anderen Vorhaben

1. Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte gem. § 184b StGB

Das Eckpunktepapier verweist zudem auf einen Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 17.11.2023 zur Anpassung der Mindeststrafe des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB.¹⁰⁵ Hintergrund ist, dass durch die Neufassung des § 184b StGB im Juni 2021 die Strafraumen der Tatbestandsvarianten des § 184b Abs. 1 S. 1 StGB und des § 184b Abs. 3 StGB angehoben wurden und seither ein Verbrechen darstellen. Eine Regelung für minder schwere Fälle wurde nicht getroffen und eine Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen ist aufgrund des Verbrechenscharakters nicht mehr möglich. Am 7.2.2024 hat die Bundesregierung den vorgelegten Regierungsentwurf beschlossen.¹⁰⁶

Die Rückmeldung aus der Praxis habe gezeigt, dass „dies bei Verfahren, die einen Tatverdacht am unteren Rand der Strafwürdigkeit zum Gegenstand haben, dazu führt, dass eine tat- und schuldangemessene Reaktion nicht mehr in jedem Einzelfall gewährleistet ist“.¹⁰⁷ Besonders fraglich erscheine die Verhältnismäßigkeit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wenn die beschuldigte Person ersichtlich nicht mit pädokrimer Energie gehandelt habe, wenn zum Beispiel kinderpornographische Inhalte an Lehrer oder die Schulleitung weitergeleitet wurden, um über den Vorfall zu informieren. Ebenso können Inhalte

⁹³ Eckpunktepapier, S. 5.

⁹⁴ *Baur*, NZV 2018, 103; *Krüger*, NZV 2004, 161; *Freund*, ZStW 1997, 455 (482).

⁹⁵ RGBI. I 1938, S. 651. Zum Verstoß des Gesetzes gegen das Rückwirkungsverbot, die Menschenwürde, das Schuldprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz s. *Zieschang*, in: NK-StGB, § 316a Rn. 1; *Mitsch*, JA 1999, 662 (663).

⁹⁶ *Zieschang*, in: NK-StGB, § 316a Rn. 1; ausf. zum Hintergrund *Niedzwicki*, ZJS 2008, 371 f.

⁹⁷ *Sowada*, in: LK-StGB, § 316a Entstehungsgeschichte; *Steinberg*, NZV 2007, 545 (546).

⁹⁸ BGBl. I 1952, S. 832; der Wortlaut abgedruckt bei *Sowada*, in: LK-StGB, Entstehungsgeschichte.

⁹⁹ *Steinberg*, NZV 2007, 545 (546); *Wolters*, JZ 1998, 397 (400); *Hörnle*, Jura 1998, 169 (175); *Krüger*, NZW 2004, 161 (162).

¹⁰⁰ *Mitsch*, JA 1999, 662 (663); BGHSt 24, 173 (176). Allerdings vertritt der *BGH* seit den 1990er Jahren zumindest eine restriktive Auslegung der Norm, vgl. hierzu *Baur*, NZV 2018, 103 (104); zur Entwicklung der Rspr. *Krüger*, NZV 2004, 161 (162 ff.); *BGH*, NJW 2004, 786; *BGH*, NStZ 2016, 607 m. Anm. *Kulhanek*.

¹⁰¹ Vgl. insgesamt zu den Modifizierungen *Zieschang*, in: NK-StGB, § 316a Rn. 3 f.; *Baur*, NZV 2018, 103 f.

¹⁰² *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 316b Rn. 1 f.;

¹⁰³ *Krüger*, Entmaterialisierungstendenzen beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 164 ff.; *Herzog*, JR 2004, 258 (259); *Jesse*, JZ 2008, 1083 (1090); *Kaspar*, ZStW 2019, 401 (405); *Fischer*, StGB, § 316a Rn. 2; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 316b Rn. 1;

¹⁰⁴ So *Oğlakcioğlu/Kudlich*, ZRP 2024, 47 (50).

¹⁰⁵ Referentenentwurf November 2023, abrufbar unter: https://kri-poz.de/wp-content/uploads/2020/08/RefE_Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.pdf (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

¹⁰⁶ Gesetzesentwurf, Februar 2024, abrufbar unter: https://kri-poz.de/wp-content/uploads/2024/02/RegE_Aend_184b_StGB.pdf (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

¹⁰⁷ Vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 73, 2023, S. 3-4, abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-73.pdf (zuletzt abgerufen am 12.2.2024); DAV, Stellungnahme 40/2023, S. 9, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-40-23-aussetzungs-und-vorlagebeschluss-zu-184b-abs-3-stgb> (zuletzt abgerufen am 12.2.2024); *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (137).

ungewollt in den Besitz der Empfänger gelangen.¹⁰⁸ Der Entwurf sieht daher vor, den Strafraum der Tatbestandvariante des § 184b Abs. 1 S. 1 StGB von einem Jahr auf sechs Monate und der Variante des § 184b Abs. 3 StGB von einem Jahr auf drei Monate herabzusetzen. Somit wird den Strafverfolgungsbehörden wieder die Möglichkeit eröffnet, Verfahren, die sich am unteren Rand der Strafwürdigkeit befinden, gem. §§ 153, 153a StPO einzustellen. Die Grenze der Höchststrafen soll jedoch beibehalten werden, um künftige schwere Taten angemessen sanktionieren zu können. Die neue Regelung soll insbesondere auch dem großen Anteil jugendlicher Täter zugutekommen, die nicht aus pädophilen Motiven heraus handeln.¹⁰⁹ Diese Reform der Reform ist zu begrüßen. Die Strafen nach § 184b StGB wurden 2021 als Reaktion auf die gestiegenen Zahlen kinderpornographischer Delikte, aber insbesondere auf die der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Missbrauchskomplexe in Staufen, Bergisch Gladbach, Lügde und Münster, verschärft.¹¹⁰ Damit handelte es sich um eine kriminalpolitisch fragwürdige, übereilte Einzelfallgesetzgebung im Rahmen von politisch aufgeladenen gesellschaftlichen Diskussionen. Daher ist es nur folgerichtig, die Strafschärfung wieder zurückzuführen.

2. Ausspähen von Daten, Abfangen von Daten, Vorbereitung des Ausspähens und Abfangens von Daten gem. §§ 202a ff. StGB

Im Koalitionsvertrag hat man es sich zur Aufgabe gemacht, digitale Bürgerrechte und die IT-Sicherheit zu stärken.¹¹¹ Fast wortgleich greift das Eckpunktepapier diese Forderung auf, nach der das Identifizieren, Melden und Schließen von Sicherheitslücken in einem verantwortlichen Verfahren legal durchführbar sein soll.¹¹² Dies hat zunächst eine prozessuale Konnotation, ist aber hier – wie aus der Überschrift ersichtlich – eindeutig auf das materielle Recht bezogen. Im Juni und Oktober 2023 hat ein Symposium mit Experten auf Einladung des Justizministeriums stattgefunden, auf dessen Grundlage Eckpunkte für einen Gesetzentwurf erarbeitet werden sollen.¹¹³ Inso-

fern ist dies nur ein Hinweis auf ein weiteres Eckpunktepapier, auf das man gespannt sein darf. Es dürfte hier insbesondere um die Frage gehen, ob die §§ 202a ff. StGB neuen Strafbarkeitsphänomenen gerecht werden oder Anpassungs- und Ergänzungsbedarf besteht. In der Diskussion sind z.B. die Fragen, ob unser geltendes Strafrecht ausreichend vor dem Identitätsdiebstahl durch Phishing, Pharming und Spoofing, der missbräuchlichen Verwendung von Deep Fakes sowie gegen Fake News und Doxing schützt.

Der Identitätsdiebstahl durch Phishing, Pharming und Spoofing¹¹⁴ erfüllt bereits jetzt einen bunten Strauß an Straftatbeständen, wobei zwischen den Handlungen der Datenbeschaffung und anschließenden Datenverwendung differenziert werden muss. Hier kommen die Fälschung beweiserheblicher Daten gem. § 269 StGB und beim IP-Spoofing ggf. noch das Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB in Betracht.¹¹⁵ Darüber hinaus werden beim Identitätsdiebstahl Strafnormen im Marken- und Urheberrecht verwirklicht, sofern der Täter markenrechtlich oder urheberrechtlich geschützte Kennzeichen oder Bezeichnungen verwendet.¹¹⁶ Auch § 42 BDSG kommt grundsätzlich in Betracht.

Die missbräuchliche Verwendung von Deep Fakes¹¹⁷ wird durch § 201a StGB pönalisiert, allerdings nur sofern pornographische Deep Fakes zugänglich gemacht werden.¹¹⁸ Bilden Deep Fakes eine identifizierbare Person ab, so ist eine Verbreitung oder öffentliche Zurschaustellung eines solch manipulierten Bildes ohne Einwilligung des Abgebildeten gem. § 22 KUG unzulässig. Daher kommt eine Strafbarkeit bei Verbreitung und öffentlicher Zurschaustellung von Deep Fakes nach § 33 KUG in Betracht.¹¹⁹ Allerdings hat § 33 KUG in der Praxis so gut wie keine Bedeutung erlangt.¹²⁰ Sofern fremdes Bild- oder Filmmaterial für Deep Fakes verwendet wird, kommt auch eine Strafbarkeit nach §§ 106, 108 UrhG in Betracht.¹²¹ Insofern bestehen bzgl. Deep Fakes ausreichende strafrechtliche Regelungen, die den aktuellen Stand der Technik in angemessener Weise erfassen.¹²²

¹⁰⁸ Gesetzesentwurf, S. 1-2; Vgl. DRB, Stellungnahme zum RefE (31/2023); abrufbar unter: https://www.drj.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2023/DRB_231214_Stn_Nr_31_184b_StGB.pdf (zuletzt abgerufen am 12.3.2023); GdP, Stellungnahme zum RefE (Dez. 2023); abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/1215_Stellungnahme_184b_GdP.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 12.3.2024).

¹⁰⁹ Gesetzesentwurf, S. 1; Vgl. DJVV, Stellungnahme des Vorstands und der Geschäftsführung der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. zum Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Buchen v. 1. Februar 2023, 1 Ls 1 Js 6298/21 (06/2023), abrufbar unter: https://www.dvjj.de/wp-content/uploads/2023/07/Stellungnahme-BVerfG_Homepage.pdf (zuletzt abgerufen am 12.3.2024).

¹¹⁰ Vgl. Tagesspiegel v. 18.6.2020, online abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/giffey-fordert-mehr-aufklarung-und-hartere-strafen-5367910.html> (zuletzt abgerufen am 12.3.2024); Petition auf <https://www.openpetition.de/petition/argumente/haerdere-strafen-fuer-kinderschaender> (zuletzt abgerufen am 12.3.2024); Hörnle, ZIS 2020, 440 m.w.N.

¹¹¹ Koalitionsvertrag, S. 13.

¹¹² Eckpunktepapier, S. 5.

¹¹³ Eckpunktepapier, S. 5.

¹¹⁴ Phishing: Täter locken durch E-Mails auf imitierte Webseiten, um sie zur Preisgabe von Nutzerdaten zu bewegen. Pharming: Nutzer werden unmittelbar durch Manipulation an Domain-Name-Servern auf gefälschte Web-Seiten umgeleitet. IP-Spoofing werden falsche IP-Nummern verwendet, um dem angegriffenen Rechner eine falsche Identität vorzutäuschen, bspw. werden IP-Adressen in den Datenpaketen verändert.

¹¹⁵ Vgl. ausf. Schiemann, Die Kriminalpolizei 2022, 7 ff.

¹¹⁶ §§ 143, 143a MarkenG und §§ 106 ff. UrhG.

¹¹⁷ Deep Fake beschreibt mit Hilfe Künstlicher Intelligenz generierte oder modifizierte Foto-, Video- oder Audioaufnahmen, vgl. Lantwin, MMR 2019, 574.

¹¹⁸ Lantwin, MMR 2020, 78 (79).

¹¹⁹ Lantwin, MMR 2020, 78 (79).

¹²⁰ Kaiser, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 249. EL. (9/2023), § 33 KUG Rn. 3; Keller, in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. (2021), 88. Abschn. Rn. 9.

¹²¹ Zu den unterschiedlichen Möglichkeiten s. Lantwin, MMR 2020, 78 (79 f.).

¹²² So auch mit Blick nicht nur auf das Strafrecht, sondern auch zivil- und informationsrechtliche Bestimmungen Thiel, ZRP 2021, 202 (205).

Fake News sind bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen.¹²³ Das Strafrecht kann der Wiedergabe falscher oder nicht erweislich wahrer personenbezogener Informationen durch die Beleidigungsdelikte Rechnung tragen. Die üble Nachrede ist gem. § 186 StGB und die Verleumdung nach § 187 StGB mit Strafe bedroht. Außerdem ist eine Strafmaßverschärfung für Äußerungen i.S. der §§ 186, 187 StGB vorgesehen, sofern sie sich gegen eine „im politischen Leben des Volkes stehende Person“ richten (§ 188 StGB). Daneben stellt § 241a StGB politische Verdächtigung unter Strafe.¹²⁴ 2021 wurde dann der Straftatbestand der verhetzenden Beleidigung (§ 192a StGB) eingeführt.¹²⁵ *Lammich* attestiert in seiner Dissertation daher der gegenwärtigen strafrechtlichen Handhabung von Fake News hinsichtlich der betroffenen Interessen eine grundsätzlich lückenlose Strafbarkeit und in dieser eine an die besonderen Umstände angemessene Strafdrohung.¹²⁶

Eine Ausnahme macht er bei Sonderfällen zur Schaffung kompromittierender Sachlagen und Vorfeldwahlmanipulationen.¹²⁷ Gerade die Frage, ob politische Fake News – primär in Zeiten des Wahlkampfs – einer „strafrechtlichen Lösung“¹²⁸ bedürfen, ist sehr umstritten.¹²⁹ Das Bundesjustizministerium sollte hier im Sinne der Gewährleistung von Meinungsfreiheit im Wahlkampf nicht der Versuchung erliegen, Regelungen zu schaffen, die einen – auch offensiven – Schlagabtausch der Parteien dämmen. Auch hier greifen die klassischen Straftatbestände in strafwürdigen Extremfällen ohnehin.

Beim Doxing, also der Veröffentlichung personenbezogener Daten nach gezielter Recherche ohne Erlaubnis im Internet,¹³⁰ ist nach der Strafbarkeit der Erlangung von Daten und derjenigen der Veröffentlichung zu differenzieren. Das Problem, das sich bei den Computerstraftatbeständen stellt, ist allerdings, dass sich das Strafgesetzbuch auf die Art der Erlangung von Daten konzentriert, es also auf den Zugriff trotz entsprechender Zugangssicherung ankommt,¹³¹ nicht aber auf die Art der Daten und die darin enthaltenen Informationen. Insofern kommt bei klassischen Doxingfällen eine Strafbarkeit nach den §§ 202a ff. StGB regelmäßig nicht in Betracht.¹³² Allerdings ist zumindest für das gefährdende Verbreiten personenbezogener Daten 2021 mit § 126a StGB eine Vorschrift geschaffen worden, die das Veröffentlichen sog. Feindeslisten im Internet unter Strafe stellt.¹³³

Als zentraler Straftatbestand kommt in Doxingfällen § 42 BDSG zur Anwendung, der auch für andere Erscheinungsformen von Computerkriminalität greifen kann. Dies ist stark davon abhängig, wie weit man den Anwendungsbereich zieht. Wer tauglicher Täter sein kann, ist nämlich durchaus streitig. So wird teilweise davon ausgegangen, dass die Norm nur durch Personen verletzt werden kann, die auch selbst Adressaten der übrigen Regelungen des BDSG sind, so dass sie bspw. datenschutzrechtliche Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter sein müssen.¹³⁴ Nach anderer Auffassung kann die Strafnorm durch jedermann verwirklicht werden, da der weite Wortlaut hierfür spräche.¹³⁵ Geklärt ist diese Frage letztlich also noch nicht. Unserer Auffassung nach ist es mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nur schwer in Einklang zu bringen, wenn der Anwendungsbereich einer Strafnorm in einem Spezialgesetz weiter ist als der Anwendungsbereich des Gesetzes selbst.

Würde man § 42 BDSG jetzt in das Kernstrafrecht überführen, hätte man kurzerhand dieses Problem gelöst und ein Jedermann-Delikt geschaffen.

§ 42 BDSG enthält zwei Straftatbestände. § 42 Abs. 1 BDSG bestraft denjenigen, der wissentlich nicht allgemein zugängliche personenbezogene Daten einer großen Zahl von Personen, ohne Berechtigung einem Dritten übermittelt oder auf andere Art und Weise zugänglich macht. Neben der Wissentlichkeit ist auch die Gewerbsmäßigkeit Strafbarkeitsvoraussetzung. § 42 Abs. 2 BDSG erfasst darüber hinaus denjenigen, der personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, ohne Berechtigung verarbeitet oder durch unrichtige Angaben erschleicht und hierbei gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Von § 42 BDSG werden also gerade die Konstellationen erfasst, in denen § 202a StGB nicht eingreift, weil keine Zugangssicherung überwunden wird.

Für beide Absätze des § 42 BDSG ist aber Voraussetzung, dass es sich um nicht allgemein zugängliche personenbezogene Daten handelt. Nach der Rechtsprechung sind Daten dann allgemein zugänglich, wenn sie von jedermann zur Kenntnis genommen werden können, ohne dass der Zugang zu den Daten rechtlich beschränkt ist.¹³⁶

¹²³ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Fake-News. Definition und Rechtslage, Az. WD 10 – 3000 – 003/17, S. 6; abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/502158/99feb7f3b7fd1721ab4ea631d8779247/wd-10-003-17-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.3.2024).

¹²⁴ Insg. knapp zu den Strafbarkeitsmöglichkeiten vgl. *Holznel*, MMR 2018, 18 (20 f.); ausführlich *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, 2022, S. 145 ff.

¹²⁵ Vgl. *Jansen*, GA 2022, 94; *Hoven/Witting*, NSTz 2022, 589; *Ebner/Kulhanek*, ZStW 2022, 984.

¹²⁶ *Lammich*, S. 227.

¹²⁷ *Lammich*, S. 229 mit eigenen de lege ferenda Vorschlägen.

¹²⁸ So *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022, S. 244; kriminalpolitische Erwägungen hierzu sodann auf S. 246 ff.

¹²⁹ Regelungskonzepte bspw. bei *Hoven*, ZStW 2017, 718 (738 ff.); *Schünemann*, GA 2019, 620 (627).

¹³⁰ *Kubiciel/Großmann*, NJW 2019, 150; *Kochheim*, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2. Aufl. (2018), S. 830.

¹³¹ *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 202a Rn. 6; *Fischer*, StGB, § 202a Rn. 8; *Weidemann*, in: *BeckOK-StGB*, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 202a Rn. 14, 15.3; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, § 202a Rn. 4.

¹³² *S. Kubiciel/Großmann*, NJW 2019, 1050 (1052 ff.).

¹³³ Hierzu *Beukelmann*, NJW-Spezial 2021, 248; *Korenke/Kühne*, NK 2022, 457; kritisch zum Schutzzumfang *Vassilaki*, K&R 2021, 763.

¹³⁴ So *Brodowski/Nowak*, in: *BeckOK-Datenschutzrecht*, 46. Ed. (Stand: 1.11.2023), § 42 BDSG Rn. 10; *Auernhammer/Golla*, § 42 BDSG Rn. 3f.; *Kubiciel/Großmann*, NJW 2019, 1050 (1053).

¹³⁵ So *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. (2018), § 42 Rn. 3; *Ehrmann*, in: *Gola/Heckmann*, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. (2022), § 42 Rn. 8; *LG Aachen*, BeckRS 2011, 20917.

¹³⁶ *BGH*, NJW 2013, 2530 (2533).

In § 42 Abs. 1 BDSG werden als Tathandlungen die Übermittlung (Nr. 1) sowie das Zugänglichmachen auf andere Art und Weise (Nr. 2) erfasst. Für das Doxing wird Abs. 1 aber regelmäßig nicht einschlägig sein, weil Täter meist nicht handeln, um sich aus einer wiederholten Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Sie handeln in der Regel nicht gewerbsmäßig.¹³⁷

Abs. 2 dagegen kommt durchaus in Betracht, wenn man den Begriff des unberechtigten Verarbeitens so weit ausdehnt, wie es die Legaldefinition in Art. 4 Nr. 2 DS-GVO erlaubt. Danach ist unter Verarbeiten das Erheben, Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, durch den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung zu verstehen. Insofern erfasst diese Definition nahezu jeden Umgang mit personenbezogenen Daten. Es ist aber zweifelhaft, ob ein Verschaffen, das ja zwangsläufig dem Verarbeiten vorgelagert ist, überhaupt und trotz Legaldefinition unter den Begriff zu subsumieren ist. Hier wird unserer Meinung nach die Wortlautgrenze überschritten und es liegt ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor. Sollte das Bundesjustizministerium die Überführung des § 42 BDSG in das Strafgesetzbuch ins Auge fassen, sollte unbedingt eine moderate Anpassung des Gesetzestextes vorgenommen werden. Die Überführung des § 42 BDSG hätte nicht nur Symbolcharakter, sondern würde auch Anwendungsprobleme beseitigen. Diese liegen nicht nur in der Frage begründet, ob § 42 BDSG ein Jedermannsdelikt ist, sondern auch in der Vorrangregelung landesrechtlicher Normierungen.¹³⁸

3. Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft nach § 219a StGB

Auch § 219a StGB a.F. wird vom Eckpunktepapier aufgenommen, wobei nur darauf hingewiesen wird, dass das Werbeverbot für Abtreibungen bereits aufgehoben wurde. Der entsprechende Gesetzentwurf wurde nach jahrelangen Diskussionen am 24.6.2022 vom Deutschen Bundestag beschlossen und das Gesetz trat am 19.7.2022 in Kraft.¹³⁹

V. Weiterer Reformbedarf

Auch wenn die Vorschläge im Eckpunktepapier insgesamt zu begrüßen sind, wird das Bundesjustizministerium

dem angekündigten Selbstanspruch, „das Strafgesetzbuch auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche zu überprüfen“¹⁴⁰ nicht gerecht.

Man müsste eher von einer Entrümpelung als von einer Modernisierung des StGB sprechen. Hauptsächlich werden bereits obsolete, aus der Zeit gefallene Tatbestände, aufgehoben, die keine oder kaum praktische Bedeutung haben. Dabei sind beim Ausmisten einige Kandidaten übersehen worden.¹⁴¹ Obsolet ist inzwischen auch der Straftatbestand der Hehlerei, § 259 StGB, der seit der 2021 erfolgten Reform des Geldwäschetatbestands (§ 261 StGB) keinen eigenen Anwendungsbereich mehr hat. Jede Hehlerei ist auch eine Geldwäsche.¹⁴² Weitere Delikte, bei denen fraglich ist, ob das Rechtsgut strafrechtlich erfasst sein sollte, sind beispielsweise § 170 StGB, der mit der Unterhaltungspflicht einen zivilrechtlichen Anspruch schützt oder die §§ 172, 173, 183a StGB, die moralisierend eine bestimmte gesellschaftliche Sexualmoral abbilden. Als nicht erwähntes Bagatelldelikt wäre das „Containern“, die Mitnahme von entsorgten Lebensmitteln, offen. Das Containern könnte entweder durch eine gesetzliche Regelung aus der Strafbarkeit (§§ 242, 303, 123 StGB) ausgeschlossen werden oder durch eine umfassende Neuregelung des Umgangs mit Lebensmittelabfällen praktisch entkriminalisiert werden.¹⁴³

Auch der § 166 StGB, der die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen und damit die Verletzung religiöser Befindlichkeiten unter Strafe stellt, ist fragwürdig. Der im Volksmund als „Gotteslästerung“ bekannte Tatbestand wird teilweise als Gift für den liberalen Diskurs einer modernen und pluralistischen Demokratie kritisiert.¹⁴⁴ Die Berufung auf religiöse Gefühle verhindere den kritischen Diskurs.¹⁴⁵ Demnach bleibt weiterhin Raum für eine auf kriminologisch und kriminalpolitisch sinnvollen Erwägungen beruhende tatsächliche Modernisierung, die eine Verdünnung des Strafrechts schafft.

VI. Fazit

Mit abolitionistischen Forderungen und der Suche nach Alternativen zum strafrechtlichen Verfahren sind neuere wissenschaftliche Ansätze viel weiter, wenn es um eine „Modernisierung“ des Strafrechts geht.¹⁴⁶ Auch wenn man nicht so weit gehen möchte: Denkt man an das im Strafrecht geltende Ultima-Ratio-Prinzip, ist zu fordern, die immer weiter um sich greifende Ver(straf-)rechtlichung aller Lebensbereiche zurückzufahren und sich auf die Kernaufgaben des Strafrechts zu beschränken. Eine in-

¹³⁷ So auch *Kubicjel/Großmann*, NJW 2019, 1050 (1055).

¹³⁸ Zu letzterem *Brodowski/Nowak*, in: BeckOK-Datenschutzrecht, § 42 Rn. 14.

¹³⁹ Befürwortend *Bonifer/Wiese*, KJ 2023, 221; *Scholler*, KriPoZ 2021, 327; Kritisch dagegen *Pietsch*, KriPoZ 2022, 74; Übersicht über die Stellungnahmen zum Gesetzentwurf unter: <https://kri-poz.de/2017/12/18/abschaffung-des-§-219a-stgb-werbung-fuer-den-abbruch-der-schwangerschaft-2/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2024).

¹⁴⁰ Eckpunktepapier, S.1.

¹⁴¹ Vgl. Übersicht entbehrllicher Tatbestände bei *Hoven* ZStW 2017, 334 ff.

¹⁴² *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2023, 121.

¹⁴³ *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231.

¹⁴⁴ Zur Aktualität und Legitimation des § 166 StGB: *Schmidhäuser*, ZJS 2018, 549; Ein Plädoyer für eine Abschaffung: *Steinke*, KJ 2008, 451.

¹⁴⁵ Deshalb für eine ersatzlose Streichung: *Fischer* im Recht, Zeit Online v. 3.3.2015 abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-03/blasphemie-gotteslaesterung-straftatbestand-religion> (zuletzt abgerufen am 7.3.2024).

¹⁴⁶ *Sessar*, ZJJ 2018, 4; Mit Kapiteln zu Strafen, Gefängnis und Polizei: Abolitionismus – Ein Reader, herausgegeben von *Loick/Thompson*, 2022.

tensive strafrechtswissenschaftliche Debatte über die Notwendigkeit der Eindämmung des modernen Strafrechts wird seit den letzten Jahren, anknüpfend an die Frankfurter Schule¹⁴⁷, bereits geführt.¹⁴⁸ Dagegen steht die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Korrektur von Strafgesetzgebung der vergangenen Legislaturperioden.¹⁴⁹ Dass der Gesetzgeber derzeit klug genug ist, schlechte Refor-

men – wie beispielsweise bzgl. § 184b StGB – wieder zurückzunehmen, sollte Anlass zur Hoffnung geben. Die im Eckpunktepapier angedachte Entrümpelung des Strafgesetzbuchs ist ein erster wichtiger Schritt, um einen Paradigmenwechsel von immer kleinteiligeren Reaktionen des Strafrechts hin zu einer evidenzbasierten, umsichtigen Kriminalpolitik einzuläuten.

¹⁴⁷ Hierzu *Jahn/Ziemann*, JZ 2014, 943 (946).

¹⁴⁸ Vgl. z.B. *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969; *dies.*, ZStW 2017, 363 (364 ff.); *Bittmann*, NStZ 2016, 249; *Frisch*, NStZ 2016, 16 (24 f.); *Kindhäuser*, ZStW 2017, 282 (284 ff.); *Hoven*, ZStW 2017, 334; *Nobis*, StV 2018, 453 ff.; *Schiemann*, ZRP 2022, 61.

¹⁴⁹ *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023, S. 97, 652.

„Nein heißt Nein“ oder „Ja heißt Ja“? Der Tatbestand der Vergewaltigung in der Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt

Von Prof. Dr. Jörg Eisele*

Abstract

Artikel 5 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt legt Mindestvorschriften für den Straftatbestand der Vergewaltigung fest. Zusätzlich zu der Frage, ob die EU überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für einen solchen Straftatbestand besitzt, stellt sich die Frage, ob in diesem Artikel die sogenannte "Ja heißt Ja"-Lösung verankert ist und welche Bedeutung diese Lösung im Verhältnis zu der in § 177 Abs. 1 StGB geregelten "Nein heißt Nein"-Lösung hat.

Article 5 of the Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence lays down minimum rules for a criminal offence of rape. In addition to the question of whether the EU has any legislative competence at all for such a criminal offence, the question arises as to whether the so-called "yes means yes" solution is anchored there and what significance such a solution has in relation to the "no means no" solution regulated in § 177 (1) of the German Criminal Code.

I. Einleitung

Der deutsche Justizminister Marco Buschmann scheint verschiedenen Medienberichten zufolge, derzeit zentrale Reformakte der EU zu blockieren. So wurde insbesondere die Haltung zum Entwurf einer EU-Lieferketten-Richtlinie heftig kritisiert.¹ Ebenso geriet der Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in den Fokus der Öffentlichkeit.² Dieser Vorschlag knüpft an das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt – die sog. Istanbul-Konvention aus dem Jahr 2014 – an.³ Von besonderem Interesse ist insoweit der in Art. 5 RL-E enthaltene Tatbestand der Vergewaltigung, auf den sich die nachfolgende Betrachtung konzentriert.⁴ Denn dieser wirft grundsätzliche Fragen auf und zwar sowohl hinsichtlich der Kompetenzgrundlage im AEUV als auch der dogmatischen Ausge-

staltung im Sinne einer „Ja heißt Ja“-Lösung. Der Tatbestand der Vergewaltigung in Art. 5 RL-E lautet in der deutschen Übersetzung:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

a) Vornahme einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung an einer Frau durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand;

b) Nötigung einer Frau zum Vollzug einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung mit einer anderen Person durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass unter einer nicht-einvernehmlichen Handlung eine Handlung zu verstehen ist, die gegen den erkennbaren Willen der Frau oder in Fällen vorgenommen wird, in denen die Frau aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustands nicht in der Lage ist, ihren freien Willen zu äußern, beispielsweise im Zustand der Bewusstlosigkeit, einer Vergiftung, des Schlafs, einer Krankheit, einer Verletzung oder einer Behinderung.

(3) Die Einwilligung kann während der Handlung jederzeit widerrufen werden. Das Fehlen der Einwilligung kann nicht allein durch das Schweigen der Frau, ihre fehlende verbale oder körperliche Gegenwehr oder ihr früheres sexuelles Verhalten widerlegt werden.

Der Bundesjustizminister hat offenbar vor allem "erhebliche Zweifel" daran, dass die EU die dafür erforderliche Kompetenz zur Rechtsetzung für diesen Tatbestand hat und diese einer Prüfung durch den *EuGH* standhält. Im Folgenden soll zunächst der Frage der europarechtlichen Zulässigkeit nachgegangen werden, bevor dann der in

* Prof. Dr. Jörg Eisele ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM/2022/71 final; dazu Tagesschau v. 9.2.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/eu-lieferkettengesetz-abstimmung-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2024).

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt COM(2022)105 final; Schmid, Warum der Schutz von Frauen nicht vorankommt, Tagesschau v. 30.1.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/eu-gewalt-frauen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2024).

³ Vgl. explizit RL-E COM/2022/71 final, S. 3.

⁴ Enthalten sind ferner folgende Tatbestände: Weibliche Genitalverstümmelung (Art. 6), Nicht-einvernehmliche Weitergabe von intimem oder manipuliertem Material (Art. 7), Cyberstalking (Art. 8), Cybermobbing (Art. 9) und Aufstachelung zu Gewalt oder Hass im Internet (Art. 10).

dem Richtlinienvorschlag enthaltene Tatbestand der Vergewaltigung näher betrachtet und dabei die Frage einer „Ja heißt Ja“-Lösung näher diskutiert werden soll.

II. Art. 83 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage

Der Tatbestand der Vergewaltigung in Art. 5 des RL-E wird auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützt,⁵ ohne dass hierfür eine nähere inhaltliche Begründung gegeben wird. Aufgrund dieser Kompetenzgrundlage können durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität erlassen werden, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben. Zu den enumerativ genannten Kriminalitätsbereichen gehört auch die „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“. Was das Verständnis und die Auslegung dieser Merkmale anbelangt, ist vieles ungeklärt.⁶ Letztlich stehen sich hier die extensiv geprägte europäische Sicht (vor allem der Kommission) und der auf Grundlage des Lissabon-Urteils des *BVerfG*, wonach das Strafrecht zum Kernbereich der nationalen Souveränität gehört, überwiegend restriktiv geprägte Blickwinkel gegenüber.⁷

1. Kriminalitätsbereich: Sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern

a) Begrenzung: Frauen und Kinder

Zu beachten ist zunächst, dass die Kompetenzgrundlage des Art. 83 Abs. 1 AEUV von vornherein auf die Ausbeutung von Frauen und Kindern beschränkt ist. Die EU hat also ersichtlich keine Kompetenz, Regelungen über Straftatbestände, die den sexuellen Übergriff bzw. Missbrauch gegenüber Männern betreffen, zu regeln. Da Richtlinien nur Mindestvorschriften enthalten (explizit Art. 46 RL-E) darf der nationale Gesetzgeber freilich entsprechende Regelungen auch für Personen mit dem Geschlecht „männlich“ oder „divers“ treffen und ist dazu ersichtlich schon aus Gleichbehandlungsgründen nach Art. 3 GG gehalten. Daher ist die Beschränkung des Art. 5 RL-E, der sich auf weibliche Tatopfer beschränkt, schon *per se* kein taugliches Ausgestaltungsvorbild für das nationale Strafrecht.

b) Der Begriff der sexuellen Ausbeutung

Die Kompetenz ist dabei auf die „sexuelle Ausbeutung“ beschränkt. Klassisch werden damit Fälle der Prostitution

und (Kinder-)Pornografie erfasst, d.h. Fälle der wirtschaftlichen Ausbeutung.⁸ Dies entspricht dem Verständnis der Ausbeutung durch sexuelle Handlungen bei § 232a Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 180a StGB. Entscheidend ist dabei nicht, dass das Opfer mittels sexueller Handlungen (körperlich) ausgebeutet wird. Vielmehr übernimmt das Merkmal der Ausbeutung die Funktion des in § 180 StGB a.F. enthaltenen Tatbestandsmerkmals „seines Vermögensvorteils wegen“, so dass es im Sinne einer wirtschaftlichen Ausbeutung zu verstehen ist.⁹ Hingegen geht die Begründung zum RL-E von einem anderen Verständnis aus:¹⁰ „Der Begriff „sexuelle Ausbeutung“ in Artikel 83 Abs. 1 AEUV kann als jeder tatsächliche oder versuchte Missbrauch der Situation der Schutzbedürftigkeit, des Macht- oder des Vertrauensverhältnisses verstanden werden, einschließlich, aber nicht beschränkt auf finanzielle, soziale oder politische Vorteile aus einer sexuellen Handlung mit einer anderen Person. Das ausbeuterische Element kann sich dabei auf die Erlangung von Macht oder Herrschaft über eine andere Person zum Zwecke der sexuellen Befriedigung, des finanziellen Gewinns und/oder des Aufstiegs beziehen. Bei den Straftatbeständen der Vergewaltigung und der Verstümmelung weiblicher Genitalien werden diese Elemente vorausgesetzt.“ Demnach kann also bereits in der Vergewaltigung selbst die sexuelle Ausbeutung der Frau liegen.

Gegen die enge traditionelle Sichtweise ist einzuwenden, dass sich das Begriffsverständnis bereits seit geraumer Zeit gewandelt hat. So stellt etwa das Übereinkommen des Europarates Nr. 201 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch v. 25.10.2007 („Lanzarote-Konvention“)¹¹ die sexuelle Ausbeutung und den sexuellen Missbrauch nebeneinander. Sexuelle Ausbeutung wird insofern als Oberbegriff für sexuellen Missbrauch und Ausnutzen von Prostitution und Pornografie verstanden.¹² Folgt man dem, so ist das Sexualstrafrecht, soweit es dem Schutz von Frauen und Kindern dient, prinzipiell von der Kompetenzgrundlage erfasst.¹³ Freilich ergibt sich daraus nicht schon *per se* eine umfassende Kompetenz zur Rechtsangleichung.

2. Grenzüberschreitende Dimension der Regelungsmaterie

Art. 83 Abs. 1 AEUV verlangt weiterhin, dass der Kriminalitätsbereich eine grenzüberschreitende Dimension hat, die durch die Art oder Auswirkungen der Straftaten oder durch die besondere Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, bedingt ist. Dabei darf

⁵ RL-E COM/2022/71 final, S. 10.

⁶ Näher *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 80. EL (08/2023), AEUV, Art. 83 Rn. 26 ff.

⁷ BVerfGE 123, 267 (410 ff.).

⁸ *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 56.

⁹ Vgl. auch BT-Drs. 15/4048, S. 12; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 232a Rn. 14.

¹⁰ RL-E COM/2022/71 final, S. 10.

¹¹ Online abrufbar unter: <https://rm.coe.int/168046e1ea> (zuletzt abgerufen am 28.2.2024).

¹² *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 56; ferner DJB, Stellungnahme zum Entwurf der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 10.2.2023, S. 5, online abrufbar unter: https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st23-02_EP-Haesusliche_Gewalt.pdf (zuletzt abgerufen am 28.2.2024).

¹³ Anders *Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. (2018), Art. 83 AEUV Rn. 16; *Hochmayr*, in: Frankfurter Kommentar, EUV/GRC/AEUV, Bd. 2, 2. Aufl. (2023), Art. 83 AEUV Rn. 20.

diese Voraussetzung nicht nur zur bloßen Floskel verkommen.¹⁴ Das *BVerfG* hat mit Recht betont, dass diese Notwendigkeit sich nicht aus dem bloßen politischen Willen der Unionsorgane ergeben kann und dass sie auch nicht von der Art und den Auswirkungen der betreffenden Straftaten getrennt werden kann.¹⁵ Es muss sich letztlich um Straftaten handeln, die die Union als solche betreffen und deshalb die besondere Notwendigkeit schaffen, dass alle Mitgliedstaaten sie von einer gemeinsamen Strafrechtsgrundlage aus bekämpfen.¹⁶ Selbst wenn man davon ausgeht, dass bei den genannten Kriminalitätsbereichen die Vermutung für die grenzüberschreitende Dimension besteht,¹⁷ wird man im Einzelfall zu prüfen haben, ob diese Indizwirkung widerlegt ist, was umso näher liegt, je weiter der jeweilige Tatbestand am „Rand“ des Kriminalitätsbereichs liegt.

a) Erfordernis einer gemeinsamen Strafrechtsgrundlage

aa) Der grenzüberschreitende Charakter erscheint bei einem Tatbestand der Vergewaltigung – ähnlich wie etwa bei Tötungsdelikten – jedoch fraglich. Dass solche Delikte in jedem Mitgliedstaat vorkommen, begründet nicht die Notwendigkeit einer Bekämpfung auf einer gemeinsamen Grundlage. Damit verfängt auch die Begründung des RL-E nicht, die sich in ihrer Floskelhaftigkeit auf jede Menge anderer Delikte ausdehnen ließe: „Diese Gewalt hat Auswirkungen auf Millionen von Menschen in der Union, führt zu Verstößen gegen die Grundrechte und verursacht erhebliche Kosten. Daraus ergibt sich die besondere Notwendigkeit, Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt gemeinsam auf Unionsebene zu bekämpfen.“¹⁸ Anders als bei Korruption, die den Wettbewerb innerhalb der EU betrifft, Menschenhandel oder bei dem in dem Richtlinienentwurf genannten Cyberstalking (Art. 8) bzw. Cybermobbing (Art. 9) ist hier der grenzüberschreitende Bezug aufgrund der Art oder der Auswirkung der Straftat oder einem Erfordernis grenzüberschreitender Strafverfolgung nicht ohne Weiteres ersichtlich.

bb) Der grenzüberschreitende Bezug wird ferner mitunter bejaht, wenn sich Taten gegen zentrale Unionswerte richten, wie etwa schwerer Rassismus und schwere Fremdenfeindlichkeit, oder gegen die Funktionsfähigkeit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in der Union¹⁹ gerichtet sind.²⁰ Dabei genügt aber nicht der schlichte Verweis auf das Primärrecht der Union und das Ziel, die Geschlechterdiskriminierung zu bekämpfen.²¹ Schon mit

Blick auf die eng ausgestaltete Annexkompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV würde es nicht überzeugen, jegliche Unionsziele als Anknüpfungspunkt für den grenzüberschreitenden Bezug in Art. 83 Abs. 1 AEUV zu nehmen.

b) Bezugspunkt: Konkreter Tatbestand oder jeweiliger Kriminalitätsbereich

Auf die Frage, ob sich für Art. 5 RL-E noch ein grenzüberschreitender Bezug herleiten lässt, käme es freilich nicht an, wenn hierfür der Blick auf das „Gesamtpaket“ der Richtlinie maßgebend wäre. Taten, die wie Cyberstalking (Art. 8) und Cybermobbing (Art. 9) mit modernen Kommunikationsmitteln begangen werden, haften prinzipiell das Potential zur grenzüberschreitenden Tatbegehung an. Das *BVerfG* steht insoweit auf dem Standpunkt, dass der grenzüberschreitende Bezug bei jedem einzelnen, konkreten Straftatbestand gegeben sein muss.²² Das darf freilich nicht so verstanden werden, dass vom Tatbestand nur grenzüberschreitende Fälle erfasst werden dürfen oder solche Taten immer einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen müssen. Es genügt vielmehr, dass die strafrechtlich zu regelnde Materie des Kriminalitätsbereichs grundsätzlich einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. So ist der Kriminalitätsbereich Menschenhandel nicht auf Mindestvorschriften über grenzüberschreitenden Menschenhandel beschränkt, sondern die Union kann diesen umfassend harmonisieren, so dass von den Straftatbeständen auch rein nationale Sachverhalte erfasst werden.

Dies ist beim RL-E hier jedoch gerade anders gelagert. Denn der Entwurf packt ganz unterschiedliche Straftatbestände, die verschiedene Rechtsgüter betreffen, lediglich in einer Richtlinie zusammen. Anders als beim einheitlichen Phänomen des Menschenhandels hat der grenzüberschreitende Charakter von Cyberstalking und Cybermobbing nichts mit dem Tatbestand der Vergewaltigung zu tun. Es handelt sich um unterschiedliche Regelungsmaterien, die sogar jeweils auf einem eigenen Kriminalitätsbereich des Art. 83 Abs. 1 AEUV fußen. Cyberstalking und Cybermobbing werden vom RL-E selbst der Computerkriminalität zugeordnet.²³

3. Zwischenfazit

An dieser Stelle lässt sich festhalten, dass eine extensive Auslegung der Kompetenzen des AEUV, wie sie der

¹⁴ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. (2022), § 9 Rn. 40; Zimmermann, Jura 2009, 844 (849).

¹⁵ BVerfGE 123, 267 (410).

¹⁶ Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 43.

¹⁷ Siehe etwa Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. (2023), § 2 Rn. 136.

¹⁸ RL-E COM/2022/71 final, S. 11.

¹⁹ Insoweit BVerfGE 123, 267 (410).

²⁰ Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 10 und Rn. 43; Meyer, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), AEUV, Art. 83 Rn. 16, 18, der auf „fundamentale gemeinsame Rechtswerte und -güter“ abstellt; vgl. aber auch Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. (2019), Art. 83 AEUV Rn. 6, der zur selbstständigen Bestimmung des Merkmals auf die Erleichterung der strafrechtlichen Zusammenarbeit abstellt.

²¹ So aber DJB, Stellungnahme, S. 6: „So verpflichten die unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 2 und 3 Abs. 3 UA 2 EUV, zusätzlich auch Art. 8, 10 und 19 AEUV sowie Art. 23 der Grundrechtecharta die Union, (Geschlechter-)Diskriminierung effektiv zu bekämpfen und dabei die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern.“

²² BVerfGE 123, 267 (413).

²³ RL-Vorschlag COM/2022/71 final, S. 10.

RL-E vornimmt, den Vorgaben des *BVerfG* kaum entspricht, die Chancen aber auch nicht schlecht stünden, dass eine solche weite Interpretation vom *EuGH* gebilligt würde, was letztlich eine Ultra-vires-Kontrolle durch das *BVerfG* nach sich ziehen könnte. Zu beachten ist aber auch, dass es das gute Recht jedes einzelnen Mitgliedstaates ist, einer Richtlinie ganz oder teilweise *nicht* zuzustimmen oder von dem in Art. 83 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Notbremsenverfahren Gebrauch zu machen. Im Folgenden ist damit der Blick weg von formellen Fragen zum Inhalt des RL-E zu richten.

III. Inhaltliche Ausgestaltung von Art. 5 RL-E

1. „Eigentliches Regelungsziel“

Blickt man auf den Tatbestand, so ist dieser aus deutscher Perspektive erstaunlich eng gefasst. Einbezogen sind lediglich nicht-einverständliche sexuelle Handlungen an einer Frau durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand. Alle anderen Formen des sexuellen Missbrauchs, unabhängig davon, ob sie mit einer Körperberührung verbunden sind oder nicht, werden nicht erfasst. Mit Blick hierauf erhellt auch das eigentliche Ziel der Richtlinie, das durch die Diskussion um die „Ja heißt Ja“-Lösung auch in der Öffentlichkeit aus dem Blick geraten ist. Anderes als in Deutschland, sind in vierzehn Mitgliedstaaten der EU für den Straftatbestand der Vergewaltigung immer noch die Anwendung von Gewalt, Drohung oder Nötigung erforderlich.²⁴ Dies entspricht der engen deutschen Rechtslage bis zur Implementierung der „Nein heißt Nein“-Lösung in § 177 StGB im Jahre 2016.

2. Explizite Regelung einer „Ja heißt Ja“-Lösung?

Ob der RL-E tatsächlich bewusst den „Ja heißt Ja“-Grundsatz propagiert, erscheint auf den ersten Blick fraglich.

a) Die im RL-E gegenübergestellten Modelle

Dem Modell eines Vergewaltigungstatbestandes mit den Tathandlungen der Gewalt, Drohung oder Nötigung stellt der RL-E nur ein weiteres einheitliches Modell gegenüber, das an die Zustimmung der Frau anknüpft:²⁵ „Andere Mitgliedstaaten stützen sich ausschließlich auf die Bedingung, dass das Opfer der sexuellen Handlung nicht zugestimmt hat. Nur mit dem letztgenannten Ansatz wird der volle Schutz der sexuellen Integrität der Opfer erreicht.“ Damit wird schon im Ausgangspunkt deutlich, dass hier sowohl das „Nein heißt Nein“-Modell als auch das „Ja heißt Ja“-Modell angesprochen werden. Auch im Übrigen werden die Modelle nicht weiter voneinander abgeschichtet, indem etwa in Art. 5 Abs. 1 RL-E negativ die nicht-einverständliche Handlung im Tatbestand genannt

wird, aber diese in Art. 5 Abs. 2 RL-E positiv als Einwilligung definiert wird. Etwas deutlicher wird sodann Art. 5 Abs. 3 RL-E, wonach das Fehlen der Einwilligung nicht allein durch das Schweigen der Frau widerlegt werden kann. Diese Ungenauigkeiten und Ungereimtheiten im Text sind freilich nicht ungewöhnlich, sind der Union doch häufig dogmatische Feinheiten des deutschen Strafrechts fremd. Hinzuweisen bleibt noch darauf, dass die deutsche Übersetzung des Art. 5 Abs. 2 RL-E unter einer nicht-einvernehmlichen Handlung eine solche versteht, „die gegen den erkennbaren Willen der Frau“ (also i.S.e. „Nein heißt Nein“-Lösung) vorgenommen wird. Die englische Fassung lautet hingegen: „a non-consensual act is understood as an act which is performed without the woman's consent given voluntarily.“

b) Referenzrahmen: Art. 36 der Istanbul-Konvention

Art. 5 RL-E knüpft explizit an die sog. Istanbul-Konvention an.²⁶ Nach Art. 36 (Sexual violence, including rape) müssen nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen pönalisiert werden:

(1) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;

b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;

c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

(2) Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

(3) (...)

Art. 36 Abs. 2 der Konvention verwendet dabei eine entsprechende Formulierung „Consent must be given voluntarily“, der eine „Ja heißt Ja“-Lösung ebenfalls vermuten ließe. Nr. 193 Explanatory Report macht freilich deutlich, dass der spezifische Gesetzeswortlaut und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben und daher ein Spielraum besteht:²⁷ (...) It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.“ Die deutsche „Nein heißt Nein“-Lösung entspricht damit den Vorgaben der Istanbul-Konvention.²⁸

²⁴ Erwägungsgrund 14 COM/2022/71 final, S. 10.

²⁵ Erwägungsgrund 13 COM/2022/71 final, S. 10.

²⁶ RL-E COM/2022/71 final, S. 3.

²⁷ So auch *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

²⁸ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (558); *Eisele*, in: Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 44, online abrufbar unter: https://www.rosenburg.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf;jsessionid=40D0254753F760E6164A4A04C8039703.1_cid370?_blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.2.2024); *Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325 (326).

Da Art. 83 Abs. 1 AEUV lediglich die Kompetenz zum Erlass einer Richtlinie gibt, die nach Art. 288 AEUV zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlässt, muss dem nationalen Gesetzgeber ein Restspielraum bei der tatbestandlichen Ausgestaltung verbleiben, um Friktionen im nationalen Recht zu vermeiden. Denn insoweit stehen der in Art. 5 Abs. 3 AEUV niedergelegte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie der strafrechtsspezifische Schonungsgrundsatz, die zu weitgehende Eingriffe in das nationale Strafrecht verhindern sollen, entgegen.²⁹ Die erneut nur floskelhafte und unzulängliche Begründung des RL-E verhält sich zu solchen Fragen nicht.³⁰

3. Unterschiede zwischen beiden Modellen

Den eben genannten Spielraum kann der nationale Gesetzgeber jedenfalls dann für sich in Anspruch nehmen, wenn es sich hierbei lediglich um Feinheiten der tatbestandlichen Ausgestaltung handeln würde, die keine grundlegenden Strafbarkeitsunterschiede und Strafbarkeitslücken begründen würden.³¹ Noch einmal: Anders als eine Verordnung begründet eine Richtlinie eben gerade keine Vollharmonisierung. Dies erhellt bereits daraus, dass der Allgemeine Teil ohnehin unberührt bleibt und etwa hinsichtlich der Frage des Vorsatzes nicht unerhebliche Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen, so dass in einem Staat ein Verhalten strafbar, dasselbe Verhalten aber in einem anderen Staat nicht strafbar sein kann. Ein Vergleich des „Nein heißt Nein“-Modells und des „Ja heißt Ja“-Modells lohnt sich darüber hinaus aber auch ganz grundsätzlich.³² Denn der deutsche Gesetzgeber könnte selbstverständlich ein solches Modell jederzeit in § 177 StGB implementieren, wenn er dies für kriminalpolitisch sinnvoll hielte.

a) „Nein heißt Nein“-Lösung

Die „Nein heißt Nein“-Lösung setzt voraus, dass der entgegenstehende Wille, d.h. das „Nein“ gegenüber dem Täter explizit oder konkludent kommuniziert wird. § 177 Abs. 1 StGB trägt dem dadurch Rechnung, dass der entgegenstehende Wille nach Außen erkennbar ist. Der Tatbestand ist nicht nur im Falle eines positiven Einverständnisses, sondern auch bei einem *ambivalenten bzw. neutralen Opferverhalten* zu verneinen.³³ Weitere Ausführungen zum geltenden Recht bedarf es an dieser Stelle nicht.

b) „Ja heißt Ja“-Lösung

Bei der „Ja heißt Ja“-Lösung muss hingegen stets eine positive Zustimmung vorliegen. Ein Schweigen genügt demnach nicht. Wird eine solche positive Zustimmung verlangt, muss diese für jede einzelne sexuelle Variante innerhalb eines zusammenhängenden sexuellen Gesamtgeschehens eingeholt werden. Dagegen ließe sich argumentieren, dass die Partner aber konsequenterweise vorab oder während der sexuellen Handlungen Absprachen über den genauen Ablauf und Fortgang treffen müssten, was aber jeglichem spontanen und intuitiven Sexualkontakt entgegenstünde.³⁴ Da jedoch die Zustimmung auch konkludent erteilt werden kann, verschwimmen die Grenzen zur „Nein heißt Nein“-Lösung. Solange der Partner sich dem Übergang zu einer weiteren Variante nicht versperrt, sondern sich weiter am sexuellen Geschehen beteiligt, wird man in der Regel von einer konkludenten Zustimmung ausgehen können. Auch Handlungen, die zwischen Paaren üblich geworden sind, bedürfen nicht in jedem Einzelfall einer nochmaligen Zustimmung, da man hier von einem generellen Einverständnis ausgehen kann, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.³⁵ Zwar formuliert Art. 5 Abs. 3 S. 2 RL-E hier, dass das Fehlen der Zustimmung nicht allein durch das frühere sexuelle Verhalten widerlegt werden kann, jedoch trifft dies diesen Fall nicht. Im genannten Beispiel liegt gerade eine zuvor erteilte und fortwirkende Einwilligung vor, so dass diese nicht fehlt, sofern sie nicht nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 RL-E widerrufen wurde. Die Grenzen zwischen beiden Modellen verschwimmen ferner erheblich dadurch, dass sich der Vorsatz des Täters darauf beziehen muss, dass keine Zustimmung vorliegt. Sofern er das Verhalten aber aufgrund der nach außen erkennbaren Umstände als Zustimmung deutet, entfällt die subjektive Tatseite. Dies alles setzt sich auf Beweisebene fort. Denn wenn der Handelnde eine Zustimmung behauptet oder angibt, zumindest subjektiv davon ausgegangen zu sein, muss diese Einlassung aufgrund des Grundsatzes *in dubio pro reo* widerlegt werden.

c) „Ja heißt Ja“-Modell mit prozeduraler Absicherung

Zu beachten ist ferner, dass das deutsche Strafrecht in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB bereits ein „Ja heißt Ja“-Modell kennt. Diese Regelung ist zu Lasten des Täters sogar verschärft, weil verlangt wird, dass sich der Täter vor Vornahme der sexuellen Handlung einer positiven Zustimmung versichert.³⁶ Der Grund liegt darin, dass es der Täter

²⁹ Hierzu nur Hecker, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2021), Kap. 8 Rn. 30 ff. und 43.

³⁰ RL-E COM/2022/71 final, S. 10 f.

³¹ Weitergehend BVerfGE 123, 267 (412), wonach den Mitgliedstaaten „substantielle Ausgestaltungsspielräume“ verbleiben müssen.

³² Dazu auch Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 47 ff.

³³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 20; Hörnle, NSZ 2017, 13 (15).

³⁴ Zur grundsätzlichen Kritik Eisele, Schriftliche Stellungnahme BT-Rechtsausschuss zum Antrag BT-Drs. 18/1969 v. 31.5.2016, S. 3 ff., online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/425524/a950a0666f21cb3e7b7f177118dec89b/eisele-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

³⁵ Ähnlich Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 17, online abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflichtungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragraf_177_StGB.pdf (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

³⁶ Zur Kritik an dieser wenig geglückten Regelung etwa Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3555); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 38.

bei diesem Tatbestand ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist und er daher mit einem Willensdefizit rechnet. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll gesichert werden, dass „kein vernünftiger Zweifel“ an der Zustimmung besteht.³⁷ Folge ist, dass dieser Tatbestand auch bei ambivalentem Opferverhalten zu bejahen ist.³⁸ Allerdings ist mit dem Erfordernis der Versicherung einer Zustimmung keine „Beweislastumkehr“ verbunden, zumal dies schon aus rechtsstaatlichen Gründen mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* von vornherein nicht zu vereinbaren wäre. Auch genügt es, wenn der Täter sich einer konkludenten Zustimmung versichert, was wiederum bei aktiver Beteiligung anzunehmen sein wird.³⁹ Auch bleibt selbstredend das Vorsatzerfordernis bestehen. Es zeigt sich, dass selbst eine solche verschärfte Lösung, die Art. 5 RL-E nicht im Blick hat, eher einen marginalen Mehrgewinn hat.

4. Speziell: Aktive Handlungen des Opfers

Für mögliche Unterschiede ist abschließend auf die viel diskutierte Fallgruppe der aktiven Handlungen des Opfers zu blicken. So wird für § 177 Abs. 1 StGB diskutiert, ob ein zunächst erfolgtes „Nein“ bei anschließender aktiver Beteiligung am sexuellen Geschehen tatsächlich den entgegenstehenden Willen zum Tatzeitpunkt zum Ausdruck bringt.⁴⁰ Einer Entscheidung des *BGH* lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem das Opfer gegenüber dem Angeklagten zunächst explizit zum Ausdruck brachte, dass es keine sexuellen Handlungen mehr wolle, die freilich in der Vergangenheit einvernehmlich ausgeführt wurden. Der Angeklagte drängte sodann, ohne dass jedoch eine Drohung nach § 177 Abs. 2 Nr. 4 oder Nr. 5 StGB vorlag, das Opfer hierzu, so dass dieses für einige wenige Sekunden den Oralverkehr mit ihm ausführte.⁴¹ Da der Oralverkehr eine aktive Mitwirkung des Opfers verlangt, könnte also die vorherige Ablehnung durch die aktive Mitwirkung „überholt“ worden sein, so dass die Handlung nicht gegen, sondern im Einklang mit dem Willen erfolgte.⁴² Der *BGH* vertrat, dass aus diesem Grund zumindest der Vorsatz entfallen sein könnte: „Deswegen bedarf es in den Fällen, in denen die Handlung von dem Opfer des sexuellen Übergriffs ausgeht, jedenfalls einer besonders eingehenden Würdigung von aussagekräftigen Umständen, aus denen der Täter darauf schließen kann, dass die Handlung gegen den Willen des Opfers erfolgt.“⁴³ Der Entscheidung mag man angesichts des Sachverhalts und der zunächst deutlichen Ablehnung durchaus skeptisch gegenüber stehen. Freilich hätte ein „Ja heißt Ja“-Modell an dem Argumentationsmuster der Entscheidung nichts verändert, da die aktive Mitwirkung nicht nur als fehlender entgegenstehender Wille, sondern vom *BGH* zugleich auch als konkludente Zustimmung gedeutet wird. Mit Blick auf die

Rechtsprechung ist ohnehin zu konstatieren, dass der (negativ) fehlende erkennbar entgegenstehende Wille mit der (positiven) Zustimmung weitgehend gleichgesetzt wird. Dies beruht erneut darauf, dass selten ein völlig neutrales, schweigendes Verhalten auf Opferseite vorliegt, sondern im Wege einer Gesamtbetrachtung letztlich jede Bewegung darauf überprüft wird, ob ihr eine Ablehnung oder eine Zustimmung entnommen werden kann. Fälle, in denen das Opfer „starr vor Schreck“ ist und sich gewissermaßen nicht bewegt, werden zudem von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst.⁴⁴

Letztlich benutzt die Rechtsprechung bei näherer Betrachtung die Einwilligung schlicht als Gegenstück zum erkennbar entgegenstehenden Willen. So formuliert der *BGH* etwa: „Maßgeblich ist dabei, dass gerade hinsichtlich der sexuellen Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, erkennbar kein Einverständnis des Opfers besteht und der Täter dies zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.“ Ähnlich wird das vom *BayOBLG* formuliert: „Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine sexuelle Handlung dann strafbar, wenn sie dem erkennbaren Willen der anderen Person widerspricht. Sie ist daher nur dann durch ein tatbestandsmäßiges Einverständnis gedeckt, wenn die Grenze des Einverständnisses respektiert und nicht überschritten wird.“⁴⁵

IV. Schluss

Die Fokussierung auf „Nein heißt Nein“ oder „Ja heißt Ja“ in der öffentlichen Diskussion ist – wie aufgezeigt – weitgehend verfehlt. Sie leistet dem eigentlichen Anliegen einen Bärendienst, da die Unterschiede aufgrund konkludenter Zustimmung, Vorsatzerfordernis und Unschuldsvermutung eher marginaler Natur sind. Auch ist zu sehen, dass Art. 5 RL-E weit hinter dem deutschen § 177 StGB zurückbleibt. Wenn ein Großteil der EU-Mitgliedstaaten hier in ihrem nationalen Strafrecht immer noch Nötigungselemente im Sinne eines klassischen Vergewaltigungsbegriffs vorsieht, wäre es zu begrüßen, wenn die weitgehend symbolische Diskussion über eine „Nein heißt Nein“-Lösung oder „Ja heißt Ja“-Lösung in den Hintergrund treten würde und der Blick auf die in einigen Staaten vorhandenen erheblichen Strafbarkeitslücken gelenkt würde.

In Deutschland geht der strafrechtliche Schutz ohnehin deutlich weiter, da der Gesetzgeber in § 177 Abs. 2 StGB eine umfassende Lösung gefunden hat, die gerade Lücken schließt, die die „Nein heißt Nein“-Lösung, aber selbst die „Ja heißt Ja“-Lösung, belässt.⁴⁶ In den Fällen des § 177 Abs. 2 StGB bedarf es nämlich keines „Nein“ und selbst die Zustimmung des Opfers lässt – abgesehen von § 177

³⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

³⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

³⁹ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 82; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 38.

⁴⁰ Dazu, dass ein „Nein“ überholt werden kann, vgl. etwa *BGH*, NStZ 2019, 717 (718); *BGH*, BeckRS 2023, 28870; *Fischer*, NStZ 2019, 580 ff.; *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580); *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (968); anders *Hörnle*, NStZ 2019, 439 ff.

⁴¹ *BGH*, NStZ 2019, 717.

⁴² Näher *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48.

⁴³ *BGH*, NStZ 2019, 717 (718); krit. hierzu *Hörnle*, NStZ 2019, 439 ff. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 27.

⁴⁴ *BayOBLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44).

⁴⁶ Ausgangspunkt für diese Regelung war die von mir in der Reformkommission vorgenommene Bildung von Fallgruppen, um die bestehenden Strafbarkeitslücken zu schließen; dazu auch Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 52 ff.

Abs. 2 Nr. 3 StGB (überraschender Angriff) – die Strafbarkeit nicht entfallen. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB statuiert darüber hinausgehend das „Ja heißt Ja“-Modell mit prozeduraler Absicherung⁴⁷ und § 177 Abs. 2 Nrn. 1, 4 und 5 StGB behandeln die Zustimmung *per se* als unwirksam, wobei die Regelung dabei über die Unwirksamkeitsgründe des Art. 5 Abs. 2 RL-E deutlich hinausgeht. Die

Kombination von § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB bildet daher einen Strafrechtsschutz, der deutlich über europäische und internationale Rechtsakte hinausgeht. Seit Inkrafttreten dieser Regelung sind nennenswerte Strafrechtslücken, die auf dem materiellen Recht fußen, jedenfalls nicht bekannt geworden.

⁴⁷ Siehe III.3.c.

Ein Tatbestand des Verschwindenlassens im deutschen Strafrecht

Völkerrechtliche, strafatssystematische und kriminalpolitische Prolegomena zur Einführung des § 234b StGB-E

von Prof. Dr. Florian Jeßberger und
Prof. Dr. Julia Geneuss, LL.M. (NYU)*

Abstract

Im Bundestag wird derzeit über den Entwurf zur Einführung eines Tatbestandes „Verschwindenlassen von Personen“ (§ 234b StGB-E) in das Strafgesetzbuch beraten. Der vorliegende Beitrag erläutert die völkerrechtlichen Hintergründe des Gesetzesentwurfs, namentlich das Internationale Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, zu dessen Umsetzung der Tatbestand dient. Das geltende Strafrecht genügt den Anforderungen aus dem Übereinkommen nicht; vielmehr bestehen formelle und materielle Deckungslücken. Insoweit ist die Schaffung eines selbstständigen Straftatbestandes zu begrüßen. Die vorliegende Fassung von § 234b StGB-E wirft aber einzelne Auslegungsfragen auf.

A few weeks ago, a draft bill was introduced to the German Bundestag, which provides for the introduction of a new offense of “enforced disappearance of persons” (Section 234b StGB-E) into the Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB). The authors discuss the international law background of the draft bill, namely the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, which the offense serves to implement. They find that, at present, German criminal law does not meet the requirements of the Convention. In this regard, the creation of an independent criminal offense on enforced disappearance is to be welcomed. The authors conclude, however, that the present version of Section 234b StGB-E raises questions regarding its interpretation.

I. Einleitung

Am 3. November 2023 wurde der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“ veröffentlicht.¹ Im Windschatten einer Vielzahl von völkerstrafrechtsbezogenen Änderungen² sieht der Entwurf vor, zur Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen

(International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, im Folgenden: CED oder Übereinkommen) vom 20. Dezember 2006 einen neuen § 234b („Verschwindenlassen von Personen“) in das Strafgesetzbuch einzufügen.³

Der Beitrag zeichnet den Weg bis zur Schaffung des Tatbestands des Verschwindenlassens im deutschen Strafrecht – über 17 Jahre nach Unterzeichnung und 14 Jahre nach Ratifikation des Übereinkommens – nach. In einem ersten Schritt wird das Phänomen des Verschwindenlassens in seinen unterschiedlichen Facetten sowie seine vielgestaltige Verrechtlichung auf unterschiedlichen Ebenen – supranational, international und national – skizziert (dazu II.). Sodann werden die Struktur des im Übereinkommen niedergelegten Tatbestandes erläutert sowie die Elemente völkerrechtlicher Tatbestandstypen des Verschwindenlassens herausgearbeitet (dazu III.). Im Anschluss wird der Blick auf die Implementierung des Tatbestands in das deutsche Strafrecht gerichtet, wobei insbesondere die – lange Zeit ablehnende – Position der Bundesregierung hinsichtlich der Schaffung eines selbstständigen Straftatbestandes des Verschwindenlassens dargestellt wird (dazu IV.). Diese Position wird dann auf den Prüfstand gestellt, indem der Verpflichtungsgehalt des Übereinkommens entwickelt und danach gefragt wird, ob das geltende Recht diesen Anforderungen gerecht wird (dazu V.). Der Beitrag schließt mit einer vorläufigen Bewertung des nun vorgeschlagenen Tatbestandes (dazu VI.) und einem zusammenfassenden Fazit (VII.).

II. Erscheinungsformen des Verschwindenlassens und ihre Verrechtlichung

1. Begriff und Erscheinungsformen

Der Begriff des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen (forced oder enforced disappearance of persons)

* Florian Jeßberger ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Julia Geneuss ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht, Informationsstrafrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bremen. – Grundlage des vorliegenden Beitrages ist ein Gutachten, welches die Verfasserin und der Verfasser im November 2023 im Auftrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte (DIMR) erstattet haben. Eine gekürzte Version des Gutachtens ist online abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/ein-tatbestand-des-gewaltsamen-verschwindenlassens-im-deutschen-strafrecht> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

¹ BR-Drs. 568/23 v. 3.11.2023 (im Folgenden: RegE). – Der Gesetzesentwurf ist als besonders eilbedürftige Vorlage gemäß Art. 76 Abs. 2 S. 4 GG dem Bundesrat und Bundestag zugeleitet worden. Die erste Lesung hat am 30.11.2023 stattgefunden, eine Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss am 31.1.2024. Bei regulärem Verlauf des parlamentarischen Verfahrens ist mit dem Inkrafttreten der Bestimmungen 2024 zu rechnen.

² Hierzu Überblick bei Bock, KriPoZ 2023, 349 ff.

³ Im Referentenentwurf vom 17.7.2023 war die Einführung eines Tatbestands des Verschwindenlassens noch nicht vorgesehen. Die Einführung des § 234b StGB-E zieht weitere Folgeänderungen, insbesondere im StGB und der StPO, nach sich.

markiert Sachverhalte, bei denen Menschen andere Personen in ihre Gewalt bringen und diesen Umstand ebenso wie den Aufenthaltsort dieser Personen und deren weiteres Schicksal gegenüber Dritten, auch auf Nachfrage, verschweigen, verheimlichen oder verschleiern.⁴ Die unmittelbar betroffenen Personen „verschwinden“ so und sind damit jeglichem tatsächlichen Schutz durch Dritte und auch dem Schutz der Rechtsordnung entzogen. In der Regel, aber nicht zwingend, sind staatliche Akteure in dieses Verschwindenlassen involviert. Und oftmals, aber ebenfalls nicht zwingend, werden die verschwunden gelassenen Personen im Zustand des schutzlos Ausgeliefertseins misshandelt, gefoltert und mitunter auch getötet. Betroffen von der Praxis des Verschwindenlassens ist zunächst die unmittelbar verschwunden gelassene Person selbst. Aber auch ihr soziales und familiäres Umfeld, insbesondere Angehörige, verbleiben in oft jahre- oder jahrzehntelanger Ungewissheit und Sorge. Darüber hinaus kann auch das (gesellschaftliche) Vertrauen in staatliche Institutionen erodieren, sei es, weil die Behörden selbst in das Verschwindenlassen verstrickt sind oder aber wenn sie den Aufenthalt und das weitere Schicksal der verschwundenen Person nicht ermitteln (können).

Das Verschwindenlassen tritt in zwei Erscheinungsformen auf. Entsprechend werden auch im (straf-)rechtlichen Kontext üblicherweise eine „systematische“ und eine „sporadische“ Begehungsweise unterschieden.⁵ Die systematische Begehungsweise erfasst Fälle, in denen die Praxis des Verschwindenlassens massenhaft auftritt und sich typischerweise im Sinne staatlich koordinierter Repression gegen eine bestimmte gesellschaftliche Gruppe richtet. Diese Praxis wird vor allem unter dem Stichwort der „desaparecidos“ mit den lateinamerikanischen Militärdiktaturen der 1970er und 1980er Jahre in Verbindung gebracht,⁶ wurde aber auch in anderen Kontexten praktiziert, namentlich auf Grundlage des sog. „Nacht und Nebel“-Erlasses unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft.⁷ Die systematische Praxis wird in der Regel über den völkerrechtlichen Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu erfassen sein. Im Statut des *Internationalen Strafgerichtshofs* (IStGH-Statut) findet sich das Menschlichkeitsverbrechen des „zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen“ in Art. 7 Abs. 1 lit. i, Abs. 2 lit. i), im deutschen (Völkerstraf-)Recht in § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB.

Die sporadische Begehungsweise des gewaltsamen Verschwindenlassens erfasst demgegenüber Einzeltaten, die

nicht in einem systematischen Zusammenhang verwirklicht werden. Weil es entsprechend am Merkmal des „großangelegten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ fehlt, greift hier der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht. Eine strafrechtliche Verarbeitung dieser Erscheinungsform kann nur über Straftatbestände jenseits des Völkerstrafrechts erfolgen. Umstritten – und auch zentraler Punkt in der Diskussion um die Umsetzung des Übereinkommens in das deutsche Strafrecht – ist dabei, ob zur Erfassung des (spezifischen) Unrechts ein selbständiger Straftatbestand des Verschwindenlassens erforderlich ist oder nicht.

2. Verrechtlichung

Unter dem Dach internationaler Organisationen setzten ab den 1980er Jahren Bemühungen zur rechtlichen Erfassung und Einhegung des Phänomens des Verschwindenlassens ein.⁸ Im Jahr 1992 wurde von der Generalversammlung der Vereinten Nationen die Erklärung zum Schutz aller Personen gegen das Verschwindenlassen (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) angenommen.⁹ Als wirkmächtiger erwies sich die zwei Jahre später beschlossene Interamerikanische Konvention über den Schutz aller Personen vor dem zwangsweisen Verschwindenlassen (Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons).¹⁰ Eine Differenzierung zwischen der systematischen und der sporadischen Erscheinungsform findet sich in diesen völkerrechtlichen Instrumenten nicht. Ab Mitte der 1990er Jahre wurde das Verschwindenlassen dann im Zusammenhang mit den Vorarbeiten zur Schaffung eines internationalen Strafgerichts erstmals als *völkerstrafrechtlich* relevantes Phänomen diskutiert und schließlich als spezifisches Menschlichkeitsverbrechen in das 1998 beschlossene IStGH-Statut aufgenommen. Am 20. Dezember 2006 beschloss die VN-Generalversammlung dann das Internationale Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen,¹¹ das am 23. Dezember 2010 in Kraft trat und dem bis heute 72 Staaten beigetreten sind; 26 weitere Staaten haben es unterzeichnet. Im Übereinkommen werden, womöglich unter dem Eindruck der völkerstrafrechtlichen Entwicklung, ausdrücklich beide Erscheinungsformen, die systematische und die sporadische, adressiert.

Über die Umsetzung der völkerrechtlichen Instrumente, insbesondere des Statuts des *Internationalen Strafge-*

⁴ Instruktiv hierzu und zum Folgenden *Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, 2005, sowie *Cornelius*, Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen, 2006.

⁵ Hierzu und zum Folgenden *Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, S. 13 ff.

⁶ Ausführlich *Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, S. 9 ff. m.w.N.

⁷ *Cornelius*, Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen.

⁸ Im Februar 1980 wurde von der damaligen VN-Menschenrechtskommission eine Arbeitsgruppe gegen gewaltsames und unfreiwilliges Verschwindenlassen (Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances) eingesetzt. Seit 2006 untersteht sie dem VN-Menschenrechtsrat.

⁹ GA Res. 47/133 v. 18.12.1992.

¹⁰ OAS A-60 v. 9.6.1994.

¹¹ GA Res. 61/177 v. 20.12.2006.

richtshofs, hat das Verschwindenlassen Eingang in nationalen Strafrechtsordnungen gefunden.¹² Dabei haben zahlreiche Staaten einen Straftatbestand des Verschwindenlassens (nur) als Verbrechen gegen die Menschlichkeit geschaffen, so bisher auch Deutschland im Völkerstrafgesetzbuch. Andere Staaten haben darüber hinaus – wie dies nunmehr auch in Deutschland mit § 234b StGB-E vorgeschlagen ist – zur Umsetzung des Übereinkommens bzw. der Interamerikanischen Konvention einen selbstständigen Tatbestand des „einfachen Verschwindenlassens“ in ihren nationalen Strafrechtsordnungen aufgenommen. In der konkreten Ausgestaltung unterscheiden sich diese nationalen Straftatbestände dabei teilweise erheblich.

III. Tatbestandsstruktur und Tatbestandstypen

In den völkerrechtlichen Instrumenten lassen sich zwei Typen von Tatbeständen des Verschwindenlassens unterscheiden, die jeweils eine eigene Struktur aufweisen: Der hier sog. menschenrechtliche Einheitstatbestand, der insbesondere in Art. 2 CED und ähnlich auch in Art. II der Interamerikanischen Konvention geregelt ist, begreift das Verschwindenlassen als zwar mehraktiges, aber doch einheitliches Gesamtgeschehen und ordnet die Merkmale des Tatbestandes entsprechend (hierzu sogleich 1.). Demgegenüber unterscheidet der hier sog. völkerstrafrechtlich-dualistische Tatbestand, der dem IStGH-Statut als Einzeltat der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zugrunde liegt, zwei, zwar aufeinander bezogene, aber doch jeweils selbstständige Tatbestandsvarianten (dazu 2.). Im Zuge der Implementierung der Regelungen von Übereinkommen und IStGH-Statut in die staatlichen Strafrechtsordnungen hat teilweise eine Verschleifung der beiden Tatbestandstypen stattgefunden. Darauf wird am Ende dieses Beitrages noch einmal zurückzukommen sein.

1. CED: menschenrechtlicher Einheitstatbestand

In Art. 2 CED wird „das Verschwindenlassen“ definiert als:

„die Festnahme, den Entzug der Freiheit, die Entführung oder jede andere Form der Freiheitsberaubung durch Bedienstete des Staates oder durch Personen oder Personengruppen, die mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates handeln, gefolgt von der Weigerung,

diese Freiheitsberaubung anzuerkennen, oder der Verschleierung des Schicksals oder des Verbleibs der verschwundenen Person, wodurch sie dem Schutz des Gesetzes entzogen wird“.

Danach ist das Verschwindenlassen durch drei Merkmale gekennzeichnet:¹³ erstens, die Beraubung der Freiheit; zweitens, die Weigerung, die Freiheitsberaubung anzuerkennen oder die Verschleierung des Schicksals oder des Verbleibs der verschwundenen Person; und drittens, die direkte oder jedenfalls indirekte Beteiligung eines Staates¹⁴ (dem Wortlaut nach bezogen nur auf das erste Handlungselement der Freiheitsentziehung). Die kumulativ erforderlichen Elemente der Tathandlung sind dabei zeitlich abgeschichtet: Die Nichtanerkennung bzw. Verschleierung muss auf die Freiheitsentziehung folgen („gefolgt von“). Zu diesen drei Merkmalen tritt als viertes Merkmal hinzu, dass die betreffende Person dem Schutz des Gesetzes entzogen wird. Diese Folge muss – nach dem Wortlaut – in einem (kausalen) Zusammenhang mit Freiheitsentziehung und Nichtanerkennung bzw. Verschleierung stehen („wodurch“). Ob es sich hierbei um ein selbstständiges Merkmal im Sinne eines tatbestandlichen Erfolges handelt, dessen Vorliegen gesondert festgestellt werden und sich in der inneren Tatseite spiegeln muss oder um eine typische Folge der Tathandlung, die keine selbstständige Wirkung entfaltet, ist nicht geklärt; der Vertragsausschuss hat die Frage offengelassen.¹⁵ Übergreifend lässt sich zur Struktur des Tatbestandes festhalten: Formuliert ist das Verschwindenlassen im Übereinkommen als einheitlicher Tatbestand, der sich aus verschiedenen, zeitlich abgeschichteten Teilakten zusammensetzt.

2. IStGH-Statut: völkerstrafrechtlich-dualistischer Tatbestand

Auch wenn § 234b StGB-E ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf der Umsetzung des CED dient, lässt sich die Bestimmung nicht verstehen, ohne das Menschenlichkeitsverbrechen des Verschwindenlassens nach dem Statut des *Internationalen Strafgerichtshofs* näher zu betrachten. Das Statut definiert das „zwangsweise Verschwindenlassen von Personen“ („enforced disappearance of persons“) als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 Abs. 1 lit. i¹⁶). Nach Art. 7 Abs. 2 lit. i) IStGH-Statut bedeutet „zwangsweises Verschwindenlassen von Personen“:

¹² Jedenfalls in Europa scheint die Bedeutung der staatlichen Strafbestimmungen jedoch bislang weitgehend symbolisch zu sein. Erst jüngst fand in der Schweiz das erste Verfahren statt, in dem der Straftatbestand des Verschwindenlassens (Art. 185bis CH-StGB) angeklagt und verhandelt wurde: Vor dem *Kantonsgesicht St. Gallen* fand im September 2023 ein Strafverfahren gegen den Belarussen *Juri Garawski* statt. Ihm wurde vorgeworfen, im Namen des Regimes von *Alexander Lukaschenko* an Entführungen beteiligt gewesen zu sein. Der Angeklagte wurde aus Mangel an Beweisen freigesprochen. Vgl. zu diesem Verfahren *Gerny*, Historischer Prozess in der Schweiz: Ein Mann aus *Lukaschenkos* Todesschwadron steht in St. Gallen vor Gericht, *Neue Zürcher Zeitung* v. 30.8.2023, online abrufbar unter: www.nzz.ch/schweiz/lukaschenkos-scherge-will-in-der-schweiz-aussagen-ld.1745635 (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

¹³ Dies entspricht der ständigen Spruchpraxis auch des Vertragsausschusses, vgl. etwa OHCHR, Fact Sheet No. 6 Rev. 4 on Enforced Disappearances, 2023.

¹⁴ Nichtstaatliche Akteure sind in Art. 2 des Übereinkommens nicht miteinbezogen. Allerdings sind die Vertragsstaaten über Art. 3 verpflichtet, geeignete Maßnahmen gegen nichtstaatliche Akteure zu ergreifen.

¹⁵ Vgl. Hierzu auch OHCHR, Fact Sheet No. 6 Rev. 4 on Enforced Disappearances, 2023: „According to article 2 of the Convention, enforced disappearance places the disappeared person outside the protection of the law. This provision confirms that, in every enforced disappearance, the disappeared person is totally defenceless and, as an inherent consequence, is deprived of any form of protection from the law.“ Diese Feststellung lässt sich so verstehen, als habe das vierte Merkmal nur „bestätigende“ und nicht etwa „konstituierende“ Wirkung. Vgl. Dazu auch *Citroni*, *Journal of International Criminal Justice* 2021, 675 ff.

¹⁶ „Im Sinne dieses Statuts bedeutet 'Verbrechen gegen die Menschlichkeit' jede der folgenden Handlungen, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen wird: [...] i) zwangsweises Verschwindenlassen von Personen [...].“

„die Festnahme, den Entzug der Freiheit oder die Entführung von Personen durch einen Staat oder eine politische Organisation oder mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates oder der Organisation, gefolgt von der Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen, in der Absicht, sie für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen.“

In den Verbrechenselementen („Elements of Crimes“), die 2002 von der Versammlung der Vertragsstaaten beschlossen wurden, werden die Merkmale des Tatbestandes weiter präzisiert.¹⁷ Dort heißt es:¹⁸

Article 7(1)(i): Crime against humanity of enforced disappearance of persons^[...]

Elements

Nr. 1: The perpetrator

(a) arrested, detained^(25, 26) or abducted one or more persons; or

(b) Refused to acknowledge the arrest, detention or abduction, or to give information on the fate or whereabouts of such person or persons.

Fußnote 25: The word „detained“ would include a perpetrator who maintained an existing detention.

Fußnote 26: It is understood that under certain circumstances an arrest or detention may have been lawful.

Nach Verbrechenselement Nr. 1 genügt es danach grundsätzlich, wenn der Täter entweder der Person die Freiheit entzieht (a) oder sich weigert, den Freiheitsentzug anzuerkennen oder Informationen über das Schicksal oder den Verbleib der Person zu geben (b). Die Etablierung der formalen Alternativität von zwei Tatvarianten ist nach der Formulierung in Art. 7 IStGH-Statut selbst keinesfalls zwingend; die Struktur des Tatbestandes in Art. 7 IStGH-Statut entspricht vielmehr im Kern derjenigen, die oben für das Übereinkommen beschrieben wurde.

In beiden Tatvarianten genügt die Vornahme der genannten Tathandlungen für sich genommen aber nicht zur Begründung von Strafbarkeit. Vielmehr stellt Verbrechenselement Nr. 2 zusätzlich ausdrücklich klar: In der ersten Tatvariante muss der Tathandlung des Freiheitsentzugs (genauer: „arrest, detention or abduction“) als objektives Tatbestandsmerkmal die Handlung der Weigerung der Anerkennung dieses Freiheitsentzugs bzw. der Auskunft über Schicksal oder Verbleib der betroffenen Person folgen.¹⁹ In der zweiten Tatvariante muss entsprechend

der Tathandlung der Verweigerung der Anerkennung oder Auskunft als objektives Tatbestandsmerkmal die Handlung des Freiheitsentzugs vorweggehen bzw. gleichzeitig mit diesem erfolgen.²⁰ Die Verbrechenselemente verdeutlichen so die zweidimensionale Struktur des Tatbestandes des Verschwindenlassens (zumindest: als Menschlichkeitsverbrechen). Insbesondere wird klargestellt, dass beide Handlungen für sich Tathandlungen sind. Täter kann entsprechend sein, wer eine dieser Tathandlungen erfüllt, ohne an dem anderen Tatakt beteiligt zu sein, wengleich stets erforderlich ist, dass der komplementäre Tatakt objektiv vorliegt und sich im Vorsatz des Täters spiegelt. Das Unrecht der Tat besteht in der Beteiligung am Gesamtkomplex, ohne dass eine (mittäterschaftliche oder sonstige) Beteiligung an jedem Einzelakt erforderlich ist. Diese Tatbestandsstruktur kennzeichnet bis heute den völkerstrafrechtlichen Tatbestand des Verschwindenlassens als Menschlichkeitsverbrechen.²¹ Im Zuge der Implementierung des IStGH-Statuts hat sich diese Struktur auch in nationale Strafrechtsordnungen fortgesetzt, so unter anderem auch im deutschen Völkerstrafgesetzbuch (§ 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB):

„Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung [...] einen Menschen dadurch zwangsweise verschwinden lässt, dass er in der Absicht, ihn für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen,

a) ihn im Auftrag oder mit Billigung eines Staates oder einer politischen Organisation entführt oder sonst in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt, ohne dass im Weiteren auf Nachfrage unverzüglich wahrheitsgemäß Auskunft über sein Schicksal und seinen Verbleib erteilt wird, oder

b) sich im Auftrag des Staates oder der politischen Organisation oder entgegen einer Rechtspflicht weigert, unverzüglich Auskunft über das Schicksal und den Verbleib des Menschen zu erteilen, der unter den Voraussetzungen des Buchstaben a seiner körperlichen Freiheit beraubt wurde, oder eine falsche Auskunft dazu erteilt [...]“

Im Übrigen: Auch jenseits der abweichenden Tatbestandsstruktur und des völkerstrafrechtlich stets erforderlichen Kontextelements des großangelegten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung unterscheidet sich der Tatbestand des Verschwindenlassens als Menschlichkeitsverbrechen nach dem IStGH-Statut von der Definition des Verschwindenlassens in Art. 2 CED. So wird im IStGH-Statut die subjektive Absicht, die Per-

¹⁷ Die Verbrechenselemente sind online abrufbar unter: www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf (zuletzt abgerufen am 6.3.2024). Zur Bedeutung der Verbrechenselemente näher Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), Rn. 235 ff.

¹⁸ Vgl. zur Entwicklungsgeschichte des zwangsweise Verschwindenlassens als Menschlichkeitsverbrechen im IStGH-Statut als auch zur Abfassung der Verbrechenselemente Schabas, in Bidault/Boumghar/de Frouville/Trigeaud, Réciprocité et Universalité: Sources et Régimes du Droit International et des Droits de l'Homme, 2017, S. 449 ff.; Witschel/Rückert, in: Lee, The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001, S. 98 ff.

¹⁹ „Nr. 2a): Such arrest, detention or abduction was followed or accompanied by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of such person or persons; or [...]“

²⁰ „Nr. 2b): Such refusal was preceded or accompanied by that deprivation of freedom.“

²¹ Rechtsprechung des IStGH zum Menschlichkeitsverbrechen des zwangsweisen Verschwindenlassens gibt es bisher kaum. In der Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi” (ICC-01/17-X-9-US-Exp) vom 25.10.2017 äußert sich Vorverfahrenskammer III etwas ausführlicher zur Auslegung des Tatbestandes. Die Ausführungen sind für die vorliegenden Zwecke jedoch nicht weiter relevant.

son für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen, verlangt. Dies findet sich im Übereinkommen als objektives Merkmal. Zudem ist nach dem IStGH-Statut im Gegensatz zum Übereinkommen ein direkter oder jedenfalls indirekter Staatsbezug nicht erforderlich, es genügt der Bezug der Täter zu einer „politischen Organisation“.

IV. Zur Umsetzung des Übereinkommens in Deutschland

Bevor sogleich im Lichte dieser Tatbestandstypen ein genauerer Blick auf § 234b StGB-E geworfen werden soll, zunächst noch einmal zurück zur Umsetzung des Übereinkommens: Deutschland hat das Übereinkommen am 26. September 2007 unterzeichnet und am 24. September 2009 ratifiziert.²² Von Beginn an, auch gegenüber dem Ausschuss gegen das Verschwindenlassen (Committee on Enforced Disappearances), dem Kontrollorgan zur Überprüfung der Umsetzung der Übereinkommensverpflichtungen durch die Konventionsstaaten,²³ vertrat die Bundesregierung den Standpunkt, dass es zur Umsetzung des Übereinkommens der Schaffung eines selbstständigen Straftatbestandes des Verschwindenlassens nicht bedürfte.²⁴ Zum einen ergebe sich aus dem Übereinkommen selbst keine ausdrückliche Verpflichtung zur Schaffung eines selbstständigen Straftatbestands, zum anderen werde das inkriminierte Verhalten bereits nach geltendem deutschen Recht hinreichend durch verschiedene Tatbestände des allgemeinen Strafrechts erfasst.

Der Ausschuss hat diese Position mehrfach kritisiert und die mangelnde Umsetzung des Übereinkommens in Deutschland gerügt. Er hat festgestellt, dass die bestehenden Straftatbestände – daneben auch die jeweiligen Strafandrohungen und die Verjährungsregelungen – nicht ausreichen, um die Verpflichtungen aus dem Übereinkommen zu erfüllen.²⁵ Dabei vertrat der Ausschuss die Auffassung, dass das gewaltsame Verschwindenlassen gerade kein aufeinanderfolgender Ablauf verschiedener Straftaten sei, sondern ein einziges, komplexes Verbrechen.²⁶

Vor dem Hintergrund der Kritik durch den Vertragsausschuss und des durch die Zivilgesellschaft erzeugten öffentlichen Drucks ist die Bundesregierung im Verlauf der

letzten zehn Jahre vorsichtig von ihrer ablehnenden Haltung abgerückt und hat eine gewisse Öffnung ihrer Position erkennen lassen.²⁷ So wurde gegenüber dem Ausschuss erklärt, man befasse sich weiter mit der Frage der Notwendigkeit der Schaffung eines selbstständigen Straftatbestandes des Verschwindenlassens. Zwar solle die Auslegung und Bewertung der Bestimmungen des Übereinkommens im Blick auf die Notwendigkeit der Schaffung eines separaten Tatbestandes der Rechtswissenschaft überlassen bleiben.²⁸ Eingeräumt wurde jedoch, dass die Schaffung eines solchen Tatbestandes einen „symbolischen Wert“ habe, allerdings auch „sehr komplex“ sei.²⁹ Nachdem diese vorsichtige Öffnung zwischenzeitlich mit dem – in der Gesamtschau freilich wenig überzeugenden – Hinweis gegenüber dem Ausschuss relativiert worden war, dass der Trend in der deutschen Kriminalpolitik derzeit Richtung Entkriminalisierung und nicht Neukriminalisierung gehe, erklärte die Bundesregierung noch im März 2023: „[T]he Federal Government would keep the matter [the introduction of an autonomous offence of enforced disappearance, *die Verf.*] under consideration and continue to evaluate the possibility of reform.“³⁰

Gemündet hat diese Entwicklung in dem vorliegenden Entwurf des § 234b StGB – eine bemerkens- und begrüßenswerte Kehrtwende in der Haltung der Bundesregierung. Durch die Einführung des eigenständigen Tatbestandes des Verschwindenlassens soll nunmehr, so heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs, „möglichen Zweifeln an der vollständigen Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen [...] im Sinne der Empfehlung des Ausschusses [...] begegnet werden“.³¹

V. Insbesondere: Art. 4 CED

Bevor § 234b StGB-E genauer in den Blick genommen werden wird, soll zunächst noch einmal die ursprüngliche Position der Bundesregierung auf den Prüfstand gestellt werden. Was genau verlangt das Übereinkommen von den Vertragsstaaten im Blick auf die Pönalisierung und Verfolgung von Taten des Verschwindenlassens? Und insbesondere: Wird zur Schaffung eines selbstständigen Tatbestandes des Verschwindenlassens verpflichtet, wie es un-

²² Zustimmungsgesetz BGBl. 2009 II, S. 932.

²³ Die Aufsicht erfolgt maßgeblich im Rahmen eines Berichtsverfahrens. Der deutsche Staatenbericht wurde im Jahr 2014 vor dem Vertragsausschuss präsentiert. Zu den Empfehlungen des Ausschusses hat die Bundesregierung mehrfach Stellung genommen. Im sog. Follow-Up-Verfahren fand zuletzt im März 2023 ein Dialogverfahren Deutschlands mit dem Vertragsausschuss statt. Die jeweiligen Statements sind online abrufbar unter: www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ced, Country: Germany (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

²⁴ So heißt es in der Denkschrift zum Zustimmungsgesetz, BT-Drs. 16/12592, v. 8.4.2009, S. 33: „Es gibt daher keine rechtliche Notwendigkeit, einen neuen Straftatbestand zu schaffen.“ Vgl. auch Report Germany, CED/C/DEU/1, v. 23.5.2013, paras. 22 ff., 25; Additional Information Submitted by Germany, CED/C/DEU/AI/1, v. 19.10.2020, para. 4, 6.

²⁵ Vgl. z.B. CED, Concluding Observations, CED/C/DEU/OAI/1, 14.4.2023, para. 9 ff.

²⁶ CED, Concluding Observations, CED/C/DEU/OAI/1, v. 14.4.2023, para. 5. Vgl. auch CED, Concluding Observations, CED/C/DEU/CO/1, v. 10.4.2014, para. 7. Vgl. auch Summary Record of the 426th Meeting, CED/C/SR.426, v. 5.4.2023, Statement Ms. Janina (Country Rapporteur) para. 6; Statement Mr. de Frouville (Country Rapporteur) para. 7.

²⁷ Die Bundesregierung erkannte zudem an, dass nach anderer Auffassung das spezifische Unrecht („particular injustice“) des gewaltsamen Verschwindenlassens nur durch Schaffung eines selbstständigen Straftatbestandes erfasst werden könne; Report Germany, CED/C/DEU/1, v. 23.5.2013, para. 26.

²⁸ CED, Twenty-fourth session – Summary record of the 426th meeting, CED/C/SR.426, v. 5.4.2023, S. 4.

²⁹ Additional Information Submitted by Germany, CED/C/DEU/AI/1, v. 19.10.2020, para. 6 („symbolic impact“); Summary Record of the 426th Meeting, CED/C/SR.426, v. 5.4.2023, para. 20 („extremely complex offence“).

³⁰ CED, 24 Session (20 Mar 2023 – 31 Mar 2023), Germany, Opening Statement.

³¹ RegE, S. 35.

ter anderem der Ausschuss vertritt? Oder genügt es, wie die Bundesregierung meint(e), wenn das im Übereinkommen als Verschwindenlassen beschriebene Verhalten ganz generell nach den Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts bestraft werden kann? Und damit zusammenhängend: Wäre letzteres denn überhaupt der Fall?

1. Verpflichtungsgehalt

Nach Art. 4 CED trifft „[j]eder Vertragsstaat [...] die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass das Verschwindenlassen nach seinem Strafrecht eine Straftat darstellt“. Danach *muss* – nicht: kann oder soll – jeder Konventionsstaat dafür Sorge tragen, dass das Verschwindenlassen *eine Straftat darstellt*. Stellt man diese Formulierung in ihren systematischen Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Übereinkommens – etwa Art. 25 CED, der das Verschwindenlassen von Kindern regelt – ergibt sich, dass die Umsetzungspflicht aus Art. 4 CED weiter reicht, als die bloße Verpflichtung zu gewährleisten, dass das in Art. 2 des Übereinkommens beschriebene Verhalten *bestraft werden kann*.

Dies – die Abbildung des spezifischen Unrechtsgehalts in einer eigenen Straftat – entspricht auch Sinn und Zweck der Regelung. So lässt sich argumentieren, dass gerade das Unrecht des funktionalen Zusammenhangs zwischen dem Freiheitsentziehungs- und dem Informationsunterdrückungselement eben „spezifisch“ ist und mit den Straftatbeständen des allgemeinen Strafrechts nicht adäquat erfasst werden kann. Kennzeichnend für das Unrecht ist gerade die Verknüpfung der beiden Handlungsstränge, die ein Mehr ist als die bloße Summe der einzelnen Teilakte (die, siehe sogleich, möglicherweise jedenfalls partiell durch allgemeine Tatbestände abgedeckt werden). Hinzu kommt, dass das Unrecht des Verschwindenlassens gerade auch in seinen spezifischen Angriffs- und Opferdimensionen gekennzeichnet ist. Entsprechend seiner multidimensionalen Angriffsrichtung weist das Verschwindenlassen in seinem normativen Gehalt mindestens eine zweifache Schutzdimension auf.³² Zu schützen sind die individuellen Rechtsgüter der verschwunden gelassenen Person (persönliche Freiheit, körperliche und wohl auch seelische Integrität), die insgesamt in einen schutz- und wehrlosen Zustand versetzt wird. Hinzu kommt: Als Opfer des Verschwindenlassens wird nach Art. 24 Abs. 1 CED nicht nur die verschwunden gelassene Person selbst, sondern zudem „jede natürliche Person, die als unmittelbare Folge eines Verschwindenlassens geschädigt worden ist“ verstanden. Damit umfasst der Schutzbereich des

Übereinkommens auch die seelische Integrität derjenigen Personen im Umfeld der verschwunden gelassenen Person, die über deren Verbleib im Unklaren bleiben.³³ Diese zweifache Schutzdimension gilt es in der Umsetzung des Übereinkommens abzubilden.

Hiernach wird man festhalten können, dass es grundsätzlich nicht den Anforderungen des Übereinkommens genügt, wenn das in Art. 2 CED umschriebene Verhalten bloß nach allgemeinen Bestimmungen des Strafrechts strafbar ist. Festhalten lässt sich ferner, dass eine Verpflichtung zur Kopie der Merkmale aus Art. 2 in eine innerstaatliche Strafnorm nicht besteht. Eine solche Verpflichtung lässt sich dem Übereinkommen nicht entnehmen. Vielmehr ist nach Art. 4 ausreichend, aber auch erforderlich, dass der spezifische Unrechtsgehalt des Verschwindenlassens im nationalen Strafrecht angemessen Ausdruck findet. Dies entspricht, wie erwähnt, auch der Auffassung des Vertragsausschusses.³⁴ *Wie* das geschieht, ist dem gestalterischen Ermessen des staatlichen Gesetzgebers überlassen.

Schon aus diesem Grund konnte die Position der Bundesregierung nicht überzeugen. Hinzu kommt: Selbst wenn man es, wie lange Zeit die Bundesregierung, für völkervertragsrechtlich hinreichend hielte, dass das im Übereinkommen als Verschwindenlassen beschriebene Verhalten *irgendwie* nach nationalen Straftatbeständen bestraft werden kann, ergeben sich Zweifel, ob die deutsche *lex lata* diese Anforderungen tatsächlich gerecht wird.

2. Deckungslücken: Zur Strafbarkeit des Verschwindenlassens im geltenden Recht

Nach Auffassung der Bundesregierung, die auch in der Gesetzesbegründung zu § 234b StGB-E wiederholt wird, kann das gewaltsame Verschwindenlassen bereits nach geltendem Recht auf Grundlage verschiedener Tatbestände bestraft werden.³⁵ Je nach konkretem Einzelfall seien einschlägig: Straftaten gegen das Leben (§§ 211 f., 221 f. StGB), die körperliche Unversehrtheit (§§ 223 ff. StGB) und die persönliche Freiheit (§§ 234a, 235, 239 bis 239b StGB) sowie die Tatbestände der Begünstigung (§ 257 StGB), Strafvereitelung (§ 258 StGB) und bestimmte Straftaten im Amt (§§ 339, 340, 345, 357 StGB).

Was die Tathandlung des Freiheitsentzugs angeht, ist als zentraler Tatbestand die Freiheitsberaubung, § 239 StGB,

³² Nach einer weitergehenden Auffassung werden in einer dritten Schutzdimension auch kollektive Interessen, d.h. Interessen der Allgemeinheit geschützt. Argumentiert wird, das Verschwindenlassen tangiere die Kollektivrechtsgüter der öffentlichen Sicherheit und des öffentlichen Friedens, weil das Ausschalten rechtlicher Schutzmechanismen zu einer Verunsicherung der Gesellschaft führe und ein Gefühl der Unsicherheit erzeuge. Dem Übereinkommen, insbesondere der Präambel, lässt sich diese dritte Schutzdimension allerdings nicht unmittelbar entnehmen. Vgl. dazu *Ambos/Böhm*, *El Tipo Penal De La Desaparición Forzada De Personas – Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, 2009, S. 49; *von Braun/Diehl*, *ZIS* 2011, 214 (224). Vgl. auch *Grammer*, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person*, S. 130.

³³ *Grammer* verweist, allerdings nicht mit Bezug zum CED, sondern vor allem zur IACFD, darauf, dass nicht nur Familienmitglieder/Angehörige betroffen sind, weil es auf ein besonderes Näheverhältnis nicht ankommt; *Grammer*, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person*, S. 29 f.

³⁴ Exemplarisch: CED/C/ESP/CO/1, para. 9. Vgl. auch CED/C/BEL/CO/1, para. 11; CED/C/GAB/CO/1, para. 12; CED/C/JPN/CO/1, para. 13; CED/C/PRT/CO/1, para. 14; and CED/C/ITA/CO/1, para. 14. Diese Position vertritt auch der *Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte*, vgl. nur *Heliodoro Portugal v. Panama*, Urteil v. 12.8.2008, para. 181 ff.

³⁵ RegE S. 35. Vgl. auch Denkschrift Zustimmungsgesetz ICAED, BT-Drs. 16/12592, v. 8.4.2009, S. 33. Ausführlicher Report Germany, CED/C/DEU/1, v. 23.5.2013, paras. 9, 23, 28 ff.

inklusive der verschiedenen (Erfolgs-)Qualifikationstatbestände, einschlägig. Je nach den Umständen des Einzelfalls können bzgl. der Handlungen, die während der Freiheitsberaubung begangen werden, auch Körperverletzungs- und Tötungsdelikte einschlägig sein.³⁶ Eine Problematik bei der strafrechtlichen Erfassung des Verschwindenlassens nach geltendem Recht kann hier entstehen, wenn der Freiheitsentzug (zunächst) rechtmäßig erfolgt, weil amtliche Befugnisse (z.B. Festnahme, Untersuchungs- bzw. Straftat, Unterbringung, staatsanwaltschaftliche Vorführung, Festhalten zur Blutentnahme, Anhalte- und Kontrollbefugnisse aufgrund von Polizeigesetzen sowie rechtmäßige Vollstreckungshandlungen) diesen rechtfertigen und damit ein Erlaubnissatz eingreift.³⁷ In diesem Fall kann an den rechtmäßigen Entzug auch keine Teilnahme strafbarkeit, genauer: Beihilfe zur Freiheitsberaubung durch Nichtanerkennung/Verschleierung, anknüpfen. Gleiches gilt für den Fall des Todeseintritts der verschwundenen Person. In diesem Fall ist das (mögliche) Dauerdelikt der Freiheitsberaubung bereits beendet, sodass eine Teilnahme nicht mehr in Betracht kommt.

Problematischer ist die strafrechtliche Erfassung des zweiten Handlungsstrangs, das heißt der zeitlich nachgelagerten Unterdrückung von Information über den Aufenthaltsort bzw. das Schicksal der verschwunden gelassenen Person bzw. anderer Handlungen jenseits des unmittelbaren Freiheitsentzugs. Unmittelbar erfasst sein könnten diese Handlungen von den Straftatbeständen der Strafvereitelung/im Amt (§ 258/a StGB) und der Rechtsbeugung (§ 339 StGB). Der Straftatbestand der Strafvereitelung würde dabei das Nicht-Verfolgen der (Vor-)Täter des Freiheitsentzugs durch Amtsträger, die zur Mitwirkung an Strafverfahren berufen sind, erfassen. Dies betrifft vor allem Strafrichter:innen, Staatsanwält:innen und Polizeibeamt:innen. Im Fall des Verschwindenlassens würde damit vor allem der Umstand strafrechtlich adressiert, dass die Vortäter keine Strafverfolgung zu befürchten haben und die freiheitsentzogene Person dem Täter entsprechend umfassender ausgeliefert ist. Die Tathandlung der Nichtanerkennung/Verschleierung wird hierdurch jedoch nicht unmittelbar erfasst. Zudem liefe der Zugriff über die Strafvereitelung dort leer, wo die Freiheitsentziehung selbst rechtmäßig ist und deshalb keine taugliche Vortat darstellt. Passender ist in dieser Hinsicht der Straftatbestand der Rechtsbeugung. Erfasst wird hier die Nicht- oder Falschanwendung des geltenden Rechts, also Fälle, in denen Entscheidungen ergehen, die objektiv im Widerspruch zu Recht und Gesetz stehen und sich nicht mehr im Rahmen des Vertretbaren bewegen. In enger Auslegung vertritt der *BGH*, dass der Rechtsbruch die

Qualität eines elementaren Verstoßes gegen die Rechtspflege darstellen müsse, bei der sich der Amtsträger bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt. Anders formuliert: Es muss ein Angriff gegen grundlegende Prinzipien des Rechts oder gegen die Rechtsordnung als Ganze bestehen.³⁸ Einen solchen Angriff wird man jedenfalls dann annehmen können, wenn eine tätertaugliche Person – insbesondere Richter:innen und andere Amtsträger, die eine Rechtssache wie ein Richter leiten oder entscheiden – bewusst Art. 104 Abs. 4 GG verletzen. Zu beachten ist jedoch, dass es sich bei beiden Straftaten – § 258/a StGB und § 339 StGB – um Rechtspflegedelikte handelt: Geschützt wird nach ganz überwiegender Auffassung allein die innerstaatliche (Straf-)Rechtspflege.³⁹ Im Kern geht es um den Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit, Unparteilichkeit und Willkürfreiheit der (Straf-)Rechtspflege vor Angriffen von innen. Insbesondere bei der Rechtsbeugung werden die Schutzgüter der betroffenen einzelnen Personen nur mittelbar (mit-)geschützt. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass mit diesen Tatbeständen unmittelbar nur eine mögliche kollektive Schutzdimension (des Verschwindenlassens) adressiert wird, nicht hingegen der Angriff auf die verschwunden gelassene Person und individuelle dritte Personen im Umfeld dieser Person.

3. Kriminalpolitische Erwägungen

Die soeben entwickelte Verpflichtung zur Abbildung des spezifischen Unrechts des Verschwindenlassens im Recht der Vertragsstaaten, die sich nach hiesiger Lesart aus dem Übereinkommen ergibt, lässt sich durch eine doppelte kriminalpolitische Argumentation zusätzlich absichern. Zum einen streitet die besondere Verantwortung, die sich aus der deutschen Vergangenheit ergibt, dafür, durch selbstständige Abbildung des spezifischen Unrechtsgehaltes des Verschwindenlassens nach außen sichtbar Stellung zu beziehen. Zutreffend heißt es hierzu in der Denkschrift zum Zustimmungsgesetz: „Als einer der ersten weltweit registrierten Vorfälle des Verschwindenlassens gilt der sogenannte ‚Nacht-und-Nebel-Erlass‘ zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft.“⁴⁰ Strafbares Verschwindenlassen war dann auch Gegenstand der Strafverfahren nach dem Zweiten Weltkrieg.⁴¹ Insbesondere im Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärtribunal und im sog. Juristenprozess vor dem US-amerikanischen Militärtribunal, wurden Akte des Verschwindenlassens (jeweils unter dem Gesichtspunkt der Kriegsverbrechen) verhandelt.⁴² Auch in der Nachkriegszeit war die Praxis des Verschwindenlassens namentlich in der sowjetischen Besatzungszone bis hinein in die Zeit

³⁶ Im einschlägigen Schrifttum wird vor allem moniert, dass das spezifische, erhöhte Unrecht des Verschwindenlassens gegenüber der vom Freiheitsentzug betroffenen Person durch § 239 StGB inklusive seiner Qualifikationen nicht adäquat abgebildet wird. Entscheidend sei, dass die betroffene Person in einen Zustand völliger Schutzlosigkeit versetzt werde, in dem er den Tätern komplett ausgeliefert sei, zumal diese aufgrund der Ungewissheit über den Verbleib der Person keine Strafverfolgung zu befürchten hätten; vgl. von Braun/Diehl, ZIS 2011, 214 (225).

³⁷ Vgl. nur Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 239 Rn. 39.

³⁸ Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 339 Rn. 15 ff.

³⁹ Vgl. nur Fischer, StGB, § 258 Rn. 2, § 339 Rn. 2.

⁴⁰ Denkschrift Zustimmungsgesetz, BT-Drs. 16/12592, 8.4.2009, S. 31.

⁴¹ Dazu auch Finucane, Yale Journal of International Law 2010, 171 ff.

⁴² IMT, judgment of 1 October 1946, in The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August 1946 to 1st October, 1946), S. 453 ff., 492 ff.; US Military Tribunal, Nuremberg, judgment of 4 December 1947 (Altstötter et al.), in Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol. III, S. 1058.

nach Gründung der DDR durchaus verbreitet.⁴³

Zum anderen möchte man meinen, dass es dem offiziell inzwischen regelhaft artikulierten Anspruch einer „Vorreiterrolle“ Deutschlands beim Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht wohl entspräche, sich hier klar und entschlossen zu positionieren.⁴⁴ So wird auch in der Denkschrift zum Zustimmungsgesetz zum Übereinkommen festgestellt:

„Die Bundesrepublik Deutschland will durch die Ratifikation der von ihr gemeinsam mit den anderen europäischen Staaten beanspruchten Vorreiterrolle im Rahmen des Menschenrechtsschutzes gerecht werden. Damit die Bundesrepublik Deutschland glaubhaft den Schutz vor dem Verschwindenlassen von Personen von anderen Staaten einfordern kann, muss sie selbst die internationalen Vorgaben erfüllen.“⁴⁵

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Maßgeblich für die Umsetzung des Übereinkommens ist der Begriff („Tatbestand“) des Verschwindenlassens aus Art. 2 CED. Aus Art. 4 CED ergibt sich zwar keine Pflicht der Vertragsstaaten, den in Art. 2 normierten Tatbestand wortgetreu in das innerstaatliche Strafrecht zu übernehmen. Verpflichtet sind die Staaten aber dazu, den spezifischen Unrechtsgehalt des Verschwindenlassens im innerstaatlichen Strafrecht abzubilden. Dies gilt umso mehr, als die Tatbestände des geltenden Strafrechts das Verschwindenlassen nur partiell erfassen. Es bedarf eines selbständigen Tatbestands, der kumulativ alle spezifischen Rechtsgüter – jedenfalls die der durch den Freiheitsentzug unmittelbar betroffenen verschwundenen Person als auch die der nahestehenden Dritten – schützt.⁴⁶ Auch kriminalpolitische Erwägungen sprechen letztlich für die Schaffung eines selbständigen Tatbestandes, wie er nunmehr mit § 234b StGB-E vorgeschlagen wird, ist deshalb grundsätzlich zu begrüßen.

VI. Ausblick: § 234b StGB-E

Der nun vorgeschlagene Tatbestand des Verschwindenlassens von Personen nach § 234b StGB-E lautet:

(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer als Amtsträger oder im Auftrag oder mit Billigung eines Staates

1. eine Person entführt oder sonst ihrer körperlichen Freiheit beraubt, wobei im Weiteren die Auskunft über ihr Schicksal oder ihren Verbleib verweigert wird, oder

2. das Schicksal oder den Verbleib einer Person verschleiern, die von einem Amtsträger oder im Auftrag oder mit Billigung eines Staates entführt oder sonst ihrer körperlichen Freiheit beraubt worden ist, und sie dadurch dem Schutz des Gesetzes entzieht.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

Die Norm orientiert sich ersichtlich an drei Bestimmungen: Was die Voraussetzungen der Strafbarkeit betrifft, so folgt der Entwurf im Wesentlichen der Definition des Art. 2 CED. Seiner tatbestandlichen Struktur nach ist § 234b StGB-E in erster Linie an § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB und den diesen zugrundeliegenden Bestimmungen des IStGH-Statuts einschließlich der Verbrechenselemente orientiert. Was schließlich die Rechtsfolgen und die allgemeine Einordnung in die deutsche Strafrechtsordnung („Unrechtsgehalt“) betrifft, ist § 234b StGB-E vor allem an § 234a StGB, den Tatbestand der Verschleppung, angelehnt.

§ 234b StGB-E unterscheidet zwei Tatvarianten und entspricht damit dem hier sog. völkerstrafrechtlich-dualistischen Tatbestandstypus: Nr. 1 knüpft an die Freiheitsberaubung an, an welche sich „im Weiteren“ eine Auskunftsverweigerung anschließen muss (*Freiheitsentziehungstatbestand*). Die Verweigerung der Auskunft ist ein echtes Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz, mindestens *dolus eventualis*, umfasst sein muss. Nr. 2 knüpft an die Verschleierung von Schicksal oder Verbleib einer Person an, der (wohl: zuvor) die Freiheit geraubt worden ist (*Verschleierungstatbestand*). Tathandlung ist das Verschleiern des Schicksals oder des Verbleibs einer Person. Das Verschleiern muss vorsätzlich erfolgen, wobei der Vorsatz auch umfassen muss, dass die Person ihrer Freiheit durch einen Amtsträger oder im Auftrag oder mit Billigung des Staates beraubt worden ist.

In der dogmatischen Einordnung handelt es sich um ein zusammengesetztes Delikt, das verschiedene Rechtsgüter unterschiedlicher Rechtsgutsträger schützt: zumindest die Individualrechtsgüter der verschwunden gelassenen Person (persönliche Freiheit, körperliche und seelische Integrität) einerseits und der Angehörigen bzw. nahestehender Personen (seelische Integrität) andererseits. Zudem bilden die Tatbestandsalternativen die Struktur des Verschwindenlassens als mehraktiges Geschehen ab. Die Verwirklichung der Teilakte erfolgt typischerweise zeitlich gestreckt und durch verschiedene Personen. Kennzeichnend ist also die Begehung in einem kollektiven Zusammenhang, der jedoch in zeit- und räumlicher Hinsicht sehr unterschiedlich ausgeprägt sein kann.⁴⁷ Indem beide Teilakte zu einer rechtlichen Bewertungseinheit verbunden werden, wird das spezifische Unrecht des Ver-

⁴³ Näher *Cornelius*, Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen.

⁴⁴ Zur proklamierten Vorreiterrolle Deutschlands bzw. der deutschen Justiz im Völkerstrafrecht vgl. RegE, S. 10.

⁴⁵ Denkschrift Zustimmungsgesetz, BT-Drs. 16/12592, v. 8.4.2009, S. 31.

⁴⁶ Zur möglichen dritten Schutzdimension bzgl. Rechtsgütern der Allgemeinheit, oben Fn. 32.

⁴⁷ Vgl. auch Fn. 23 zu den Verbrechenselementen zu Article 7(1)(i) IStGH-Statut: „Given the complex nature of this crime, it is recognized that its commission will normally involve more than one perpetrator as a part of a common criminal purpose.“

schwindenlassens adäquat erfasst. Schließlich ist der Tatbestand als „mehrfaches Dauerdelikt“ konzipiert.⁴⁸ Unterscheiden lassen sich zwei Zustände mit jeweils eigener Dauerkomponente: Zum einen beschreibt der Freiheitsentzug *per se* einen dauerhaften Zustand. Die Beendigung dieses Zustands erfolgt erst, wenn das Opfer wieder in Freiheit gelangt oder aus anderen Gründen – bspw. wenn das Opfer verstirbt – nicht länger in seiner Fortbewegungsfreiheit beschränkt ist. Zum anderen lässt sich annehmen, dass eine zeitliche Dauerkomponente auch in der Verschleierung des Schicksals oder Verbleibs der betroffenen Person liegt.⁴⁹ Beendet ist der Zustand erst mit Benachrichtigung und Kenntniserlangung bzw. „Entschleierung“ über den Verbleib der betroffenen Person bzw. ihres Schicksals, das heißt der wahrheitsgemäßen Information/Dokumentation über den letzten Aufenthaltsort und Zustand der betroffenen Person.

Was die Auslegung des vorgeschlagenen Tatbestands angeht, können an dieser Stelle nur zwei Gesichtspunkte hervorgehoben werden:

So ist *erstens* zweifelhaft, ob § 234b den Anforderungen des Übereinkommens entspricht, weil dort als Tathandlung (zusätzlich) die Weigerung, die Freiheitsberaubung anzuerkennen, erfasst wird (Var. 1 in Art. 2 CED). Es ist nach summarischer Prüfung jedenfalls fraglich, dass sich die genannten Handlungsvarianten (Nichtanerkennung, Auskunftsverweigerung, Falschauskunft) vollständig unter den Begriff des „Verschleierns“ in § 234b StGB-E subsumieren lassen. In der Entwurfsbegründung heißt es: „Eine Verschleierung setzt ähnlich wie bei § 261 Absatz 2 StGB voraus, dass der Täter unzutreffende oder irreführende Angaben macht, die darauf abzielen, den Verbleib oder das Schicksal des Opfers zu verbergen.“⁵⁰ Legt man die Auslegung des Begriffs „Verschleiern“ in § 283 Abs. 1 Nr. 8 und § 261 Abs. 2 StGB zugrunde, ergibt sich ferner: Verschleiern ist nicht gleich Verheimlichen (vgl. auch § 261 Abs. 2 Var. 1 StGB). Im Blick auf das Ziel der Umsetzung des Übereinkommens ist das zumindest für die Variante der Nichtanerkennung problematisch. Mit der Fokussierung allein auf die Tathandlung des Verschleierns weicht § 234b StGB-E im Übrigen auch von den Formulierungen im VStGB bzw. IStGH-Statut ab. Danach sind Tathandlungen die Weigerung, die Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen (Art. 7 IStGH-Statut) bzw. die Weigerung entgegen einer Rechtspflicht unverzüglich Auskunft zu erteilen oder das Erteilen einer falschen Auskunft dazu (§ 7 VStGB). Mit Blick auf das deutsche Verfassungsrecht ließe sich zudem über die Tathandlung des Unterlassens von Benachrichtigungspflichten nachdenken. Art. 104 Abs. 4 GG verankert als subjektives Recht der festgenommenen Person Be-

nachrichtigungspflichten nach einer richterlichen Entscheidung über Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung; einfachgesetzliche Ausprägungen finden sich z.B. in § 114c StPO oder § 339 FamFG, auch bei nicht-richterlichen Entscheidungen nach den Polizeigesetzen der Länder. Zweck der Benachrichtigungspflichten des Art. 104 Abs. 4 GG ist es gerade, das „spurlose Verschwindenlassen“ von Personen zu verhindern.⁵¹ Hervorzuheben ist, dass das Unterlassen dieser Benachrichtigung nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung selbst führt.⁵² Über das Merkmal der „Entziehung des Schutzes des Gesetzes“ der verschwunden gelassenen Person scheint der Tatbestand hinreichend eingeschränkt.

Schwierige Fragen ergeben sich, *zweitens*, im Blick auf die Rechtswidrigkeit der Teilakte. Insbesondere ungeklärt ist die Frage, ob die Freiheitsentziehung als Vortat im Verschleierungstatbestand (Nr. 2) rechtswidrig sein muss oder ob auch das Verschleiern in den Fällen rechtmäßiger Freiheitsberaubungen als strafbares Verschwindenlassen erfasst ist. Dies lässt der Entwurfstext offen; wie erwähnt ergibt sich insoweit, anders als aus dem IStGH-Statut, auch kein klarer Anhaltspunkt aus dem Übereinkommen. In den Fällen einer rechtswidrigen Freiheitsberaubung als Vortat handelt es sich beim Verschleierungstatbestand vom Deliktstypus her um ein sog. Anschlussdelikt. In diesem Fall wird, insofern wie bei den anderen Anschlussdelikten (z.B. Geldwäsche, Hehlerei), der schon durch die Freiheitsberaubung begründete Rechtsgutseingriff durch die Verschleierungshandlung weiter vertieft. Bereits der Grundgedanke der Norm, der auf den umfassenden Schutz der Betroffenen abzielt, legt aber nahe, dass auch nach innerstaatlichem Recht rechtmäßige Freiheitsentziehungen Ausgangspunkt einer Strafbarkeit in der Verschleierungsvariante sein können; dass die Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung mithin nicht Voraussetzung der Strafbarkeit in der Verschleierungsvariante ist. So kann das spezifische Unrecht der „Spurlosigkeit“ des Verbleibs der freiheitsentzogenen Person auch dann verwirklicht sein, wenn die Freiheitsberaubung selbst gerechtfertigt ist. Diese Wertung lässt sich auch der Ratio von Art. 104 Abs. 4 GG (und den einfachgesetzlichen Regelungen zu dessen Umsetzung) entnehmen. In diesem Fall – Rechtmäßigkeit der Freiheitsberaubung – wäre § 234b Nr. 2 StGB-E kein Anschlussdelikt; vielmehr wäre der Rechtsgutsangriff und damit das spezifische Unrecht hier anders gelagert als in den Konstellationen der rechtswidrigen Freiheitsberaubung.

Als übergreifende Voraussetzung verlangt § 234b StGB-E für beide Tatvarianten, dass der Täter die Person, die ihrer Freiheit beraubt und/oder deren Schicksal/Verbleib verschleiert wurde, „dadurch dem Schutz des Gesetzes entzieht“. Hierbei handelt es sich um einen tatbestand-

⁴⁸ Vgl. auch Art. 8 Abs. 1b) CED: „dass die Straftat von Dauer ist“, „ist continuous nature“.

⁴⁹ Für § 283 StGB hat der BGH entschieden (BGHSt 61, 180), dass es sich beim „Verheimlichen“ um ein Dauerdelikt handle, weil die Offenbarungspflicht ebenso wie die Gefährdungslage fortbestehe. Knüpft man hieran an, liegt es nicht fern, dies auch für die Tatvariante des „Verschleierns“ anzunehmen, wo ebenfalls die Benachrichtigungspflicht und die Gefährdungslage fortbesteht.

⁵⁰ RegE, S. 36.

⁵¹ Vgl. nur Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL (Mai 2023), Art. 104 Rn. 165, 167, 174; Radtke, in: BeckOK-GG, 56. Ed. (Stand: 15.8.2023), Art. 104 Rn. 17; Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 104 Rn. 25.

⁵² Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 104 Rn. 72.

lichen Erfolg (Auslegung!), der entsprechend auch vom Vorsatz umfasst sein muss. Nach der Entwurfsbegründung soll dieses Merkmal „regelmäßig“ erfüllt sein (Ausnahme z.B.: sehr kurzer Freiheitsentzug). Dieser tatbestandliche Erfolg tritt neben den in den beiden Varianten jeweils bereits vorgesehenen Erfolg (Entzug der Freiheit bzw. Unkenntnis von Aufenthalt und Schicksal der verschwundenen Person).

Die Beteiligung an der Tat ist in beiden Tatvarianten nach den allgemeinen Regeln möglich. Dies gilt unter Zugrundelegung der Auffassung der Rechtsprechung auch für die sukzessive Tatbeteiligung (insbesondere Mittäterschaft und Beihilfe). Eine gesonderte Regelung für die Strafbarkeit von Vorgesetzten (vgl. Art. 6 Abs. 1 b) CED) wegen der Verletzung der Aufsichtspflicht bzw. des Unterlassens der Meldung einer Straftat wird nicht getroffen. Nicht anwendbar sind die §§ 14 und 15 VStGB, die allein für VStGB-Taten gelten.

Der vorgesehene Strafraum ist breit, erscheint aber sowohl im Blick auf die Vorgaben des Übereinkommens⁵³ als auch im Kontext der Binnensystematik des deutschen Rechtsfolgensystems⁵⁴ angemessen.⁵⁵ § 234b StGB-E sieht eine Freiheitsstrafe von einem Jahr bis 15 Jahren vor. Aus der Strafraumuntergrenze ergibt sich die Einordnung der Tat als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB). Die Strafraumobergrenze entspricht der im deutschen Recht höchstmöglichen zeitigen Freiheitsstrafe (vgl. § 38 Abs. 2 StGB), wie sie als Höchststrafe etwa auch für Totschlag (§ 212 StGB), Raub (§ 249 StGB), Erpresserischen Menschenraub (§ 239a StGB), Geiselnahme (§ 239b StGB), Verschleppung (§ 234a StGB) und Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) vorgesehen ist. In minder schweren Fällen beträgt der Strafraum Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

Auch im Blick auf die Verjährung – hierzu Art. 8 CED –

trifft der Gesetzentwurf eine sachgerechte Lösung. Gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB beträgt die Frist der Verfolgungsverjährung 20 Jahre. Die Frist beginnt gemäß § 78a Satz 1 StGB, „sobald die Tat beendet ist“. Das heißt für den Freiheitsberaubungstatbestand: Erst wenn die entführte Person wieder frei (oder tot) ist, beginnt die Verjährungsfrist zu laufen. Für den Verschleierungstatbestand gilt: Erst wenn der rechtswidrige Zustand beendet ist und die betroffene Person tatsächlich Kenntnis vom Aufenthalt bzw. Schicksal der verschwundenen Person hat, beginnt die Verjährungsfrist zu laufen. Ob und wann die Vortat verjährt (etwa bei Verjährungsbeginn mit dem Tod des Opfers) bzw. ob deren Verfolgung bereits verjährt ist, hat auf die Verjährung der Verschleierungstat keinen Einfluss.

In strafenwendungsrechtlicher Hinsicht gelten die allgemeinen Bestimmungen: Begehungsort (§ 9 StGB) ist überall dort, wo ein Teilakt stattfindet. So liegt etwa auch dann eine Inlandstat (§ 3 StGB) vor, wenn nur einer der Teilakte in Deutschland verwirklicht wird. Eine dem § 261 Abs. 9 StGB entsprechende Bestimmung (teilweise Gleichstellung von Auslands- und Inlandsvortaten) fehlt. Bei Tatbegehung im Ausland gilt deutsches Strafrecht nach den allgemeinen Regeln nur, wenn die Tat auch am ausländischen Tatort mit Strafe bedroht ist (§ 7 StGB; oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt), sowie die weiteren Voraussetzungen vorliegen, nämlich die Tat „gegen einen Deutschen begangen“ wird (wobei sich hier die interessante Frage stellt, ob im Lichte des erweiterten Opferbegriffs des Übereinkommens (Art. 24 CED) auch die deutsche Staatsangehörigkeit eines Angehörigen des Verschwundenen von § 7 Abs. 1 erfasst und damit geltungsbereichsbegründend wäre) oder der Täter ein Deutscher oder ein Ausländer ist, der nicht ausgeliefert werden kann.⁵⁶

⁵³ Das Übereinkommen schreibt keine bestimmte Strafhöhe und keinen bestimmten Strafraum vor, verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, „angemessene Strafen“ vorzusehen, die die „außerordentliche Schwere“ der Straftat berücksichtigen (siehe oben). „Angemessen“ im Sinne der „suppression conventions“ meint, dass die vorgesehene Strafe bzw. der vorgesehene Strafraum sich im Blick auf die Schwere des verwirklichten Unrechts in das staatliche Rechtssystem bruchlos einfügt. Maßstab für die Frage der Angemessenheit ist also nicht ein objektiv feststellbares Strafmaßquantum, sondern die individuelle Architektur der betreffenden innerstaatlichen Rechtsfolgenordnung.

⁵⁴ Ein Eckpunkt für die Einordnung in das deutsche Rechtssystem (der auch in der Entwurfsbegründung aufgegriffen wird) bildet insoweit zunächst das Menschlichkeitsverbrechen des Verschwindenlassens (Strafraum von 5 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe, § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB). Die im Vergleich dazu abgesenkte Strafraumuntergrenze bei § 234b StGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die Einbindung der Tat in den systematischen Kontext, wie er bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Merkmal des ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung zu finden ist, fehlt. Einen zweiten Eckpunkt (ebenfalls in der Entwurfsbegründung in Bezug genommen) bildet angesichts eines ähnlichen Tatbildes das Verbrechen der Verschleppung (Strafraum von einem bis 15 Jahren Freiheitsstrafe, § 234a StGB). Der Regierungsentwurf übernimmt nun den Strafraum von § 234a in § 234b StGB-E und stellt beide Straftaten ihrem Unrechtsgehalt nach gleich. Auch dies erscheint jedenfalls vertretbar (auch wenn es sich bei § 234a StGB um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, bei § 234b StGB-E hingegen um ein Verletzungsdelikt).

⁵⁵ Bedenkenswert erschiene es allenfalls, hinsichtlich des Strafraums zwischen den beiden Tatalternativen (Nrn. 1 und 2) zu differenzieren. Prima facie scheint der Unrechtsgehalt der Nr. 1 mit der täterschaftlichen Freiheitsberaubung schwerer zu wiegen als derjenige der „bloßen“ Verschleierung nach Nr. 2, zumal dann, wenn die Freiheitsentziehung rechtmäßig war. Möglicherweise könnte/sollte dieser Unterschied im Unrechtsgehalt auch durch einen angepassten Strafraum (in Betracht käme vor allem die Absenkung der Strafraumuntergrenze mit der Folgeproblematik, dass die Tat dann insoweit kein Verbrechen i.e.S. mehr wäre) abgebildet werden.

⁵⁶ Der Regierungsentwurf sieht davon ab, wie bei § 234a StGB das nicht durch das Erfordernis der identischen Tatortnorm eingeschränkte aktive Staatsangehörigkeits-/Domizilprinzip vorzusehen. § 5 Nr. 6 a) StGB bestimmt für § 234a StGB die Geltung des deutschen Strafrechts bei ausländischem Tatort und ausländischem Täter unabhängig vom Recht des Tatorts, „wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat Deutsche ist und ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat“; diese Regelung wird nicht auf § 234b StGB-E übertragen.

VII. Fazit

Damit lässt sich abschließend festhalten:

Das Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, den spezifischen Unrechtsgehalt des in Art. 2 definierten Verschwindenlassens im innerstaatlichen Strafrecht abzubilden. Das geltende deutsche Strafrecht genügt nicht. § 234b StGB-E kann diese Lücke schließen und ist insofern zu begrüßen.

§ 234b StGB-E orientiert sich am völkerstrafrechtlich-dualistischen Tatbestandsmodell und unterscheidet zwei Tatbestandsvarianten (Freiheitsberaubung, Verschleierung). Es handelt sich in beiden Tatbestandsvarianten um ein mehraktiges Dauerdelikt, das teilweise zudem als Sonderdelikt, teilweise als Anschlussdelikt einzuordnen ist. Der Tatbestand ergänzt die Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts (insbesondere §§ 239, 234a, 258a, 339 StGB) sowie des (deutschen) Völkerstrafrechts (§ 7 VStGB). Zweifel an der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von § 234b StGB-E bestehen nach summarischer Prüfung nicht. § 234b StGB-E wirft allerdings eine Reihe von Auslegungs- und Anwendungsfragen auf, die hier nur angerissen werden konnten (insbesondere gerechtfertigte Freiheitsberaubung; Tathandlung des Verschleierns).

Im Blick auf die Kongruenz mit der vertraglichen Mutternorm (Art. 2 CED) gibt es, nach vorläufiger Prüfung, noch Nachschärfungsbedarf. Dies gilt insbesondere dort, wo die Strafbarkeitszone nach deutschem Strafrecht enger ist als diejenige nach den Bestimmungen des Übereinkommens. So ist fraglich, ob die in Art. 2 CED inkriminierte „Weigerung, die Freiheitsberaubung anzuerkennen“ (Nichtanerkennungsvariante) von der Tathandlung des „Verschleierns“ in § 234b StGB-E erfasst ist. Die im Regierungsentwurf vorgesehene „Doppelung des Staatsbezuges“ findet sich so in Art. 2 CED nicht. Ferner fehlt im Regierungsentwurf eine Bestimmung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, wie sie im Übereinkommen vorgesehen ist; das Unterlassen der Meldung einer Straftat des Verschwindenlassens (siehe auch § 15 VStGB) und das Nichtverhindern einer Straftat der Untergebenen (entsprechend § 4 VStGB) sind von § 234b StGB-E nicht ohne Weiteres erfasst. Ob die Ausgestaltung des Merkmals „und dadurch dem Schutz des Gesetzes entzieht“ als vom Vorsatz umfasster tatbestandlicher Erfolg der Regelung im Übereinkommen entspricht, ist offen. Hier bestehen – nach summarischer Prüfung – auch nach Einführung von § 234b StGB noch Deckungslücken.

Der erbitterte Streit über die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung – ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht

von Prof. Dr. Carl-Friedrich
Stuckenberg, LL.M.*

Abstract

Seit über 120 Jahren wird versucht, die Hauptverhandlung in Strafsachen wörtlich zu dokumentieren, anfangs durch Stenographen, später durch Ton- und/oder Bildaufzeichnung. Im letzten Jahr ist erstmals ein Gesetzentwurf dazu eingebracht worden, der ungewöhnlich heftigen Widerstand aus Justizkreisen ausgelöst hat, dem sich der Bundesrat einmütig angeschlossen hat. Das Gesetzesvorhaben befindet sich derzeit im Vermittlungsverfahren. In vielen anderen Staaten werden strafgerichtliche Verhandlungen mitunter schon seit langem aufgezeichnet. Dieser Beitrag betrachtet die deutsche Debatte aus rechtsvergleichender Perspektive, in der sich manches anders darstellt.

For over 120 years, attempts have been made to introduce verbatim records of criminal trials, whether by stenography, audio- or videorecording. Last year, for the first time a bill to that effect has been introduced which met with unusually strong opposition from the judiciary and was unanimously rejected by the Bundesrat. The bill is now under consideration in the Vermittlungsausschuss. However, many other states provide for verbatim records of criminal trials, and this sometimes for a long time. This article sets out to view the German debate from a comparative law perspective in which some arguments look quite different than from the domestic standpoint.

I. Einführung: 120 Jahre Reformbemühungen – umsonst?

Die in §§ 271 bis 274 StPO geregelte Sitzungsniederschrift in Gestalt eines Formalienprotokolls hat eine Reihe von Schwächen,¹ die von Beginn an bekannt waren und immer wieder zu Reformanläufen geführt haben, um eine wörtliche Aufzeichnung der Hauptverhandlung zu erreichen, bisher ohne Erfolg. So hat schon 1903 die vom Reichsjustizamt eingesetzte *Kommission für die Reform des Strafprozesses* einen Antrag, den § 273 Abs. 2 StPO auf alle Gerichte erster Instanz auszudehnen, mit der Begründung verworfen, dass eine vollständige Aufnahme der Aussagen auch mit Hilfe der Stenographie unmöglich

sei und dass dann die Vermerke über die Aussagen die Beweiskraft des Protokolls teilen würden, woraus sich die Gefahr ergebe, „daß etwaige Widersprüche zwischen dem Protokoll und den Urteilsgründen mit Erfolg zur Einlegung sachlich unbegründeter Revisionen benutzt werden könnten“.²

Nachdem der 41. Deutsche Juristentag 1955 mehrheitlich die Tonbandaufnahme der Hauptverhandlung gefordert hatte,³ hatte der Gesetzgeber des StPÄG 1964⁴ nicht nur den § 273 Abs. 2 StPO auf alle erstinstanzlichen Strafsachen ausgedehnt, sondern auch erwogen, durch eine eigene Vorschrift (einen § 273a StPO) anstelle des schriftlichen Protokolls einen Tonträger zuzulassen, mit dem der gesamte Verlauf der Hauptverhandlung lückenlos akustisch wiedergegeben werden kann, sah aber davon ab, „weil es an den technischen Voraussetzungen dafür weit hin noch fehlen dürfte“.⁵

Das 1. StVRG 1974⁶ hat zwar den § 273 Abs. 2 StPO wieder auf die Amtsgerichte beschränkt, wollte aber einer „Neuregelung mit dem Ziel der Einführung eines zuverlässigen Wortprotokolls mit Hilfe technisch überlegener Methoden, etwa des Tonbandprotokolls, sowie einer Umgestaltung des Rechtsmittelrechts in Richtung auf die Anerkennung einer rechtlichen Erheblichkeit des Protokollinhalts ... nicht entgegenwirken.“⁷

Die Videotechnik ist mit dem Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998⁸ in das deutsche Strafprozessrecht eingezogen, vgl. §§ 58a, 247a, 255a StPO, und seitdem stückweise ausgebaut worden, zuletzt in § 136 Abs. 4 StPO. Hinsichtlich der Hauptverhandlung vor Land- und Oberlandesgericht scheint der Gesetzgeber aber über hundert Jahre lang von denselben Ängsten geplagt worden zu sein. So wurde die Möglichkeit, gemäß dem neuen § 273 Abs. 2 S. 2 StPO die wesentlichen Vernehmungsergebnisse auf Tonträger aufzunehmen, durch das 1. Opferrechtsreformgesetz vom 24.6.2004 nicht auf Verfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht erstreckt mit der Begründung, es sei zu befürchten, „dass der Einsatz moderner Kommunikationstechnologien in erstinstanzlichen Verhandlungen

* Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Statement im Streitgespräch der Neujahrstagung 2024 der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV).

¹ Dazu Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis Alternativ-Entwurf), Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH), 2022 (Open Access: doi.org/10.5771/9783748933793), S. 11 ff.

² Reichsjustizamt (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1905, Bd. 1, S. 254.

³ JZ 1955, 649 (653 ff.).

⁴ BGBl. 1964 I, S. 1067.

⁵ Bericht des Abgeordneten Dr. Kanka zu BT-Drs. IV/1020, S. 5.

⁶ BGBl. 1974 I, S. 3393.

⁷ BT-Drs. 7/551, S. 48.

⁸ BGBl. 1998 I, S. 820.

vor dem Land- und Oberlandesgericht im Revisionsverfahren zu einer Zunahme von Verfahrensrügen nach § 261 StPO führen würde.“⁹

Nachdem die vom BMJV 2014 eingesetzte Expertenkommission zur Effektivierung des Strafverfahrens hinsichtlich einer technischen Dokumentation der Hauptverhandlung nur einen Prüfauftrag formuliert hatte,¹⁰ hat die rechtspolitische Diskussion dennoch in der 19. Legislaturperiode Fahrt aufgenommen und zu – wenn auch folgenlosen – Gesetzesvorschlägen¹¹ geführt. Die vom BMJV 2019 dazu eigens eingesetzte, nur aus der Praxis rekrutierte Expertinnen- und Expertengruppe hat keinen Gesetzesvorschlag formuliert,¹² gleichwohl hat die seit 2021 regierende Koalition Mut gefasst und die audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung in ihren Koalitionsvertrag¹³ aufgenommen. Der daraufhin Ende November 2022 veröffentlichte Referentenentwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) plante, anders als der kurz zuvor publizierte Alternativ-Entwurf,¹⁴ keinen radikalen Systemwechsel, sondern nur eine behutsame Ergänzung der bestehenden Vorschriften, wonach eine automatisch transkribierte Videoaufzeichnung als bloßes Arbeitsmittel dem bisherigen Formalprotokoll an die Seite gestellt werden sollte. Der Referentenentwurf hat Zustimmung in der Anwaltschaft und im Wesentlichen auch seitens der Wissenschaft erfahren, ist allerdings – teilweise aus denselben Gründen, die vor 200 Jahren gegen die Gerichtsöffentlichkeit vorgebracht wurden¹⁵ – auf so massiven Widerstand aus Teilen der Justiz gestoßen, dass der im August 2023 eingebrachte Gesetzentwurf¹⁶ abgespeckt, etwa auf die verbindliche Videoaufzeichnung verzichtet wurde. Da die Bundesländer sich die Position führender Justizvertreter und -funktionäre zu eigen gemacht und einmütig gegen den vom Bundestag angenommenen Gesetzentwurf gestellt haben, befindet sich dieses Einspruchsgesetz seit Mitte Dezember 2023 im Vermittlungsverfahren (Art. 77 Abs. 2 GG).¹⁷ Ob und in welcher Fassung das Gesetz schließlich beschlossen wird, bleibt abzuwarten.

Dieser kleine Beitrag will nicht die umfangreiche deutsche Diskussion, in der alle Argumente längst ausgetauscht sind,¹⁸ aufnehmen, sondern den Blick erweitern um die rechtsvergleichende Perspektive. Aus der Sicht von außen stellen sich manche Streitpunkte der deutschen Diskussion, insbesondere auch die Monita des Bundesrates,¹⁹ in anderem Licht dar.

II. Nutzen der Rechtsvergleichung für nationale Gesetzgebung?

Vorab soll der mögliche Nutzen der Rechtsvergleichung für eine Reform der Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung kurz beleuchtet werden. Rechtsvergleichung kann zu verschiedenen Zwecken betrieben werden, zwei davon erscheinen hier besonders relevant.

Das erste Ziel ist ein theoretisches, analytisches, und dient dem besseren Verständnis des eigenen Rechts.²⁰ Durch Vergleich mit anderen Rechten gewinnt man Abstand vom Bekannten, vertauscht die Binnen- gegen die Außenperspektive, lernt vielleicht den fremden Blick auf das eigene Recht kennen. Dies kann zu einer Kontingenzerfahrung und einem Kontrasterlebnis führen. Zum einen treten, wie schon *Feuerbach* schrieb,²¹ die Konturen des eigenen Rechts deutlicher hervor, werden blinde Flecken der eigenen Wahrnehmung kenntlich. Zum anderen erscheint das, was einem bisher selbstverständlich vorkam und kaum reflektiert wurde, nun oft problematischer und der Erklärungsdruck wächst – denn was national normal sein mag, kann sich international als seltsame Ausnahme darstellen. In den Worten *Ernst Rabels* befreit Rechtsvergleichung „von ungeprüften Vorurteilen, reinigt die Begriffe“, verhilft zu einem besseren „Augenmaß für die Wichtigkeit der Probleme“,²² und ist damit ein probates Mittel gegen intellektuelle Beschränkung und Beschränktheit (*parochialism*, Kirchturmsdenken).²³

Das zweite Ziel ist ein praktisches.²⁴ Die sog. „legislative Rechtsvergleichung“²⁵ vergrößert den „Vorrat an Lösungen“²⁶. Das Auslandsrecht kann einmal als Ideengeber

⁹ BT-Drs. 15/1976, S. 12 f.

¹⁰ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 128 ff.

¹¹ Vgl. den Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 19/11090, dazu *Bockemühl*, KriPoZ 2019, 375; den Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/13515, und den Antrag der FDP-Fraktion, BT-Drs. 19/14244, S. 4.

¹² Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, 2021.

¹³ Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit – Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 85: „Vernehmungen und Hauptverhandlung müssen in Bild und Ton aufgezeichnet werden.“

¹⁴ Dort wird eine vollständige Ersetzung des bisherigen Protokolls durch eine indexierte audiovisuelle Aufzeichnung vorgeschlagen, AE-ADH (Fn. 1), S. 17 ff.; besprochen von *Schiemann*, KriPoZ 2023, 60 f.

¹⁵ Etwa: Gefährdung der Wahrheitsfindung durch Einfluss auf das Aussageverhalten, Gefährdung von Zeugen, nachteiliger Einfluss auf die Unbefangenheit des Richterspruchs, Erschwerung der Verhandlung, Kosten, s. dazu die Zusammenstellung bei *Alber*, Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren, 1974, S. 46 ff., 49 f., 107 ff., 111 ff.

¹⁶ BT-Drs. 20/8096.

¹⁷ BR-Drs. 603/23, BT-Drs. 20/9878.

¹⁸ Einen Überblick und Nachweise bieten jüngst *Kulhanek*, GA 2023, 301 ff., und *Valerius*, GA 2023, 319 ff.; s.a. AE-ADH (Fn. 1), S. 12 f. mit Fn. 4 f.; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 111 ff.; *Lüske*, Das Videoprotokoll als Perspektive für den deutschen Strafprozess?, 2021, S. 145 ff.

¹⁹ Vgl. BR-Drs. 603/23, BT-Drs. 20/9878 im Anschluss an die Empfehlungen des Rechtsausschusses des Bundesrates, BT-Drs. 227/1/23.

²⁰ Dazu knapp *Stuckenberg*, in: Morsch/Brodowski (Hrsg.), Das Recht vorandenken, 2023, S. 115 ff. m.w.N.

²¹ *Feuerbach*, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen, 1810, in: *ders.*, Kleine Schriften vermischten Inhalts, 1. Abt. (1833), S. 152 (163).

²² *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925, S. 7.

²³ *Rabel* (Fn. 22).

²⁴ Dazu *Stuckenberg* (Fn. 20), S. 119 ff. m.w.N.

²⁵ Ausdruck nach *Eser*, in: FS Kaiser, 1998, 2. Halbband, S. 1499 (1506 f., 1510).

²⁶ Vgl. *Zitelmann*, DJZ 1900, 329, zit. nach *Zweigert/Puttfarken* (Hrsg.), Rechtsvergleichung, 1978, S. 11, 13 ff.

fungieren, zum anderen als Experimentierfeld.²⁷ Rechtssoziologisch gesprochen sind andere Rechtsordnungen die „Kontrollgruppen“ für das eigene gesetzgeberische „Experiment“, weil dies meistens die einzige Möglichkeit ist, faktische Wirkungszusammenhänge zu erhellen und so nomologisches Wissen zu erlangen. Übernahmen aus fremden Rechtsordnungen geschehen seit alters her und praktisch überall. Folglich lautet eine vielzitierte Binsenweisheit der Rechtsvergleichung: „Law develops mainly by borrowing“²⁸. Eine wesentliche Schwierigkeit besteht allerdings in der Kontextsensitivität des normativen Materials, die dazu führen kann, dass ausländische Lösungen nicht importfähig sind, *legal transplants* also nicht anwachsen oder erhoffte Verbesserungen nicht erbringen.²⁹ Präzise zu untersuchen ist also stets die Passung einer ausländischen Regelung.

In der hiesigen Debatte wird daher bisweilen geltend gemacht, dass Erfahrungen aus dem Ausland nicht übertragbar seien, weil dort „andere Justizsysteme installiert“,³⁰ etwa die Rechtsmittelzüge anders organisiert seien, so dass der Umstand, dass in anderen Staaten strafgerichtliche Hauptverhandlungen in Bild und/oder Ton aufgezeichnet würden, kein Argument für die Einführung solcher Aufzeichnungstechnik im deutschen Strafprozess abgebe.³¹ Pauschale Urteile sind in der Juristerei selten richtig, so auch hier: Die Einsicht, dass die Tatsache, dass anderswo aufgezeichnet wird, kein Argument dafür liefert, es hier auch zu tun (dazu unten III.), ist ebenso banal wie belanglos. Die rechtsvergleichende Vergewisserung dient vielmehr dazu, die Fülle von denkbaren Regelungsmöglichkeiten in plausibler Weise einzugrenzen, Chancen und Risiken besser zu beurteilen im Sinne einer Gesetzesfolgenabschätzung, wobei stets differenziert und vor allem genau hingeschaut werden muss. Im Strafprozessrecht wird dies hierzulande seit rund 200 Jahren praktiziert: Unser reformierter Strafprozess wurde im 19. Jahrhundert nach französischem Vorbild geformt, das wiederum Elemente des englischen Verfahrens übernommen hatte. Im Zuge der Reformüberlegungen hat der unermüdliche Heidelberger Ordinarius *C.J.A. Mittermaier*³² über Jahrzehnte eine Fülle ausländischer „Erfahrungen“³³ gesammelt und ausgewertet. Dagegen stellt die Dokumentation der Hauptverhandlung ein vergleichsweise einfaches Regelungsproblem dar. Recht unproblematisch übertragbar sind rein empirische Aspekte, etwa sozialpsychologische Untersuchungen, ob Aussagepersonen im Angesicht von

Aufzeichnungstechnik ihr Aussageverhalten ändern (unten IV.4.). Ebenfalls verwertbar sind Erkenntnisse, ob reine Videoprotokolle die Arbeit im Rechtsmittelzug erschweren (IV.3.);³⁴ diffiziler, aber gleichwohl fruchtbar ist die Betrachtung des Verhältnisses Tatgericht–Rechtsmittelgericht (IV.7.). Welche von den durch Rechtsvergleichung erhellten Regelungsmöglichkeiten ergriffen wird und ggf. in welcher Abänderung, das entscheidet allein das eigene Recht. Hier hat folgendes Wort *Rudolph von Jherings* nach wie vor Bestand: „Die Frage von der Rezeption fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.“³⁵

III. Der Blick von außen auf die deutsche *lex lata*

In vergleichender Perspektive – und zwar sowohl in vertikaler wie in horizontaler – stellt sich der deutsche Rechtszustand zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, wie er seit 1879 bis heute besteht, als Anomalie dar.

Die vertikale Perspektive ist die rechtshistorische, die wegen der zahlreichen Veränderungen der politischen Einheiten auf deutschem Boden stets auch einen retrospektiven horizontalen Vergleich einschließt. Im gemeinrechtlichen Prozess³⁶ war jahrhundertlang das artikulierte Gebärdensprotokoll als frühe Form der Bild-Ton-Aufzeichnung vorgeschrieben, in dem nicht nur Aussagen wortgetreu festgehalten wurden, sondern auch alles nonverbale Verhalten des Inquisiten oder Zeugen (Art. 71, 181 ff. CCC). Nötig war dies vor allem in den Fällen der Aktenversendung (Art. 219 CCC), in denen die Urteiler die Beweismittel nicht selbst wahrnahmen. Der reformierte Strafprozess der StPO ersetzte dies durch die mündliche, unmittelbare Beweisaufnahme, aus deren Inbegriff das Gericht seine Überzeugung schöpft. Zur Ermöglichung der Wahrheitsfindung bedurfte es nun – wenn man wie im 19. Jahrhundert nur kurze Verfahren vor Augen hatte und Verhandlungen von mehr als zwei Tagen Dauer schon als „Monstre-Prozesse“ ansah – keines Protokolls mehr.³⁷ Das als Vorbild dienende französische Recht hatte die

²⁷ *Kaiser*, in: *Kaiser/Vogler* (Hrsg.), *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung*, 1975, S. 79.

²⁸ *Watson*, *The Making of the Civil Law*, 1981, S. 181.

²⁹ Vgl. *Jung*, *ZStW* 121 (2009), 467 ff.; *Weigend*, in: *Smits* (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed. 2014, S. 261 (262); *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 2 Rn. 34 ff. m.w.N.; zum Ganzen *Graziadei*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, S. 440 (470 ff.).

³⁰ DRiB, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, Nr. 2/23, Februar 2023, S. 9.

³¹ DRiB (Fn. 30), S. 10; ebenso Stellungnahme der deutschen Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte zum Referententwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung vom 26.1.2023, S. 1.

³² Zu ihm s. *Koch/Stuckenberg/Wohlens* (Hrsg.), *Carl Joseph Anton Mittermaier und der reformierte Strafprozess*, 2022, und darin insb. den Beitrag von *Weigend*, S. 55 ff.

³³ Vgl. die Titel seiner zahlreichen Bücher, z.B.: *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht*, in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzbüchern dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, 1845; *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, über ihre Vorzüge, Mängel und Abhülfe*, 1865.

³⁴ Negative Erfahrungen aus dem Ausland hält auch der DRiB (Fn. 30), S. 4 f., 10, für beachtlich!

³⁵ *von Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, 9. Aufl. 1955, S. 8 f.

³⁶ Somit auch in Frankreich, wodurch das Wortprotokoll des Prozesses gegen *Johanna von Orléans* von 1431 erhalten ist, dazu *Salditt*, in: *GS Weßlau*, 2016, S. 615 ff.

³⁷ Zur Genese s. *Salditt*, in: *FS Meyer-Goßner*, 2001, S. 469 (470 ff.).

wörtliche Aufzeichnung von Aussagen im Schwurgerichtsprozess sogar verboten³⁸ in Abweichung vom englischen Vorbild, das bereits stenographische Wortprotokolle kannte. Das Protokoll diente jetzt vornehmlich der Überprüfung des Urteils im Rechtsmittelzug und zur Prüfung der Novität in der Wiederaufnahme. Nur zur Entlastung der Berufung sollte auf protokollierte Aussagen zurückgegriffen werden können. Für die Revision *in iure* bedurfte es lediglich eines Protokolls des äußeren Gangs der Verhandlung, weil der Reichsjustizgesetzgeber eine kasatorische Kontrolle der Tatfrage nicht für möglich hielt.³⁹ Logisch zwingend war das alles nicht, wenn man in die Partikularrechte des 19. Jahrhunderts schaut⁴⁰ oder etwa in alle übrigen heutigen deutschen Prozessordnungen,⁴¹ wo ebenfalls Unmittelbarkeit herrscht, aber Zeugenaussagen zusammenfassend protokolliert werden.

Der aktuelle horizontale Rechtsvergleich führt zu der Feststellung, dass allein in der Europäischen Union 20 Staaten eine vollständige wörtliche – entweder stenographische, akustische oder audiovisuelle – Aufzeichnung der Hauptverhandlung und weitere sechs Staaten wenigstens eine Teilaufzeichnung ermöglichen, und nur drei Staaten, zu denen Deutschland gehört, bei Verfahren wegen schwerer Anklagevorwürfe keine Aufzeichnung vorsehen.⁴² Auch über Europa hinaus sind Formen technischer Dokumentation anzutreffen, vor allem im englischsprachigen Rechtsraum, aber auch in Südamerika,⁴³ Israel,⁴⁴ Malaysia,⁴⁵ Südkorea,⁴⁶ um nur einige zu nennen, und das mitunter schon seit langem. Der Schritt zur Tonaufzeichnung, den Deutschland jetzt unter Schmerzen versucht, ist in den USA vor 75 Jahren getan worden;⁴⁷ Kentucky setzt seit 1982,⁴⁸ Spanien seit 2010⁴⁹ Videoprotokolle ein. Das deutsche Recht erscheint im Vergleich dazu rückständig.

Die wörtliche Dokumentation der Hauptverhandlung lässt sich somit als europäischer, vielleicht gar universeller *de facto*-Standard ansehen. Die Einstufung des deutschen Rechtszustands als „Anomalie“ und „rückständig“ ist zunächst deskriptiv. Aus dem Sein folgt bekanntlich kein Sollen. Es könnte ja gleichwohl sein, dass der Zustand gut ist, so wie er ist. Bedenken ergeben sich jedoch schon daraus, dass etwa die Europäische Kommission, die Vene-

dig-Kommission oder die Weltbank die digitale Dokumentation wegen ihrer überlegenen Qualität auch als normative Vorgabe, als Bedingung der Rechtsstaatlichkeit ansehen, so dass in der Tat zweifelhaft wäre, ob die Bundesrepublik mit ihrem überkommenen Protokollregime heute noch der EU beitreten könnte.⁵⁰

Reformbedarf lässt sich allerdings schon bei rein interner Betrachtung eindeutig aufzeigen.⁵¹ So taugen die historischen Erklärungen zur Rechtfertigung des heutigen Rechtszustands längst nicht mehr, die Protokollierungsvorschriften der StPO haben, wie *Salditt* es formuliert hat, ihre „Geschäftsgrundlage verloren“⁵². Nicht ohne Grund wird eben seit 120 Jahren immer wieder ein Wortprotokoll gefordert: Verfahren können vor den Land- und Oberlandesgerichten im ersten Rechtszug wochen-, monate- oder jahrelang dauern; die Rechtsprechung hat mit der erweiterten Revision⁵³ ein Instrument entwickelt, die Beweiswürdigung indirekt auf Plausibilität zu prüfen, die Überprüfung der Beweisgrundlagen ist jedenfalls mit paraten Beweismitteln⁵⁴ möglich. Im übrigen hat auch das Vorbild Frankreich das alte Protokollierungsverbot mittlerweile revidiert und 1981 durch eine Aufzeichnungsmöglichkeit⁵⁵ bzw. in zweiter Tatsacheninstanz 2014 durch eine Aufzeichnungspflicht ersetzt.⁵⁶

Der wesentliche Nutzen einer technischen Dokumentation der Hauptverhandlung wäre im deutschen Recht ein dreifacher:⁵⁷ (1.) Gericht und Verfahrensbeteiligte erhielten ein zuverlässiges Instrument zur Vorbereitung auf die Verhandlung, zum Gebrauch in der Verhandlung und bei der Urteilsfindung, (2.) die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit des Verfahrensganges bekäme eine zuverlässigere Grundlage und (3.) die bisher nur eingeschränkt mögliche Überprüfung der Grundlagen der Beweiswürdigung würde verbessert. Alles zusammen würde zur – weiteren – Verbesserung der Wahrheitsfindung beitragen.

IV. Der Blick von außen auf die deutsche Reformdebatte

Es dürfte Einigkeit bestehen, dass es eine wesentliche Aufgabe des Strafprozessrechts ist, objektive Willkür, also schlicht: Fehler seitens der Strafverfolgungsorgane

³⁸ Art. 372 Abs. 2 des Code d'instruction criminelle von 1808 mit Ausnahmen für Aussagedivergenzen in Art. 318.

³⁹ Zum Ganzen *Schletz*, Die erweiterte Revision in Strafsachen, 2020, S. 82 ff.; *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, 2020, S. 109 ff.

⁴⁰ Dazu *Reichling*, Die vollständige Protokollierung in der Hauptverhandlung in Strafsachen gemäß § 273 Abs. 3 StPO, 2003, S. 31 ff.

⁴¹ § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO i. V. m. § 94 FGO, § 122 SGG, § 105 VwGO.

⁴² *von Galen*, StraFo 2019, 309 (311 ff.).

⁴³ Zu den USA s. *Lüske* (Fn. 18), S. 61 ff. Südamerika hat oftmals die spanische oder portugiesische Technik übernommen, *von Galen*, StraFo 2019, 309 (317).

⁴⁴ *Nacht*, International Bar Journal 3 (1972), 60 ff.

⁴⁵ *World Bank*, Malaysia, Court Backlog and Delay Reduction Program, A Progress Report, August 2011, S. 13.

⁴⁶ *Lee*, Journal of Korean Law 15 (2016), 355 (370 ff.).

⁴⁷ „Sound Recording of Courtroom Proceedings Widely Approved“, Journal of the American Judicature Society 32 (1948), 122.

⁴⁸ Dazu *Stephens*, American Journal of Trial Advocacy 9 (1986), 359 ff.

⁴⁹ Art. 743 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin.) i. d. F. von Ley 13/2009; unverändert bleibt aber das schriftliche Protokoll beim Schwurgericht, Art. 69 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Zum Ganzen *Calderón Cuadrado*, La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada, 2011, S. 45 ff.

⁵⁰ Nachw. bei *von Galen*, StraFo 2019, 309 (310 f.); zu möglichen Problemen im europäischen Rechtshilfeverkehr *dies.*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG), BT-Drs 20/8096, am 11.10.2023, S. 3.

⁵¹ S.o. Fn. 1.

⁵² *Salditt*, in: FS Meyer-Goßner, S. 469 (474).

⁵³ Eingehend *Schletz* (Fn. 39), S. 284 ff.; *Andoor* (Fn. 39), S. 214 ff.

⁵⁴ Dazu AE-ADH (Fn. 1), S. 58 ff. m.w.N.

⁵⁵ Loi n° 81-82 du 2 février 1981.

⁵⁶ Art. 308 Abs. 2 Code de procédure pénale i. d. F. der loi n° 2014-640.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 20/8096, S. 1 f., 16; AE-ADH (Fn. 1), S. 14, 41 ff.

bei der Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung zu vermeiden bzw. ihre Korrektur zu ermöglichen.⁵⁸ Gesetzliche Regelungen müssen dieses Ziel nicht nur verfolgen, sondern auch erreichen, also zwecktauglich sein. Über die zu erwartenden Auswirkungen des Hauptverhandlungs-dokumentationsgesetzes besteht heftiger Streit – in historischer Perspektive nicht ungewöhnlich, denn die Strafjustiz ist konservativ und war auch gegen die Abschaffung der Folter,⁵⁹ gegen die Einführung der Gerichtsöffentlichkeit,⁶⁰ dann, unterstützt von namhaften Literaturstimmen, gegen die Abschaffung der gesetzlichen Beweisregeln⁶¹ oder gegen die Einführung der Schwurgerichte,⁶² weil dies alles der Erfahrung widerspreche und nicht funktionieren könne. Nun kann niemand in die Zukunft sehen und sicher voraussagen, wie sich eine neue Regelung auswirken wird, aber mehr als bloße Spekulation auf der Grundlage der insoweit unzureichenden eigenen Lebens- und Berufserfahrung – die, wie die Technikgeschichte zeigt,⁶³ grandios irren kann – ist durchaus möglich. In methodischer Hinsicht handelt sich um Prognosen, zu deren Tatsachenbasis die Rechtsvergleichung empirisches Material beitragen kann. Folgende Beispiele seien genannt:

1. Bestritten wird in der deutschen Diskussion, dass eine technische Dokumentation einen nennenswerten Gewinn bringe.⁶⁴ Um die Überlegenheit einer technischen Aufzeichnung gegenüber menschlicher Mitschrift zu erkennen, bedarf es freilich keines Blicks ins Ausland.⁶⁵ Die Rechtsvergleichung liefert aber anekdotische Evidenz, dass professionell Beteiligte (Gerichte, Anklageorgane, Verteidigung), die über tagesaktuelle Wortprotokolle verfügen, diese als Arbeitserleichterung schätzen⁶⁶ oder gar,

wie in der internationalen Strafjustiz,⁶⁷ für unverzichtbar halten. In Israel wurde die Tonaufzeichnung vor 50 Jahren eingeführt zur Steigerung der Effizienz der Justiz, die auch messbar eingetreten sei.⁶⁸ Französische Richter wollen über die Tonaufzeichnung hinaus auch Bildaufzeichnung.⁶⁹ Anhaltspunkte für nennenswerte, auch vom Bundesrat befürchtete Verzögerung des Verfahrensablaufs in der Tatsacheninstanz⁷⁰ fehlen, eher im Gegenteil⁷¹. Im übrigen ist zu beobachten, dass bei solchen Einschätzungen die eigene Erfahrung oft einen Unterschied macht, so beurteilten die Richter, die an einer Pilotstudie zur Videoaufzeichnung von Zivilprozessen an amerikanischen Bundesgerichten teilgenommen hatten, die Videoaufnahme überwiegend positiv im Gegensatz zu Richtern, die daran nicht teilgenommen hatten.⁷² Was man nicht kennt, lässt sich offenbar leichter ablehnen oder perhorreszieren.

2. Bemängelt wird hierzulande, dass die Einführung technischer Dokumentation ein Ausdruck des Misstrauens gegenüber der Richterschaft sei, die permanenter Kontrolle zu bedürfen scheine.⁷³ Das ist schon intern implausibel, denn es geht nicht um persönliches Misstrauen, sondern um den Umgang mit der Fehlsamkeit allen menschlichen Tuns. Gekränkt sein kann daher nur, wer sich für unfehlbar hält – und muss dann auch Anstoß nehmen an der Existenz von Rechtsmitteln und Instanzenzügen, Gerichtsöffentlichkeit und Urteilsgründen. Außerhalb Deutschlands ist mir diese Haltung nicht begegnet, wohl aber der Gedanke, dass schon in einem stenographischen Wortprotokoll eine Kontrolle des Tatgerichts liegt, in der sich das Ideal der Herrschaft des Rechts verwirklicht –

⁵⁸ Erhard, ZRP 2023, 12.

⁵⁹ Vgl. etwa in Preußen das Gutachten des Criminalcollegiums vom 29.6.1740, zit. nach Schmoeckel, Humanität und Staatsräson, 2000, S. 25 f.; auch die führenden französischen Praktiker waren vehement für die Beibehaltung der Folter, etwa *Muyart de Vouglans*, Réfutation du traité des délits et peines &c., 1767, angebunden an: Les loix criminelles de France, 1780, S. 811 (823 ff.); *Jousse*, Traité de la justice criminelle de France, tome 2, 1771, tit. XXIII, S. 474 ff.; zum Ganzen *Gmelin*, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1786, § 247 S. 318 ff., und *Schmoeckel* a.a.O., S. 473 ff., 544 f.

⁶⁰ Exemplarisch das Votum des preußischen Justizministers von *Kircheisen* betreffend die Organisation der Justiz in den Rheinprovinzen vom Juli 1818, in: Landsberg (Hrsg.), Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814–1819, 1914, S. 281 (286 ff.); w. Nachw. bei *Alber* (Fn. 15), S. 46 ff., 107 ff.; *Fögen*, Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit, 1974, S. 14 ff. (zum Zivilprozess).

⁶¹ Vernichtend etwa zur französischen Jury *Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht, 1813, S. 47 ff., 112 ff.; *ders.*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. 2, 1825, S. 420 ff.; dazu *Schwinge*, Der Kampf um die Schwurgerichte, 1926, S. 6 ff., 16 ff.; s.a. *Möhl*, Ueber das Geschwornengericht, 2. Aufl. (1848), S. 92 ff.

⁶² Exemplarisch *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit (Fn. 61), S. 405, 414 ff.; schon *Möser*, Patriotische Phantasien, Bd. 1, 1775, S. 306; w. Nachw. bei *Schwinge* (Fn. 61), S. 79 f.

⁶³ Man denke nur an die Gutachten der Pariser *Académie des sciences* von 1825 und des *Königlich-Bayerischen Obermedizinalcollegiums* von 1835, wonach die hohe Geschwindigkeit der Eisenbahn, damals etwa 30 km/h, bei den Reisenden und den Zuschauern unweigerlich zu Hirnschäden, dem *delirium furiosum*, führen müsse, dazu *Koch/Hoffmann*, Zentralblatt für Verkehrsmedizin, Verkehrspsychologie, Luft- und Raumfahrtmedizin 15 (1969), 193 (193); *Fischer-Neuberger*, Sudhoffs Archiv 56 (1972), 297 (310); *Joerges*, Social Studies of Science 24 (1994), 96 (96 f.).

⁶⁴ Stellungnahme der deutschen Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte (Fn. 31), S. 1 ff.

⁶⁵ Wäre es zutreffend, dass „eine digitale Aufzeichnung zudem nicht bei der Wahrheitsfindung“ hilft, wie die Stellungnahme der deutschen Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte (Fn. 31), S. 1 unten, meint, warum gestatten sich dann deutsche Gerichte seit 60 Jahren Tonaufnahmen, um sie bei der Beratung zu verwenden (BGHSt 19, 193)?

⁶⁶ S. nur *Louisell/Pirsig*, Minnesota Law Review 38 (1953), 29 (36).

⁶⁷ S. nur *Schmitt*, NStZ 2019, 1 (5).

⁶⁸ *Nacht*, International Bar Journal 3 (1972), 60 ff.

⁶⁹ *Berthon*, Le petit juriste: Méconnaissance de l'obligation d'enregistrement sonore des procès de cours d'assises: une nouvelle sanction, 17.12.2015, <https://www.lepetitjuriste.fr/meconnaissance-de-lobligation-denregistrement-sonore-des-proces-de-cours-dassises-une-nouvelle-sanction/> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

⁷⁰ BR-Drs. 603/23, S. 3; BT-Drs. 20/9878, S. 2.

⁷¹ Vgl. *Schmitt*, NStZ 2019, 1 (5) zur „ordnenden und disziplinierenden Wirkung“ des Wortprotokolls.

⁷² *Johnson/Krafka/Stienstra*, Video Recording Courtroom Proceedings in United States District Courts: Report on a Pilot Project, 2016, S. 33 ff.

⁷³ So etwa die Gemeinsame Pressemitteilung des Niedersächsischen Justizministeriums mit den niedersächsischen Generalstaatsanwaltschaften vom 14.3.2023, <https://www.mj.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/justizministerin-und-staatsanwalte-lehnen-die-geplante-videoaufzeichnung-der-straftgerichtlichen-hauptverhandlung-entschieden-ab-220536.html> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024); berichtet (nicht geteilt) von *Erhard*, ZRP 2023, 12.

zwei Autoren aus Minnesota formulierten dies vor 70 Jahren unter der Kapitelüberschrift „Verbatim Recording as a Sanction on the Trial Judge“ so:

“Therefore he [the trial judge, C.-F.St.] stands, in relation to the appellate court, much in the position that the attorneys before him stand in relation to him, subject to control and censure. He stands, in a word, not as the arbitrary master, but almost as the servant, of the record. In this, the verbatim record is an enemy of capriciousness; in this, it serves the ideal of the supremacy of law.”⁷⁴

Wenn der Staat Hoheitsgewalt ausübt, ist Kontrolle angebracht. Wer das nicht erträgt, ist für den Staatsdienst ungeeignet.

3. In technischer Hinsicht kann man aus dem Auslandsrecht, namentlich von Kentucky, North Carolina und Oregon⁷⁵ sowie Spanien,⁷⁶ lernen, dass eine Videoaufzeichnung als alleinige Dokumentation ohne irgendeine Art von Indexierung schwer zu handhaben ist, sowohl von Rechtsmittelführern wie auch von Rechtsmittelgerichten. Bei internationalen Strafgerichten wird nicht die Videoaufzeichnung, sondern das schriftliche Wortprotokoll als Hauptarbeitsinstrument genutzt.⁷⁷ Ein Transkript ist demnach erstrebenswert, ungleich schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie es in guter Qualität und vertretbarem Aufwand realisiert werden kann. Die auswärtigen Lösungen, ob und wie eine technische Aufzeichnung verschriftet wird, von Amts wegen oder Antrag, manuell oder maschinell, auf Kosten des Staates oder des Antragstellers, gehen derzeit weit auseinander.⁷⁸ Die Ergebnisse der spanischen Pilotstudie in Cuenca⁷⁹ liegen mir nicht vor, sie

scheinen aber hinreichend positiv gewesen zu sein, denn in Spanien werden inzwischen die Videoaufzeichnungen automatisch transkribiert, wobei Fehler durchaus noch vorkommen⁸⁰.

4. Eine Befürchtung, die in der deutschen rechtspolitischen Diskussion immer wieder auftaucht⁸¹ und schon gegen die Einführung der Gerichtsöffentlichkeit geltend gemacht wurde,⁸² ist die Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung, heute dadurch, dass die Prozessbeteiligten, namentlich Aussagepersonen, durch die Aufnahme in ihrem Verhalten negativ beeinflusst, entweder gehemmt oder aufgestachelt werden könnten. Der Rechtsausschuss des Bundesrates schreibt jüngst sogar: „Dabei verhalten sich Zeugen und Zeuginnen *aller Erfahrung nach* anders, wenn sie wissen, dass ihre Aussage aufgenommen wird.“⁸³ Aus wissenschaftlicher Sicht ist dieser Satz falsch, denn es gibt keine empirische Evidenz dafür, im Gegenteil. Studien namentlich aus den USA zu Videoaufzeichnungen von polizeilichen Vernehmungen und gerichtlichen Hauptverhandlungen haben keinen signifikanten Effekt aufweisen können.⁸⁴ Berichte aus der Praxis der internationalen Strafgerichte, wo seit bald 30 Jahren alles nicht nur auf Video aufgezeichnet, sondern zeitversetzt ins Internet gestreamt wird, lauten übereinstimmend, dass die Beteiligten die Kameras schnell vergessen haben,⁸⁵ dass sich Zeugen beschwert oder wegen der Aufzeichnung die Aussage verweigert hätten, sei noch nicht vorgekommen⁸⁶. Es sind dort auch nicht nur wenige Zeugen gehört worden: Allein das Jugoslawien-Tribunal hat in den über 20 Jahren seiner Rechtsprechungstätigkeit mehr als 4.650 Zeugen, darunter viele Opfer schwerster Straftaten, vernommen.⁸⁷ Die

⁷⁴ *Louisell/Pirsig*, Minnesota Law Review 38 (1953), 29 (38).

⁷⁵ *Foster v. Kassulke*, 898 F.2d 1144 (6th Cir. 1990); *State v. Quintero*, 823 P.2d 981, 983; 110 Or.App. 247 (Or.App. 1991); *Shillington v. K-Mart Corp.*, 402 S.E.2d 155, 157; 102 N.C. App. 187 (N.C. Ct. App. 1991); dazu *Lüske* (Fn. 18), S. 89 f. m.w.N.

⁷⁶ STS 7536/2010 de 22 de diciembre de 2010, FJ 6.º

⁷⁷ *Schmitt*, NSTZ 2019, 1 (4 f.); *Chaitidou*, in: Hoven/Kudlich (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 179 (190 ff., 199).

⁷⁸ S. nur von *Galen*, StraFo 2019, 309 (311 ff.).

⁷⁹ S. die Pressemitteilung des Ministerio de Justicia vom 19.11.2019 „Justicia lanza tres nuevas herramientas tecnológicas para un funcionamiento más ágil y eficiente de juzgados y fiscalías“, S. 2; *Rebmann*, in: Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe (Fn. 12), Anlagenband, S. 136.

⁸⁰ Weil das Gesetz (Art. 230 Abs. 3 LOPJ 2015) die Transkription immer noch ausdrücklich verbietet, ist stattdessen von „textualización“ die Rede, die von der Praxis auch gefordert wird, vgl. die Handreichung des spanischen Justizministeriums vom 14.3.2022, „Textualización de vídeos, Guía Rápida“.

⁸¹ Sie dürfte auf BGHSt 16, 111 (114) zurückgehen, wo der *Senat* sich zur Fernsehübertragung geäußert und eine unbelegte Mutmaßung kurzerhand als Gewissheit ausgegeben hat: „Wird das Fernsehen in der Hauptverhandlung zugelassen, sehen sich Zeugen oder Angeklagte einer technischen Apparatur gegenüber, die ihre Worte in Ausdruck und Tonfall und am Ende zusätzlich noch ihr Gesicht, die sich in ihm ausdrückenden Spannungen und Gefühlsbewegungen festhält. Sie haben damit zu rechnen, daß eine solche Veranstaltung einer nach fremden Gutdünken zurechtgeschnittenen Schau dient, welche ihr Auftreten im Gerichtssaal einem anonymen Publikum von vielen Tausenden von Menschen darbietet. Sie werden unter diesen Umständen in *aller Regel* in eine Bewußtseinslage geraten, die auf ihr Verhalten wirken muß und sie je nachdem in ihren Äußerungen hemmen oder sie zu Äußerungen bestimmen kann, die der theatralischen Situation angepaßt sind und die sie so ohne eine solche Beeinflussung nicht abgegeben hätten.“ (Hervorh. hinzugefügt). Ebenso evidenzlos jüngst *Kulhanek*, GA 2023, 301 (305 f.).

⁸² Z.B. von *Kirchheim* (Fn. 60), S. 289: „Eine vielen Menschen anklende natürliche Aengstlichkeit und Scheu wird in der öffentlichen Sitzung die vollständige und deutliche Aussage der Wahrheit zurückhalten, zu der sich der Vernommene im einsamen Verhörzimmer, nur dem Inquirenten, der sein Vertrauen erworben hat, gegenüber, unbedenklich verstanden haben würde. Durch ein linkisches, peinliches Benehmen, durch eine widrige vielleicht böse Gesichtsbildung erregt der Angeklagte wider sich ein ungünstiges Vorurteil, welches dann im Totaleindrucke, den die ganze Verhandlung auf die Richter oder Geschwornen macht, das Seinige mit dazu beiträgt, um den Ausspruch des Schuldigen hervorzubringen. Mancher Zeuge dürfte auch schon in der vorläufigen Verhandlung hinter die Schutzwehr der Nichtwissenschaft sich zurückziehen, um nicht in der öffentlichen Sitzung einen persönlichen Kampf mit dem Angeklagten bestehen zu müssen, oder der Gegenstand der Verfolgung der unter den Zuhörern befindlichen Freunde und Angehörigen des Angeklagten zu werden.“; w. Nachw. bei *Alber* (Fn. 15), S. 49 ff., 111 ff. BR-Drs. 227/1/23, S. 4 (Hervorh. hinzugefügt); auch *Poseck*, BR-Prot. 1035, S. 225.

⁸³ Zu strafrechtlichen Hauptverhandlungen s. *Short/Florence/ Marsh*, Brigham Young University Law Review 1975, 423 (445 ff.); *Hewitt*, Videotaped Trial Records, Evaluation and Guide, National Center for State Courts, 1990, S. 88 ff.; zu zivilprozessualen Hauptverhandlungen s. *Johnson/Krafka/Stienstra* (Fn. 72), S. 24 ff.; zu Videoaufzeichnungen polizeilicher Vernehmungen s. *Kassin/Kukucka/Lawson/DeCarlo*, Law & Human Behavior 38 (2014), 73 ff.; *dies.*, Law & Human Behavior 41 (2017), 230 ff.; *Kassin/Russano/Aaron/Hellgren/Kukucka/Lawson*, Law & Human Behavior 45 (2019), 45 (49 ff. m.w.N.); zum Ganzen auch *Lüske* (Fn. 18), S. 93 ff., 166 ff.

⁸⁴ *Chaitidou* (Fn. 77), S. 193 f.

⁸⁵ *Chaitidou* (Fn. 77), S. 196.

⁸⁶ *Chaitidou* (Fn. 77), S. 196.

⁸⁷ <https://www.icty.org/node/9590> (zuletzt aufgerufen am 29.2.2024).

Befürchtung ist zudem aus drei weiteren Gründen implausibel: Erstens, da in Europa ganz überwiegend aufgezeichnet wird, müsste ein solcher Effekt längst aufgefallen sein. Zweitens, wenn man das für erwiesen hält, müsste man die §§ 58a, 247a sowie § 136 Abs. 4 StPO streichen. Drittens wäre dann auch die bisherige Praxis, mit Einverständnis der Beteiligten Tonaufzeichnungen anzufertigen, damit das Gericht sie bei der Beratung als Gedächtnisstütze verwenden kann,⁸⁸ nicht haltbar, denn ein Einverständnis beseitigt den Qualitätsmangel nicht.

5. Eine andere Befürchtung ist datenschutzrechtlicher Art bzw. die eines übermäßigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten, vor allem des Saalpublikums, sofern es mitaufgezeichnet würde, wodurch sogar die Gerichtsöffentlichkeit beeinträchtigt werden könnte.⁸⁹ Das erweist sich als deutsches Sonderproblem, das anderswo, etwa in Österreich und Spanien, nicht einmal diskutiert wird trotz identischer Normenlage hinsichtlich des Datenschutzes in Europa. Eine unheilbare Menschenrechtsverletzung (etwa von Art. 8 EMRK) dürfte auch der EGMR in Videoaufzeichnungen nicht erblicken, zumal seit 2007 alle öffentlichen Verhandlungen dieses Gerichtshofs gefilmt werden und die Aufzeichnungen, die stets auch das Saalpublikum zeigen, im Internet frei zugänglich sind.⁹⁰

6. Für eine weitere Befürchtung des Missbrauchs der Aufzeichnungen, dass sie etwa alsbald im Internet zirkulieren könnten,⁹¹ finden sich ebenfalls keine auswärtigen Beispiele, wobei allerdings manche Staaten ebenso wie die internationale Strafjustiz ohnehin der medialen Verbreitung von Strafprozessen offener gegenüberstehen als Deutschland. Schutzbedürftige Zeugen gibt es überall, insbesondere in der internationalen Strafjustiz, die auswärts existenten Vorkerhungen wären näherer Betrachtung wert.⁹² Dass es nicht möglich wäre, den Belangen des Opferschutzes, die auch der Bundesrat gefährdet sieht,⁹³ durch geeignete Regelungen die gebotene Rechnung zu tragen, ist nicht ersichtlich. Überdies besteht die eigentliche Gefahr darin, dass die Aussageperson Zuhörer hat, sei es die Saalöffentlichkeit,⁹⁴ seien es nur die Verfahrensbeteiligten; im deutschen Strafprozess ist zudem auch aus den Urteilsgründen ersichtlich, auf wessen Aussagen sich die Entscheidung maßgeblich stützt. Ob die Aussage dann noch niedergeschrieben oder aufgezeichnet wird, vergrößert weder die Gefahr von Repressalien noch der Retraumatisierung.

7. Aus rechtsvergleichender Perspektive schwieriger abzuschätzen sind allfällige Auswirkungen auf die Revision. Die in Deutschland zuerst von Meyer-Goßner⁹⁵ formulierte Sorge ist, dass die Rechtsmittelarchitektur kollabieren, die Revision zur Berufung mutieren könnte, weil der bisherige Einwand, eine zuverlässige Rekonstruktion der Hauptverhandlung sei nicht möglich, entfielen und Beweiserhebung und Beweiswürdigung nun vollständig nachgeprüft werden könnten. Dies führte zur völligen Überlastung, wenn die Revisionsgerichte tage- oder gar wochenlang „fernsehen“, also eine komplette Videoaufzeichnung anschauen müssten, etwa um die Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu überprüfen.

Hier liegen zum Teil einige nationale Besonderheiten in Gestalt des durch die Rechtsprechung ausziselierten Revisionsrechts vor, zu deren Lösung vergleichende Betrachtung nichts beitragen kann. Nicht kompatibel sind umgekehrt amerikanische Lösungen, die das zeitaufwendige Betrachten von Videoaufzeichnungen auf *appellate law clerks*,⁹⁶ also Hilfskräfte, abwälzen. In vergleichender Perspektive durchaus bekannt ist hingegen die Aufgabenteilung von Tat- und Rechtsmittelgericht und eine daraus resultierende Zurückhaltung der Überprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die höhere Instanz. So kann in den USA als Verfassungsverstoß (Verstoß gegen die *Due Process Clause* des 4. und 14. Zusatzartikels zur Bundesverfassung) gerügt werden, dass eine Verurteilung auf unzureichender Beweisgrundlage (*insufficiency of evidence*) erfolgt sei, was als Rechtsfrage (*matter of law*) behandelt wird. Das Rechtsmittelgericht sieht sich daraufhin die erstinstanzlich erhobenen Beweise anhand des stenographischen Protokolls an. Der Überprüfungsstandard verlangt aus Zurückhaltung (*deference*) gegenüber der Tatsacheninstanz aber lediglich, dass bei anklagefreundlicher Bewertung der Beweislage ein vernünftiger Tatrichter (*finder of fact*) hätte verurteilen können.⁹⁷ Dieser Maßstab wurde sehr zurückhaltend gehandhabt, zumal dem Rechtsmittelgericht der unmittelbare sinnliche Eindruck der Verhandlung fehlt. Die Einführung technischer Dokumentation lindert den letztgenannten Mangel, weshalb im Schrifttum teils befürchtet⁹⁸ und teils gehofft⁹⁹ wurde, die Rechtsmittelgerichte würden nun weiter in die Kompetenzen des *finder of fact* eingreifen, bloß weil sie es aufgrund der Videoaufzeichnung nunmehr könnten. Studien haben aber gezeigt, dass die Rechtsmittelgerichte der Versu-

⁸⁸ S. nur BGHSt 19, 193.

⁸⁹ Dazu AE-ADH (Fn. 1), S. 49 ff. m.w.N.

⁹⁰ <https://www.echr.coe.int/webcasts-of-hearings> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

⁹¹ Etwa Poseck, BR-Prot. 1035, S. 225; DRiB (Fn. 30), S. 16 ff.; Heuer, in: Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe (Fn. 12), Anlagenband, S. 243 ff.

⁹² S. nur Schmitt, NSTZ 2019, 1 (4).

⁹³ BR-Drs. 603/23, S. 2; BT-Drs. 20/9878, S. 2.

⁹⁴ Vgl. das Zitat von von Kircheisen (Fn. 82); Alber (Fn. 15), S. 112 f. m.w.N.

⁹⁵ Meyer-Goßner, in: FS Fezer, 2008, S. 135 (145 ff.); zur Diskussion näher AE-ADH (Fn. 1), S. 40 ff., 57 ff.

⁹⁶ Grittner, William Mitchell Law Review 19 (1993), 593 (610) mit Verweis auf einen unveröffentlichten Report des Minnesota Judicial Center.

⁹⁷ *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 319; 99 S.Ct. 2781, 2789; 61 L.Ed.2d 560 (1979): “[the relevant question is] whether, after viewing the evidence in the light most favorable of the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements beyond a reasonable doubt.” Näher *Adkins*, Journal of Technology Law & Policy 15 (2010), 65 (72 ff. m.w.N.).

⁹⁸ *Clark*, Gonzaga Law Review 26 (1990–91), 585 (598); *Collins/Skover*, Stanford Law Review 44 (1991–92), 509 (547 ff.); *Donovan*, Virginia Law Review 96 (2010), 643 (675); *Grittner*, William Mitchell Law Review 19 (1993), 593 (609); *Hedges/Higgason*, Houston Lawyer 33 (Aug./1995), 24 (25 ff.); *Ward*, DePaul Law Review 20 (1971), 924 (938).

⁹⁹ *Adkins*, Journal of Technology Law & Policy 15 (2010), 65 (73 f., 81); *Owen/Mather*, Journal of Appellate Practice and Process 2 (2000), 411 (420); *Salamone*, Nova Law Review 11 (1987), 1585 (1599, 1604 ff., 1607 ff.); a.A. *Grittner*, William Mitchell Law Review 19 (1993), 593 (609).

chung, ihre Kontrolle über Gebühr auszudehnen, widerstanden haben.¹⁰⁰ Gerichte hielten es z.B. nicht für ihre Aufgabe, die Glaubwürdigkeit von Zeugen zu überprüfen.¹⁰¹ Mitunter wird berichtet, dass die Dauer der Rechtsmittelverfahren sogar kürzer¹⁰² geworden und die Aufhebungsrate gesunken¹⁰³ seien. Auch in Spanien hat sich der Charakter der Kassation nach Einführung des Videoprotokolls soweit ersichtlich nicht fundamental verändert. In vergleichender Perspektive gibt es bisher auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Anzahl der Rechtsmittel aufgrund der Verfügbarkeit technischer Dokumentation erhöht.¹⁰⁴

Zu Ernüchterung führt schließlich der vergleichende Blick auf das von deutschen Revisionsgerichten als sakrosankt behandelte, selbst erfundene Dogma des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung,¹⁰⁵ wenn man sieht, dass in Österreich die der Revision vergleichbare Nichtigkeitsbeschwerde immer schon auch wegen „Aktenwidrigkeit“, d.h. wegen Abweichung der Urteilsgründe vom Protokollinhalt, eingelegt werden konnte,¹⁰⁶ ohne dass dies zum Stillstand der Strafrechtspflege geführt hätte.

Wenn man, wie u.a. der Arbeitskreis Alternativ-Entwurf,¹⁰⁷ eine Erweiterung der Revision auf die Überprüfung der Beweisgrundlagen für wünschenswert hält, drängt sich eine Beschränkung auf evidente Fehler in Anlehnung an den österreichischen Maßstab „erheblicher Bedenken“ gegen die Richtigkeit der Feststellungen und an den amerikanischen „clear error“-Maßstab¹⁰⁸ auf.

V. Fazit

Insgesamt ist kein Grund ersichtlich, warum es unmöglich sein sollte, eine technische Dokumentation der Hauptverhandlung, wie sie in Dutzenden Ländern weltweit seit Jahrzehnten praktiziert wird, nicht auch in Deutschland in praktikabler und rechtsstaatlich gewinnbringender Form zu realisieren. Gewiss wäre es besser gewesen, wenn man zuvor eine ausgedehnte Pilotstudie hätte durchführen können und erst nach allgemeiner Zufriedenheit die neue Technik eingeführt hätte wie in England,¹⁰⁹ doch der föderale Aufbau, in dem Gerichte der Länder Bundesrecht anwenden (ausgenommen die Staatsschutzsenate nach Art. 96 Abs. 5 GG), verschließt in Deutschland diesen Weg. Vorsicht bei weitreichenden Änderungen des Verfahrensrechts ist fraglos angebracht, Widerstand aus Angst vor Neuem hingegen nicht.

Es ist daher zu hoffen, dass es nach 120 Jahren nun endlich gelingen wird, eine vollständige technische Aufzeichnung der Hauptverhandlung im deutschen Strafverfahren zu verankern, ungeachtet aller berechtigten Detailkritik, die man an dem Entwurf des DokHVG üben mag. Sollte das Gesetz auf den letzten Metern noch scheitern, wäre dies ein schwarzer Tag in der deutschen Strafprozessrechtsgeschichte. International betrachtet würde die deutsche Justiz weiterhin zu den Schlusslichtern bei der Nutzung der technischen Möglichkeiten zur Verbesserung der Wahrheitsfindung gehören.

¹⁰⁰ Insb. *Maier*, Do Video Transcripts Affect the Scope of Appellate Review? An Evaluation in the Kentucky Court of Appeals, 1990, S. 17 ff.; dazu *Lüske* (Fn. 18), S. 82 f., 93 ff. m.w.N.

¹⁰¹ *Mitchell v. Archibald*, 971 S.W.2d 25, 29 (Tenn. Ct. App. 1998).

¹⁰² *Maier* (Fn. 100), S. 55 f.

¹⁰³ *Adkins*, Journal of Technology Law & Policy 15 (2010), 65 (82 f.).

¹⁰⁴ So auch schon *Albrecht*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren, Eine vergleichende Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2002, S. 496: „Die bisherigen Erfahrungen sprechen allerdings nicht dafür, dass das Einlegen von Rechtsmitteln durch die vermehrte digitale Aufzeichnung von Vernehmungen oder Hauptverhandlungen häufiger wird. Die Befunde und Einschätzungen, wie sie sich auch aus den Landesberichten und dem Stand der empirischen Forschung ergeben, sprechen eher dafür, dass sich die Quote streitiger Verfahren reduziert.“

¹⁰⁵ Dazu *Wohlers*, JZ 2021, 116 ff.; *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung – Versuch einer Legitimation, 2014.

¹⁰⁶ § 281 Abs. 1 Ziff. 5 und 5a öStPO lautet:

„(1) Die Nichtigkeitsbeschwerde kann [...] ergriffen werden, jedoch, sofern sie nicht nach besonderen gesetzlichen Vorschriften auch in anderen Fällen zugelassen ist, nur wegen eines der folgenden Nichtigkeitsgründe: [...]

5. wenn der Ausspruch des Schöffengerichts über entscheidende Tatsachen (§ 270 Abs. 2 Z 4 und 5) undeutlich, unvollständig oder mit sich selbst im Widerspruch ist; wenn für diesen Ausspruch keine oder nur offenbar unzureichende Gründe angegeben sind; oder wenn zwischen den Angaben der Entscheidungsgründe über den Inhalt einer bei den Akten befindlichen Urkunde oder über eine Aussage und der Urkunde oder dem Vernehmungs- oder Sitzungsprotokoll selbst ein erheblicher Widerspruch besteht;

5a. wenn sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben; [...]

Dazu AE-ADH (Fn. 1), S. 43 mit Fn. 44 m.w.N.

¹⁰⁷ AE-ADH (Fn. 1), S. 42 ff., 62 ff.

¹⁰⁸ *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 394; 68 S.Ct. 525; 92 L.Ed. 2d 746 (1948); *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, 6th ed. 2016, § 27.5(e); *Gerberding*, Das Rechtsmittelsystem im US-amerikanischen Strafverfahren, 2005, S. 108 ff.; *Lüske* (Fn. 18), S. 70; w. Nachw. im AE-ADH (Fn. 1), S. 62 Fn. 105.

¹⁰⁹ Die Digital Audio Recording Transcription and Storage (Darts) Technik wurde in 97 Crown Courts in England ab 2009 getestet und 2011–2012 flächendeckend eingeführt und dadurch die Stenographen ersetzt, vgl. *Cooper*, The Independent, 24.3.2012, <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/art-of-court-stenographer-faces-the-final-sentence-7584129.html> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

„Verpolizeilichung“ der Bundespolizei? Zum aktuellen Stand der Reform des Bundespolizeigesetzes

von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel*

Abstract

Die Bundesregierung hat im Februar 2024 einen im Dezember 2023 vom Kabinett beschlossenen Entwurf eines „Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundespolizeigesetzes“ in den Deutschen Bundestag eingebracht. Am 14. März 2024 wurde dieser Entwurferstmalig im Plenum erörtert und zur weiteren Beratung an den federführenden Innenausschuss überwiesen. Das vorgeschlagene Artikelgesetz enthält eine Neufassung des Bundespolizeigesetzes (allerdings unter weitgehender Beibehaltung des Regelungsbestands) sowie eine Reihe vor allem redaktioneller Folgeänderungen. Die Eingriffsbefugnisse der Bundespolizei sollen ausgeweitet und modernisiert, die Bestimmungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten europarechtskonform und unter Beachtung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben angepasst werden. Dazu treten eine Ausweitung der einfachen Sicherheitsüberprüfung auf Bewerberinnen und Bewerber für den Bundespolizeidienst, die Einführung sog. „Kontrollquittungen“ und eine Legitimations- und Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte. Dieser Beitrag stellt eine Auswahl der zentralen Änderungen vor und versucht eine erste kritische Würdigung.

In February 2024, the German Federal Government introduced a draft of a completely redesigned Federal Police Act to the Bundestag, where it was discussed on March 14th in plenary session and passed on to the Interior Committee for further discussion. The proposed Act expands the Federal Police's measures, modifies the provisions for handling personal data, provides a security check for applicants for the police forces, and introduces "control receipts" and identification requirements for police officers. This article presents a selection of the most important changes and attempts an initial critical review.

I. Einleitung

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Sicherheitsrecht hat in den vergangenen Jahren zur Notwendigkeit einer An-

passung zahlreicher Gesetze geführt. In seinem Urteil vom 20. April 2016¹ etwa hat der Erste Senat Teile des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG) für verfassungswidrig erklärt. Die Wertungen des Gerichts haben zur Folge, dass auch weitere sicherheitsrechtliche Regelwerke in Bund und Länder novelliert werden mussten und müssen. Die Bundesregierung hat die auch aus anderen Gründen bestehende dringliche Notwendigkeit der Überarbeitung des Gesetzes über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz – BPolG) genutzt, um eine vollständige Neufassung dieses Gesetzes als Entwurf zu erarbeiten und vorzulegen.² Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs müssen die

„besonderen Fähigkeiten und die herausragende Stellung der Bundespolizei (...) an ihren Kernkompetenzen und Bedarfen orientiert, gezielt gestärkt und an die technische Entwicklung sowie an die aktuellen sicherheitspolitischen Herausforderungen und Gefahrenlagen angepasst werden“.³

Zudem soll die Neufassung dazu dienen, „die Bundespolizei im Bereich der Gefahrenabwehr mit neuen Befugnissen“ auszustatten, „die für ihre Aufgabenerledigung notwendig sind“.⁴

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung nicht lediglich punktuelle Modifizierungen zur Herstellung der Kongruenz mit Verfassungsjudikatur und europarechtlichem Datenschutzregime vorgesehen, sondern einen durchaus „größeren“, wenngleich nicht fundamental neu gedachten⁵ Wurf gewagt hat. Der Entwurf bleibt insbesondere im Hinblick auf die ergänzten Eingriffsbefugnisse deutlich hinter dem technisch Möglichen, dem verfassungsrechtlich Zulässigen und dem aus polizeipraktischer Sicht Wünschenswerten zurück. Das geltende Bundespolizeigesetz stammt in seinen Grundzügen aus dem Jahr 1994,⁶ hat die „Umetikettierung“ von „Bundesgrenzschutz“ zu

* Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ BVerfGE 141, 220 ff.; dazu etwa *Arzt*, Vorgänge Nr. 3/2016, 81 ff.; *Dürr*, JA 2019, 432 ff.; *Durner*, DVBl 2016, 780 ff.; *Kießling*, VerwArch 2017, 282 ff.; *Rusteberg*, KritV 2017, 24 ff.; *Sachs*, JuS 2016, 662 ff.; *Siems*, NWVBl 2018, 1 ff.

² Dazu *Barczak*, ZRP 2023, 148 ff.

³ BT-Drs. 20/10406, S. 1.

⁴ BT-Drs. 20/10406, S. 1.

⁵ Kritisch etwa *Barczak*, ZRP 2023, 148 ff.

⁶ Zu Ansätzen aus den 1970er Jahren vgl. etwa *Bartsch*, ZRP 1979, 159 ff.; *Riegel*, ZRP 1978, 257 ff.; s. auch *Walter*, Kriminalistik 1992, 497 ff.; zur Regelung von 1994 etwa *Gröpl*, DVBl 1995, 329 ff.; *Riegel*, DÖV 1995, 317 ff.; *Schreiber*, NVwZ 1995, 521 ff.; zur Reform des Bundesgrenzschutzes *Schwabe*, NJW 1998, 3698 f.

„Bundespolizei“ miterlebt⁷ und ist zwischenzeitlich mehrfach die „Umetikettierung“ von „Bundesgrenzschutz“ zu „Bundespolizei“ miterlebt⁸ und ist zwischenzeitlich mehrfach, zum Teil auch umfassender,⁹ geändert worden; im Kern aber ist es dreißig Jahre alt. Der nun im Gesetzgebungsverfahren befindliche Entwurf ist nicht der erste Anlauf für eine Novelle. Im Februar 2021 haben etwa die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Rechtsgrundlagen der Bundespolizei in den Deutschen Bundestag eingebracht.¹⁰ Obwohl sich Bund und Länder darin einig waren, dass ein Reformbedarf bestehe, hat der Bundesrat dem vom Bundestag verabschiedeten Gesetz die Zustimmung verweigert.¹¹

Der aktuelle Gesetzentwurf kann vor diesem Hintergrund als „neuer Anlauf“ bezeichnet werden, der allerdings durch vielfältige und umfangreiche verfassungsgerichtliche Vorgaben und europarechtliche Direktiven gewissermaßen „erzwungen“ wird. Er sieht eine Reihe zusätzlicher (mit Blick auf das Instrumentarium anderer Polizeigesetze keineswegs überraschender) Befugnisse, Neuregelungen hinsichtlich des Umgangs der Bundespolizei mit personenbezogenen Daten, Bestimmungen über Maßnahmen wie eine regelhafte einfache Sicherheitsüberprüfung der Bewerberinnen und Bewerber für den Bundespolizeidienst zur Verhinderung einer Beschäftigung extremistischer Personen sowie eine Pflicht zur Legitimation und Kennzeichnung der Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten vor. Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls einige dieser Vorschriften im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens außerordentlich kontrovers diskutiert werden – dies zeichnet sich schon angesichts der ersten Beratung des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag am 14. März 2024 ab. Wie bei der prozedural generell optimierungsfähigen Sicherheitsgesetzgebung¹² allgemein prallen auch bei diesem Legislativvorhaben schon grundlegend gegenläufige Konzepte und Vorstellungen hinsichtlich der rechtlichen Steuerung polizeilichen Handelns aufeinander. Es ist daher gegenwärtig noch nicht verlässlich zu prognostizieren, welche Vorschläge am Ende tatsächlich Gesetz und welche weiteren Regelungen gegebenenfalls noch aufgenommen werden.

Dieser Beitrag beleuchtet beispielhaft einige bedeutsame Änderungen, die der aktuelle Gesetzentwurf für das neue

Bundespolizeigesetz vorsieht, und unterzieht sie einer kritischen Würdigung. Es können nicht alle Neuerungen im Detail dargelegt werden;¹³ herausgegriffen werden einige zusätzliche Befugnisse (II.), ausgewählte Anpassungen der datenschutzrechtlichen Bestimmungen (III.), die einfache Sicherheitsprüfung für Bewerberinnen und Bewerber (IV.) sowie die Legitimations- bzw. Kennzeichnungspflichtigen und die damit in engem Zusammenhang stehende sog. „Kontrollquittung“ (V.).

II. Zusätzliche Befugnisse

Der Entwurf sieht die Schaffung zusätzlicher polizeilicher Eingriffsbefugnisse vor. Hervorzuheben sind die Regelungen zur Erhebung von Verkehrs- und Nutzungsdaten der Telekommunikation (§ 25), zur Meldeaufgabe (§ 29), zum Einsatz mobiler Sensorträger für Bild- und Tonaufnahmen und -aufzeichnungen („Drohnen“, § 38), zum Einsatz technischer Mittel gegen unbemannte Fahrzeugsysteme (wieder etwa: „Drohnen“, § 39), zur Überwachung der Telekommunikation (§ 40), zur Identifizierung und Lokalisierung von Mobilfunkkarten und -endgeräten (§ 41) sowie zum Aufenthaltsverbot (§ 59). Es handelt sich durchweg um moderne polizeiliche „Standardmaßnahmen“, die in den meisten Landespolizeigesetzen normiert sind; (verfassungs-)rechtliche Detailfragen stellen sich bei der konkreten Ausgestaltung von Eingriffsschwellen, Verfahrensregelungen und maßnahmespezifischen Datenschutzbestimmungen. Diesbezüglich bewegen sich die Vorschläge des Gesetzentwurfs innerhalb des verfassungsrechtlich zulässigen Spektrums und greifen eine Fülle verfassungsgerichtlicher Vorgaben auf.

Während § 22a BPolG und – geringfügig modifiziert – § 24 BPolG-E die Bestandsdatenauskunft regeln, ermächtigt der vorgeschlagene neue § 25 BPolG-E in Anlehnung an § 52 BKAG die Erhebung von Verkehrs- und Nutzungsdaten der Telekommunikation. Bestandsdaten sind personenbezogene Daten, deren Verarbeitung zum Zweck der Begründung, inhaltlichen Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen Anbieter und Nutzer von Telekommunikations- oder Telemedien-Diensten erforderlich ist (vgl. § 3 Nr. 6 TKG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG). Verkehrsdaten sind dagegen solche Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung solcher Dienste erforderlich sind (vgl. § 3 Nr. 70 TKG), während

⁷ S. dazu etwa *Scheuring*, NVwZ 2005, 903 f.; *Schütte*, DÖD 2002, 105 ff.; *Wagner*, Jura 2009, 96 ff.; s. auch schon *Schnupp*, DÖD 1972, 8 ff. – Dass im Grundgesetz auch nach einer Vielzahl von Verfassungsänderungen seit 2005 noch immer in zahlreichen Vorschriften von „Bundesgrenzschutz“ nicht nur in funktionaler, sondern auch in institutioneller Bedeutung die Rede ist (z.B. Art. 12a Abs. 1 und 2, Art. 35 Abs. 2 und 3, Art. 87 Abs. 1, Art. 87a Abs. 4, Art. 91 Abs. 1 und 2 und Art. 115f Abs. 1 Nr. 1 GG), ist dabei durchaus überraschend.

⁸ S. dazu etwa *Scheuring*, NVwZ 2005, 903 f.; *Schütte*, DÖD 2002, 105 ff.; *Wagner*, Jura 2009, 96 ff.; s. auch schon *Schnupp*, DÖD 1972, 8 ff. – Dass im Grundgesetz auch nach einer Vielzahl von Verfassungsänderungen seit 2005 noch immer in zahlreichen Vorschriften von „Bundesgrenzschutz“ nicht nur in funktionaler, sondern auch in institutioneller Bedeutung die Rede ist (z.B. Art. 12a Abs. 1 und 2, Art. 35 Abs. 2 und 3, Art. 87 Abs. 1, Art. 87a Abs. 4, Art. 91 Abs. 1 und 2 und Art. 115f Abs. 1 Nr. 1 GG), ist dabei durchaus überraschend.

⁹ Insbesondere durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Bundespolizeigesetzes vom 22.12.2007 (BGBl. I, S. 3214) und durch das Gesetz zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze v. 26.2.2008 (BGBl. I, S. 215); zur Bundespolizeireform 2008 eingehend *Wagner*, DÖV 2009, 66 ff.

¹⁰ BT-Drs. 19/26541.

¹¹ BR-Drs. 515/21; eingehend *Walter*, Kriminalistik 2021, 552 ff.: „Aktion Wasserschlag“; kritisch gegenüber dem Entwurf *Arzt*, ZRP 2021, 205; zu einem gewerkschaftlichen Vorschlag *Möllers*, RuP 2020, 10 ff.

¹² Zur Bedeutung einer Gesetzesfolgenabschätzung vgl. *Thiel*, V&M 2019, 224 ff.; s. auch *Thiel*, NWVBl 2018, 50 ff.

¹³ Diesbezüglich wird auf den Besonderen Teil der Begründung des Gesetzentwurfs verwiesen, BT-Drs. 20/10406, S. 94 ff.; vgl. z.B. § 32 Abs. 1 S. 2 BPolG-E zur Erweiterung des Einsatzspektrums der „Bodycam“ (S. 103) und § 63 BPolG-E zur Ermöglichung der Bild- und Tonüberwachung in Gewahrsamsräumen (S. 127).

es sich bei Nutzungsdaten um personenbezogene Daten eines Nutzers handelt, deren Verarbeitung erforderlich ist, um die Inanspruchnahme der Telekommunikations- bzw. Telemedien-Diensten zu ermöglichen und abzurechnen (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG). § 25 Abs. 1 und Abs. 2 BPolG-E erlauben es der Bundespolizei, ohne Wissen der betroffenen Person Auskunft über Verkehrs- und Nutzungsdaten zu verlangen, und regeln verschiedene tatbestandliche Varianten; die Maßnahme ist als weniger eingriffsintensive Maßnahme im Vergleich mit der Telekommunikationsüberwachung konzipiert.¹⁴ Die verschiedenen Varianten sind an entsprechende Regelungen in anderen Sicherheitsgesetzen für die verdeckte Datenerhebung angelehnt und erfassen z.B. Fälle der Abwehr einer dringenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist (Abs. 1 Nr. 1) bzw. der Verhütung bestimmter, zumindest ihrer Art nach bestimmter Straftaten (Nrn. 2 und 3). Gängig sind auch die Varianten der Datenerhebung über Nachrichtenmittler (Nr. 4) und solche Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine nach §§ 18 oder 19 BPolG-E verantwortliche Person deren Telekommunikationsanschluss oder Endgerät benutzen wird. Zusätzliche Anforderung ist in allen Konstellationen im Sinne einer zum Tatbestandsmerkmal gewordenen „verschärften“ Verhältnismäßigkeitskontrolle, dass die „Abwehr der Gefahr oder die Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert“ wäre. Die Begründung des Gesetzentwurfs nennt als Beispiel für die Gefahrenabwehr-Variante in Nr. 1 z.B. die anhand konkreter Anhaltspunkte zu erwartende unerlaubte Einreise von Angehörigen extremistischer Vereinigungen und die Überwachung möglicher Kontaktpersonen im Inland zur Ermittlung des konkreten Ortes einer bevorstehenden illegalen Einreise. Als weiteres Beispiel wird die Überwachung von extremistischen bzw. gewaltbereiten Personen aufgeführt, bei denen zu erwarten ist, dass sie entgegen bundespolizeilicher Ausreiseuntersagungen in benachbarte Staaten reisen, um dort z.B. in der Kampfsport-Szene andere Personen physisch und psychisch auf einen „Kampf gegen das System“ vorzubereiten.¹⁵

Neu ist der Vorschlag in § 29 BPolG-E, der die Bundespolizei zur Anordnung von Meldeauflagen¹⁶ ermächtigt. Sie kann gegenüber einer Person anordnen, sich an bestimmten Tagen zu bestimmten Zeiten bei einer bestimmten Dienststelle der Bundespolizei zu melden, also dort vorzusprechen. Zulässig ist die Anordnung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass 1. die Person inner-

halb eines überschaubaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 13 Abs. 1 BPolG-E von erheblicher Bedeutung begehen wird und die Meldeauflage zur vorbeugenden Bekämpfung der Straftat erforderlich ist oder 2. die Meldeauflage zur Durchsetzung einer Ausreiseuntersagung (nach § 10 Abs. 1 PaßG) erforderlich ist. § 29 Abs. 2 BPolG-E normiert eine Befristung auf höchstens einen Monat und die Möglichkeit einer Verlängerung aufgrund richterlicher Entscheidung. Die Meldeauflage ist eine gängige polizeiliche Standardmaßnahme, gegen die keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen und die in § 29 BPolG-E auch sachgerecht ausgestaltet ist.

Den Einsatz mobiler Sensorträger für Bild- und Tonaufnahme- und -aufzeichnungsgeräte (also jeweils mit oder ohne Speicherung) soll die neue Bestimmung in § 38 BPolG-E erlauben. Mit „Sensorträgern“ sind beispielsweise unbemannte Luftfahrzeuge („Drohnen“)¹⁷ gemeint; die Begründung des Gesetzentwurfs sieht darin zu Recht einen einsatztaktischen Mehrwert für die Bundespolizei im Vergleich mit fest installierten Systemen sowie eine gegenüber dem Hubschraubereinsatz weniger eingriffsintensive Maßnahme,¹⁸ wobei an letzterer Einschätzung angesichts der im Regelfall schlechteren Sichtbarkeit von „Drohnen“ gewisse Zweifel bestehen. Beispielhaft genannt ist die Verwendung an Haltepunkten oder Bahnhöfen, „die auf Grund des An- und Abreiseverkehrs im Zusammenhang mit einer Veranstaltungslage außergewöhnlich stark frequentiert sind“; der Einsatz mobiler Sensorträger ermögliche „eine wesentlich objektivere Bewertung der polizeilichen Lage, ob in baulich bedingt engen Bereichen oder durch den Regelzugverkehr Gefahren für Benutzer der Bahn entstehen, die polizeiliche Maßnahmen (insbesondere zusätzliche Absperrungen, gezielte Durchsagen an Reisende oder Einschränkung des Zugverkehrs) erfordern“.¹⁹ Auch bei unzugänglichen oder betriebsbedingt gefährlichen Bereichen an Bahnanlagen werde eine bessere Aufklärung ermöglicht, auch ohne im Einzelfall den Zugverkehr umgehend einzustellen.²⁰ Mit der Ermöglichung insbesondere des „Drohneinsatzes“ trägt der Entwurf der technischen Entwicklung Rechnung; zu begrüßen ist die Schaffung einer expliziten Ermächtigungsgrundlage.

§ 39 BPolG-E gestattet den Einsatz technischer Mittel gegen unbemannte Fahrzeugsysteme (fremde „Drohnen“).²¹ Die Bundespolizei darf nach der vorgeschlagenen Vorschrift zur Abwehr einer Gefahr, die von unbemannten Fahrzeugsystemen ausgeht, die an Land, in der Luft oder zu Wasser betrieben werden, geeignete technische Mittel gegen das System, dessen Steuerungseinheit oder Steue-

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 20/10406, S. 99.

¹⁵ BT-Drs. 20/10406, S. 100.

¹⁶ Vgl. dazu schon BVerwGE 129, 142 ff.; *Bretthauer*, DVBl 2022, 89 ff.; *Elzermann*, NJ 2022, 397 ff.; *Kirchhoff*, NVwZ 2020, 1617 ff.; *Petersen-Thrö/Elzermann*, KommJur 2006, 289 ff.; *Schucht*, NVwZ 2011, 709 ff.

¹⁷ Zum Einsatz von Drohnen durch Sicherheitsbehörden vgl. etwa *Albrecht/Schmid*, VR 2017, 181 ff. – zur Bundespolizei; *Buckler*, GSZ 2019, 23 ff.; *Müller-ter Jung/Rexin*, CR 2019, 643 ff.; *Zöller/Ihwas*, NVwZ 2014, 408 ff.

¹⁸ BT-Drs. 20/10406, S. 110.

¹⁹ BT-Drs. 20/10406, S. 110.

²⁰ BT-Drs. 20/10406, S. 110.

²¹ Zur polizeilichen Drohnenabwehr vgl. *Arzt/Fährmann/Schuster*, DÖV 2020, 866 ff.; zur Abwehr von Drohnen in der Nähe von Flughäfen *Giemulla/Hoppe*, GSZ 2020, 123 ff.; *Hercher*, ZLW 2019, 181 ff.; s. auch *Daum/Boesch*, CR 2018, 62 ff., 129 ff.

rungsverbinding einsetzen, wenn die Abwehr der Gefahr durch andere Maßnahmen aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (S. 1). Zudem darf die Bundespolizei technische Mittel zur Erkennung der Gefahr einsetzen (S. 2). Mit Blick auf den Aufgabenbestand der Bundespolizei ist auch diese Regelung sinnvoll, um insbesondere die durch private „Drohnen“ drohenden Gefahren abwehren zu können.

Eine bedeutsame Neuerung ist die Einführung einer Ermächtigungsgrundlage für die Überwachung der Telekommunikation²² in § 40 BPolG-E. Die vorgeschlagene Regelung entspricht im Wesentlichen den gesetzlichen Bestimmungen in den Landespolizeigesetzen; die tatbestandlichen Varianten (Abs. 1 S. 1) decken sich mit denjenigen für die Erhebung von Verkehrs- und Nutzungsdaten.²³ Mit der Norm ist der Bundespolizei allerdings nur die Überwachung der unverschlüsselten „laufenden“ Telekommunikation gestattet; keine Regelung enthält der Entwurf für die sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung,²⁴ die einen Zugriff vor Verschlüsselung bzw. nach Entschlüsselung der Kommunikation durch die „Einschleusung“ eines entsprechenden technischen Werkzeugs auf das zu überwachende Gerät ermöglicht. Die entsprechende Erweiterung des § 40 BPolG-E sollte erwogen werden; sofern normativ die Abgrenzung von der Online-Durchsuchung gelingt und technisch sichergestellt werden kann, dass nur die „laufende“ Telekommunikation überwacht wird, bestehen gegenüber diesem Instrument keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.²⁵ Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb es nicht in den Entwurf aufgenommen wurde. Dies fragt man sich allerdings auch bezüglich einiger anderer Befugnisse, die für eine zukunftsfähige, effiziente Polizeiarbeit erforderlich wären, etwa die Online-Durchsuchung, Regelungen zur automatisierten Gesichtserkennung an Bahnhöfen und Flughäfen etc. Hier bestünde die Chance, die Bundespolizei technisch „auf Ballhöhe“ zu bringen – der Gesetzentwurf versäumt dies durch den Verzicht auf eine Reihe sachgerechter Ermächtigungen.

§ 41 BPolG-E soll der Bundespolizei die Möglichkeit an die Hand geben, unter denselben Voraussetzungen wie bei der Telekommunikationsüberwachung nach § 40 Abs. 1 S. 1 BPolG-E durch technische Mittel die Gerätenummer und die temporär oder dauerhaft in einem Mobilfunknetz zugewiesenen Kennungen der in einem Mobilfunkgerät verwendeten Mobilfunkkarte (Abs. 1 Nr. 1) sowie den Standort eines Mobilfunkgeräts (Nr. 2) zu ermitteln. Die Vorschrift ermöglicht – wie das Vorbild in § 53 BKAG²⁶ – den Einsatz sog. „stiller SMS“²⁷ bzw. von „IMSI-Catchern“²⁸, der nach der Rechtsprechung des *BGH* einer eigenständigen Rechtsgrundlage bedarf.²⁹ Als

Anwendungsbeispiel nennt die Begründung des Gesetzentwurfs die Verhinderung von Schleusungen.³⁰

Während die Platzverweisung schon gegenwärtig in § 38 BPolG geregelt ist (vgl. § 58 BPolG-E), soll der Bundespolizei mit § 59 BPolG-E auch das längerfristige Aufenthaltsverbot als Standardmaßnahme an die Hand gegeben werden. Die Bundespolizei kann nach dieser Vorschrift einer Person für höchstens drei Monate den Aufenthalt an einem Ort untersagen, „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person dort innerhalb eines überschaubaren Zeitraums eine Straftat im Sinne des § 13 Absatz 1 von erheblicher Bedeutung oder eine Straftat, die die Sicherheit des Luftverkehrs in erheblichem Maße beeinträchtigt, begehen wird“ (Abs. 1 S. 1). Die weiteren Vorschriften zur zeitlichen und örtlichen Beschränkung, zur Berücksichtigung berechtigter Interessen des Betroffenen und zur Möglichkeit einer Verlängerung durch richterliche Anordnung entsprechen den gängigen Bestimmungen des Landespolizeigesetz. Die Begründung des Gesetzentwurfs nennt als Anwendungsfälle den Fußballfanreiseverkehr, dessen Gefahren mit der Platzverweisung allein nicht beizukommen ist, und die sog. „Dry-Runs“, bei denen Personen Sicherheitsvorkehrungen und Reaktionen des Sicherheitspersonals an Flughäfen testen, z.B. durch das Mitführen von Gepäckstücken mit Vorrichtungen, die diesen den Anschein gefährlicher Gegenstände geben.³¹

III. Anpassungen der datenschutzrechtlichen Bestimmungen

Umfangreiche Änderungen sieht der Entwurf hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Daten vor. Namentlich für verdeckte Maßnahmen hat das *BVerfG* in mehreren Entscheidungen wesentliche Leitlinien aufgestellt, die umzusetzen waren. Daraus ergab sich u.a. die Notwendigkeit der Revision der Bestimmungen zu Anordnungs Kompetenzen, insbesondere zu richterlichen Kontrollbefugnissen, zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, zum Rechtsschutz und zur aufsichtlichen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle sowie zu Lösungs- und Unterrichtungspflichten.³² Zudem finden sich neue Vorschriften zur Implementierung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung, zur Übermittlung personenbezogener Daten an nationale und internationale Stellen und zur Zweckänderung. Als „zweite Säule“ führt die Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straf-

²² Grundlegend *Gusy*, NdsVBl 2006, 65 ff.; zum Kernbereichsschutz *Merdian*, GSZ 2021, 59 ff.; zur Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste *Gärditz/Linzbach*, GSZ 2023, 140 ff.; *Schneider*, K&R 2020, 500 ff.

²³ Dazu BT-Drs. 20/10406, S. 111.

²⁴ Dazu *Martini/Fröhlingsdorf*, NVwZ 2020, 1803 ff.; zum Kriterium der „laufenden Kommunikation“ *Buermeyer*, StV 2013, 470 ff.

²⁵ BVerfGE 141, 220 ff., Rn. 234 ff., wobei darauf zu achten ist, ggf. verfassungskonforme Bestimmungen zu (heimlichen) Betreten von Wohnungen zur Installation der erforderlichen Software zu treffen, vgl. BVerfGE 165, 1 ff., Rn. 152 ff.

²⁶ BT-Drs. 20/10406, S. 113.

²⁷ Zu Maßnahmen nach der StPO etwa *Eisenberg/Singelstein*, NSZ 2005, 62 ff.; *Krüger*, ZJS 2012, 606 ff.; *Monroy*, Vorgänge Nr. 3/2019, 85 ff.; *Tiedemann*, K&R 2004, 63 ff.

²⁸ Vgl. etwa *Harnisch/Pohlmann*, HRRS 2009, 202 ff.; *dies.*, NVwZ 2009, 1328 ff. – zum BKA; s. auch *BVerfG*, NJW 2007, 351 ff.

²⁹ BGHSt 63, 82 ff.

³⁰ BT-Drs. 20/10406, S. 114.

³¹ BT-Drs. 20/10406, S. 125.

³² Vgl. BT-Drs. 20/10406, S. 78.

taten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI – die sog. „JI-Richtlinie“³³ – zu umfassenden Anpassungszwängen im polizeispezifischen Datenschutzrecht.³⁴

Der Einsatz verdeckter Ermittler ist im geltenden BPolG gemeinsam mit einer Reihe anderer Maßnahmen unter der Überschrift „Besondere Mittel der Datenerhebung“ in § 28 BPolG geregelt. Mit § 36 BPolG-E soll (ohne die Eigenschaft als besonderes Mittel der Datenerhebung zu beseitigen³⁵) eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen³⁶ und von verdeckten Ermittlern³⁷ geschaffen werden, die den Vorgaben des *BVerfG* namentlich hinsichtlich des Kernbereichsschutzes³⁸ Rechnung trägt.³⁹ Sachgerecht erscheinen im Normvorschlag etwa die Bestimmungen in Abs. 3, in denen geregelt ist, in welchen Fällen eine Person nicht als Vertrauensperson eingesetzt werden darf (Nr. 1, z.B. Minderjährigkeit, Eigenschaft als Berufsheimlichträger, Parlamentsmitglied oder Mitarbeiter von Abgeordneten, Teilnehmer an einem Aussteigerprogramm mit Kenntnis der Bundespolizei) oder soll (Nr. 2, kumulierte aktive Einsatzzeit als Vertrauensperson von insgesamt mehr als zehn Jahren, Tätigkeit für einen Nachrichtendienst mit Kenntnis der Bundespolizei). Mit Blick auf das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten erschiene es allerdings als überzeugender, die Tätigkeit für einen Nachrichtendienst als absoluten Ausschlussgrund in Nr. 1 zu regeln.

Als Beispiel für punktuelle Anpassungen an datenschutzrechtliche Vorgaben kann die Vorschrift in § 33 Abs. 1 S. 2 BPolG-E genannt werden, die – in Orientierung an der Rechtsprechung des *BVerfG* zur automatisierten Kraftfahrzeug-Kennzeichenerfassung⁴⁰ – eine Dokumentationspflicht hinsichtlich des Einsatzes technischer Mittel unter Vermerk von Anlass, Dauer, Örtlichkeit und der Entscheidungsgrundlagen für den Einsatz vorsieht. Weitere Beispiele sind § 35 Abs. 3 BPolG-E, der entsprechend der verfassungsgerichtlichen Vorgaben⁴¹ für besondere Mittel der Datenerhebung einen Richter- bzw. einen „Behördenleiter“-Vorbehalt vorschreibt, und die neue Regelung in § 35 Abs. 7 BPolG-E zum Kernbereichsschutz.⁴²

In §§ 42 – 47 BPolG-E finden sich zentrale Regelungen zur Weiterverarbeitung von Daten. § 43 Abs. 1 BPolG-E schreibt die Zweckbindung fest, in Abs. 2 ist der Grundsatz der „hypothetischen Datenneuerhebung“⁴³ normiert; die Bestimmungen erfordern „eingehendere datenschutzrechtliche Prüfschritte“⁴⁴ wenn die Bundespolizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben personenbezogene Daten zu anderen Zwecken weiterarbeiten möchte als denjenigen, zu denen sie von ihr oder von anderen öffentlichen oder nicht-öffentlichen Stellen erhoben worden sind. Besondere Herausforderungen stellen die zur Umsetzung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung⁴⁵ gesetzlich angeordneten Kennzeichnungspflichten hinsichtlich personenbezogener Daten; die polizeilichen Datenverarbeitungssysteme sind teilweise noch immer nicht technisch dazu geeignet, die entsprechenden Vorgaben in die Praxis umzusetzen. § 47 BPolG-E enthält dazu umfangreiche Vorgaben: So sind nach Abs. 1 S. 1 personenbezogene Daten durch Angabe des Mittels der Erhebung der Daten einschließlich der Angabe, ob die Daten offen oder verdeckt erhoben wurden (Nr. 1), bei Personen, zu denen Grunddaten angelegt wurden, durch die Angabe der Kategorie nach §§ 44 und 45 (Nr. 2), durch die Angabe der Rechtsgüter oder sonstiger Rechte, deren Schutz die Erhebung dient oder Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, deren Verfolgung oder Verhütung die Erhebung dient (Nr. 3), und durch die Angabe der Stelle, die sie erhoben hat, sofern nicht die Bundespolizei die Daten erhoben hat (Nr. 4), zu kennzeichnen. Die Begründung des Gesetzentwurfs legt dar, dass die Umsetzung dieser Vorschrift die „Ertüchtigung“ der „durch die Bundespolizei geführten IT-Systeme“ erfordert.⁴⁶

§ 48 BPolG-E („Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern zur Erkennung von DNA-Trugspuren“) sieht die Führung einer DNA-Referenzdatenbank vor, die auch angesichts der wachsenden Bedeutung der DNA-Analyse für die Aufklärung von Straftaten⁴⁷ dazu dienen soll, sog. durch die Verunreinigung von Spurenlägern bei der kriminaltechnischen Untersuchung entstehende „DNA-Trugspuren“ auszuschließen.

In § 54 BPolG-E soll die Übermittlung personenbezogener Daten an Mitgliedstaaten der Europäischen Union und

³³ „JI“ bedeutet „Justiz und Inneres“; die Richtlinie bildet gemeinsam mit der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG – Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) – den Kern des geltenden europarechtlichen Datenschutzregimes. Da eine einheitliche Regelung der Datenschutzvorgaben für den Bereich der inneren Sicherheit in der DSGVO nicht erfolgen konnte, wurde dieser in eine Richtlinie mit Ausgestaltungsspielräumen für die Mitgliedstaaten „ausgelagert“; zur Abgrenzung *Stevens/Limberger* JZ 2022, 656 ff.; zur JI-Richtlinie *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 ff.; *Weinhold/Johannes*, DVBl 2016, 1501 ff.

³⁴ S. BT-Drs. 20/10406, S. 78. – Zur Umsetzung etwa *Arzt*, SächsVBl 2019, 345 ff.; *ders.*, DÖV 2023, 991, zur polizeilichen Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten; *Wolff*, BayVBl 797 ff.; zur „Europäisierung“ des Polizeirechts *Pfeffer*, NVwZ 2022, 294 ff.

³⁵ BT-Drs. 20/10406, S. 107.

³⁶ *Soiné*, NJW 2020, 2850 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2023, 523 ff. – zum strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

³⁷ Dazu etwa *Soiné*, NVwZ 2023, Beilage 2, 32 ff.; *Zimmermann*, Kriminalistik 2023, 607 ff.; s. zu „nicht offen ermittelnden Polizeibeamten“ (NoeP) *Steinbach*, Kriminalistik 2022, 396 ff.; *Soiné*, DRiZ 2022, 266 ff. – zum Strafverfahren.

³⁸ BVerfGE 165, 1 ff.

³⁹ Da es sich nicht um eine komplett neue Regelung handelt, ist sie nicht unter II. dargestellt, sondern im Kontext der datenschutzrechtlichen Modifizierungen.

⁴⁰ BVerfGE 150, 244 ff.; 150, 309 ff.; dazu *Brenner*, DAR 2019, 241 ff.; *Roggan*, NVwZ 2019, 344 ff.

⁴¹ BVerfGE 141, 220 ff., Rn. 174.

⁴² Dazu BVerfGE 141, 220 ff., Rn. 177.

⁴³ Dazu eingehend kritisch *Schneider*, GSZ 2022, 1 ff.; s. ferner *Löffelmann*, GSZ 2019, 16 ff.

⁴⁴ BT-Drs. 20/10406, S. 87.

⁴⁵ Dazu BT-Drs. 20/10406, S. 118.

⁴⁶ BT-Drs. 20/10406, S. 88.

⁴⁷ BT-Drs. 20/10406, S. 118; s. etwa mit Praxisbezügen *Venemann/Oppelt/Grethe/Anslinger/Schneider/Schneider*, NSStZ 2022, 72 ff.; ferner *Bosch*, Jura 2021, 41 ff.; *Gronke/Gronke*, NSStZ 2021, 141 ff.; *Rath*, GSZ 2018, 67 ff.; *Weichert*, DuD 2018, 358 ff.

dem sog. „Schengen-Besitzstand“ assoziierte Staaten neu geregelt werden. Die Begründung des Gesetzentwurfs hebt überzeugend die Bedeutung der grenzüberschreitenden informatorischen Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden hervor.⁴⁸ Abs. 1 S. 1 der vorgeschlagenen Norm stellt die Übermittlung an Behörden, sonstige öffentliche und nichtöffentliche Stellen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Regelungen über die Übermittlung an inländische Stellen gleich. § 55 BPolG-E normiert die Übermittlung personenbezogener Daten im internationalen Bereich.

IV. Sicherheitsüberprüfung

Beamtinnen und Beamte stehen aufgrund verfassungsrechtlicher Anordnung in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Art. 33 Abs. 4 GG).⁴⁹ Sie sind auf die Unterstützung und Förderung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung verpflichtet, die das *BVerfG* in verschiedenen Entscheidungen⁵⁰ näher konturiert hat. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Bundespolizei als Sicherheitsbehörde mit weit reichenden Befugnissen ist es unerlässlich, eine Betätigung von „Verfassungsfeinden“, insbesondere von politischen Extremistinnen und Extremisten, möglichst vollständig und von vornherein zu unterbinden. Dass es dem Bundesgesetzgeber Ernst mit dem Ziel ist, solche Personen zügig wieder aus dem öffentlichen Dienst zu entfernen, zeigt sich an der aktuellen Reform des Bundesdisziplinarrechts durch das Gesetz zur Beschleunigung von Disziplinarverfahren in der Bundesverwaltung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. Dezember 2023.⁵¹ Schon der Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP für die 20. Legislaturperiode sieht vor, Verfassungsfeinde schneller als bisher aus dem Dienst zu entfernen, um die Integrität des Öffentlichen Dienstes sicherzustellen.⁵² Der Gesetzentwurf erklärt, dass ein Sonderrecht ausschließlich zur Entfernung von Extremisten dem disziplinarrechtlichen Regelungsmodell systemfremd sei, und dass daher Ziel des Entwurfs eine spürbare Beschleunigung aller Disziplinarverfahren sei, in denen statusrelevante Maßnahmen ausgesprochen würden.⁵³ In diese Richtung zielen dann auch die Bestimmungen des Entwurfs zur Neuregelung des Bundespolizeigesetzes:

„Zum besseren Schutz vor Extremisten, die im Falle einer Beschäftigung für die Bundespolizei als Innentäter versuchen könnten, die Aufgabenerfüllung der Bundespolizei zu behindern, zu gefährden oder zu unterwandern, erscheint eine Ausweitung des Kreises der zu überprüfenden Personen auf alle diejenigen notwendig, die dauerhaft für die Bundespolizei tätig werden sollen.“⁵⁴

Der Entwurf sieht vor diesem Hintergrund „zur Prävention extremistischer Tendenzen“⁵⁵ vor, den Kreis zu überprüfender Personen auszuweiten. Insbesondere soll eine

Sicherheitsüberprüfung bei Bewerberinnen und Bewerbern erfolgen, die nach einem Auswahlverfahren für die Einstellung in Betracht kommen. Vorgeschrieben wird nach § 75 S. 1 BPolG-E i.V.m. § 8 Abs. 1 SÜG die Durchführung einer sog. „einfachen“ Sicherheitsüberprüfung, von der abgesehen werden kann, wenn Art oder Dauer der Tätigkeit es zulassen (§ 75 S. 2 BPolG-E). Die Bewerberinnen und Bewerber haben eine Sicherheitserklärung auszufüllen und einzureichen, auf deren Grundlage dann weitere Maßnahmen auf Grundlage des SÜG getroffen werden, auf das § 75 S. 1 BPolG-E verweist. § 12 Abs. 1 SÜG sieht bei der einfachen Sicherheitsüberprüfung u.a. eine sicherheitsmäßige Bewertung der Angaben unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der Verfassungsschutzbehörden des Bundes der Länder (Nr. 1), die Einholung einer unbeschränkten Auskunft aus dem Bundeszentralregister und dem Gewerbezentralregister sowie ein Ersuchen um eine Datenübermittlung aus dem Zentralen staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregister (Nr. 2) und Anfragen z.B. an das Bundeskriminalamt und die Nachrichtendienste des Bundes (Nr. 3) vor. Diese Maßnahmen sollen insbesondere dazu dienen, die persönlichen Lebensverhältnisse und eventuelle Bezüge bzw. Kontakte zu extremistischen Gruppierungen zu überprüfen. Die einfache Sicherheitsüberprüfung lässt weitere (auch „schärfere“) Sicherheitsüberprüfungen, die nach dem SÜG vorgeschrieben sind bzw. im Verlauf der dienstlichen Tätigkeit erforderlich werden, unberührt.⁵⁶ Insgesamt ist der Vorschlag einer einfachen Sicherheitsüberprüfung von Bewerberinnen und Bewerbern für den Bundespolizeidienst positiv zu bewerten – auch wenn sie weitere Instrumente zur Verhinderung von Radikalisierung im Dienst, zur Schaffung von Verantwortungsbewusstsein und demokratischer Resilienz, zur Schulung von Beschäftigten etc. keineswegs ersetzen kann.

V. Legitimations- und Kennzeichnungspflichten, Kontrollquittung

§ 93 BPolG-E soll Legitimations- und Kennzeichnungspflichten schaffen. Nach Abs. 1 S. 1 haben sich Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte der Bundespolizei auszuweisen, wenn dies die von einer polizeilichen Maßnahme betroffene Person verlangt. Nach Satz 2 kann, soweit die Beamtin bzw. der Beamte oder der Zweck der Maßnahme gefährdet werden, eine Legitimation auch durch Bekanntgabe der auf dem Dienstaussweis befindlichen Individualnummer erfolgen. Dies soll der Transparenz bundespolizeilichen Handelns dienen und die Akzeptanz der getroffenen Maßnahmen und Anordnungen erhöhen. Abs. 2 normiert eine Kennzeichnungspflicht von Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten der Bundespolizei in Dienstkleidung. Diese sollen dazu verpflichtet sein, wahlweise ein Schild mit ihrem Familiennamen oder einer (fest zugeordneten) fünfstelligen Dienstnummer zu tragen, die nicht mit der Personalnummer identisch ist

⁴⁸ BT-Drs. 20/10406, S. 123.

⁴⁹ Dazu etwa *Günther*, DÖV 2012, 678 ff.; vgl. auch *BVerfGE* 21, 329 (345) – Pflicht zu vollem Einsatz; 39, 334 (346 f.) – Treuepflicht.

⁵⁰ *BVerfGE* 2, 1 (12); 5, 85 (140 ff.); 144, 20 (202 ff.); *Wittinger*, UBWV 2020, 33 ff.; 65 ff.; *Krämer*, UBWV 2002, 11 ff.

⁵¹ BGBl. I Nr. 389, S. 1 ff.

⁵² Koalitionsvertrag 2021 – 2025, S. 9.

⁵³ BT-Drs. 20/6435, S. 2.

⁵⁴ BT-Drs. 20/10406, S. 77.

⁵⁵ BT-Drs. 20/10406, S. 131.

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 20/10406, S. 131.

(Abs. 2 S. 1). Bei Einsatzeinheiten wird eine Pflicht zur taktischen Kennzeichnung begründet, die eine nachträgliche Identifizierung ermöglicht (S. 2). Dies soll ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs die „Bedeutung von Bürgernähe und Transparenz“ unterstreichen, zugleich aber die leichtere Aufklärbarkeit von Straftaten bzw. Dienstpflichtverletzungen uniformierter Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten ermöglichen und rechtmäßig handelnde Beamtinnen und Beamte vor der Einbeziehung in Ermittlungen bewahren.⁵⁷ Daher ist auch die Ausnahmeregelung in Abs. 2 S. 3 eng auszulegen,⁵⁸ die vorsieht, dass auf eine Kennzeichnung verzichtet werden kann, wenn diese mit Blick auf die Amtshandlung nicht erforderlich oder wenn die nachträgliche Identifizierbarkeit anderweitig sichergestellt ist. Eine Erforderlichkeit kann beispielsweise bei „Hubschrauberbesatzungen, motorisierten Ehrengasketten oder Taucherinnen und Tauchern“⁵⁹ fehlen.

Eine Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte wird seit geraumer Zeit diskutiert.⁶⁰ In Form der Verpflichtung, ein Namensschild an der Dienstuniform zu tragen, ist sie vom *BVerwG* für verfassungsgemäß erklärt⁶¹ und vom *BVerfG* bislang nicht beanstandet worden; allerdings war die entsprechende Verfassungsbeschwerde unzureichend substantiiert.⁶² Auf Seiten der Befürworter werden häufig Transparenz und Bürgernähe ins Spiel gebracht, wobei eine Individualisierung der agierenden Beamtinnen und Beamten praktisch meist auch dann im Wege einer Nachvollziehung des Einsatzgeschehens und aufgrund einer taktischen Kennzeichnung möglich ist, wenn keine individuelle Kennzeichnung erfolgt. Dem wird entgegen gehalten, dass eine individuelle Kennzeichnungspflicht Ausdruck eines fundamentalen Misstrauens gegenüber der Polizei sei. Die rechtlichen Argumente zu dieser Thematik sind ausgetauscht; letztlich ist es eine rechtspolitische Entscheidung, ob und in welcher Form eine Kennzeichnung vorgeschrieben wird. Entscheidet man sich dafür, kann die vorgeschlagene Regelung in § 93 Abs. 2 BPolG-E durchaus als sachgerecht qualifiziert werden. Zu erwägen wäre allerdings, anstelle einer festen und dauerhaften Zuordnung von Dienstnummern und taktischen Kennzeichnungen, wie sie in § 93 Abs. 3 S. 1 BPolG-E vorgesehen ist, zum Schutz der Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten vor „konzertierten“ Übergriffen gegen Einzelne in regelmäßigen Abständen wechselnde Kennzeichnungen vorzusehen.

In den Kontext der Legitimation bundespolizeilichen Handelns ist auch die Regelung in § 23 Abs. 2 S. 3 BPolG-E einzuordnen, die die sog. „Kontrollquittung“ normiert. Bei jeder Personenkontrolle zur Verhinderung

oder Unterbindung der unerlaubten Einreise in das Bundesgebiet nach § 23 Abs. 2 S. 1 BPolG-E muss die kontrollierte Person auf ihr Recht hingewiesen werden, dass sie eine Bescheinigung über die Maßnahme und ihren Grund (auf Wunsch in Papierform) ausgestellt erhalten kann; auf Verlangen muss die Ausstellung dann erfolgen. Vorgesehen sind eine digitale Ausstellung oder eine solche in Papierform (Abs. 2 S. 4), wobei auf Verlangen der betroffenen Person die Bescheinigung in Papierform ausgestellt werden muss (S. 5). Hintergrund dieses Vorschlags sind die Berichte über „Racial Profiling“⁶³ bzw. eine übermäßige Kontrolle von Personen, die bestimmte äußerliche Merkmale aufweisen. Das Instrument soll zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten beitragen und den Begründungsaufwand für verdachtsunabhängige Kontrollen erhöhen. Unklar bleibt allerdings, welche Konsequenzen sich aus der Aushändigung solcher Kontrollquittungen ergeben; dazu trifft § 23 Abs. 2 BPolG-E keine weiteren Bestimmungen. Sicherlich ermöglichen derartige Bescheinigungen die gerichtliche Überprüfung der konkreten Kontrollmaßnahme im Einzelfall, wobei lediglich die Angaben über die Tatsache, dass eine Maßnahme erfolgt ist, und über ihren Grund für die Rechtmäßigkeitsüberprüfung häufig wenig aufschlussreich sein dürften. Aber soll sich ein Betroffener, dem über einen gewissen Zeitraum hinweg eine bestimmte Anzahl derartiger Bescheinigungen ausgestellt wurden und der damit den Nachweis führen kann, dass er entsprechend häufig Adressat polizeilicher Maßnahmen gewesen ist, mit einer Beschwerde und gegebenenfalls dem Vorwurf eines „Racial Profiling“ an die zuständige Polizeibehörde, eine:n unabhängige:n Polizeibeauftragte:n (z. B. den jüngst ernannten des Bundestags für die Bundespolizei) oder – im Wege der Petition – an das jeweilige Parlament wenden können? Welches Ziel könnte eine solche Beschwerde verfolgen? Sollen sich eventuell Staatshaftungsansprüche oder sonstige Kompensationsleistungen wegen einer übermäßigen, etwa unverhältnismäßig häufigen Kontrolle ergeben? Welche Rolle kann dabei der auf der Kontrollquittung anzugebende Grund für die polizeiliche Kontrolle spielen? Diese und weitere Fragen stellen sich im Zusammenhang mit dem Instrument der Kontrollquittung. Dazu treten Praxisprobleme, etwa bei der Kontrolle einer größeren Anzahl an Menschen – die Belehrung und gegebenenfalls Ausstellung der Quittung können den Einsatz ganz erheblich verzögern, was bezüglich solcher Personen, die zur Überprüfung festgehalten werden und länger warten müssen, Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit aufwirft. § 23 Abs. 2 S. 2 BPolG-E untersagt die Auswahl der zu überprüfenden Personen anhand eines Merkmals i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG ohne sachlichen, durch den Zweck der Maßnahme gerechtfertigten Grund. Soll die Kontrollquittung

⁵⁷ BT-Drs. 20/10406, S. 77 f.

⁵⁸ BT-Drs. 20/10406, S. 134.

⁵⁹ BT-Drs. 20/10406, S. 134.

⁶⁰ Aus dem umfangreichen Schrifttum vgl. (überwiegend befürwortend) etwa *Aden*, Vorgänge Nr. 1/2020, 117 ff.; *Barczak*, NVwZ 2011, 852 ff.; *Barczak*, LKV 2014, 391 ff.; 391 ff.; *Ertl*, DÖV 2016, 23 ff.; *Guckelberger*, DÖV 2018, 421 ff.; *Hufen*, JuS 2020, 898 ff.; *Pörtl*, VBIBW 2023, 441 ff.; *Rupprecht*, ZRP 1989, 93 ff.; *von der Weiden*, jM 2020, 209 ff.

⁶¹ BVerwGE 166, 333 ff.

⁶² BVerfG, NVwZ 2023, 159 ff.; dazu *Payandeh*, JuS 2023, 471 ff.

⁶³ Dazu aus dem kaum überschaubaren Schrifttum etwa *Barskanmaz*, Vorgänge Nr. 1-2/2022, 151 ff. (aus menschenrechtlicher Perspektive); *Boysen*, Jura 2020, 1192 ff.; *Froese*, DVBl 2017, 293 ff.; *Gausmann*, DÖV 2023, 655 ff.; *Kühne/Kühne*, EuGRZ 2023, 573 ff.; *Leidinger*, KJ 2018, 450 ff.; *Liebscher*, NJW 2016, 2779 ff.; *Peterson*, ZAR 2019, 301 ff.; *Rath*, DRiZ 2020, 246 f.; *Ruch*, KrimOJ 2022, 249 ff.; *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219 ff.; *Wagner*, DÖV 2013, 113 ff.; monographisch *Textor*, Racial Profiling und Polizeigewalt. Erfahrungen, Handlungsfähigkeit und Widerstand jugendlicher Betroffener, 2023.

tung ihren Zweck erfüllen, wird man die Angabe eines solchen Rechtfertigungsgrundes auf der Bescheinigung zu fordern haben – angesichts des weit gefassten Merkmal-katalogs des Art. 3 Abs. 3 GG (z. B.: Geschlecht, Abstammung, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen) dürfte es in der Praxis allerdings schwierig sein, hinreichend und normgetreu begründete Kontrollquittungen auszustellen, weil jede Person im Vergleich mit anderen gleich mehrere dieser Merkmale erfüllt.

VI. Fazit

Die Erweiterung des Maßnahmeninstrumentariums der Bundespolizei um einzelne „gängige“ polizeiliche Standardmaßnahmen, die Harmonisierung mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben der Europäischen Union, die Einführung von Legitimations- und Kennzeichnungspflichten und die weiteren Anpassungen des Bundespolizeigesetzes nach dem aktuellen Gesetzentwurf rücken die Bundespolizei zunehmend in eine Reihe mit den Polizeien der Länder. Wer noch das Diktum des *BVerfG* zum Charakter des Bundesgrenzschutzes aus seinem Beschluss vom 28. Januar 1998 im Ohr hat, kann sich eines gewissen „Störgefühls“ nicht erwehren – der *Zweite Senat* hat ausgeführt:

„Der Bundesgrenzschutz darf nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren.“⁶⁴

Der Entwurf des „Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundespolizeigesetzes“ hat tatsächlich eine „Verpolizeilichung der Bundespolizei“ im Sinne einer Annäherung an die Befugnisse der Landespolizeien zum Ziel. Nach dem Muster der Landespolizeigesetze soll das Spektrum der Eingriffsbefugnisse erweitert werden, wie in einigen Ländern sollen Regelungen zur Förderung von Transparenz, Akzeptanz und Bürgernähe geschaffen bzw. intensiviert werden. Gleichwohl widerspricht der Entwurf nicht der Grundsatzentscheidung des *BVerfG*, der Bundesgrenzschutz und die heutige Bundespolizei dürften nicht zu einer „konkurrierenden“ Polizei des Bundes ausgebaut werden – denn auch nach der Neufassung bleibt es bei einem begrenzten Aufgabenbestand: Nach § 1 Abs. 1 S. 1 BPolG-E leistet die Bundespolizei „im Rahmen der ihr obliegenden Aufgaben einen Beitrag zur Gewährleistung der Sicherheit und zu einem friedlichen Zusammenleben der Menschen in der Bundesrepublik Deutschland“. Ihr obliegen – unverändert – die Aufgaben des Grenzschutzes (§ 2 BPolG-E), der Bahnpolizei (§ 3 BPolG-E), der Luft-

sicherheit (§§ 4, 5 BPolG-E) sowie der Schutz der Bundesorgane (§ 6 BPolG-E), ferner Aufgaben auf See (§ 7 BPolG-E) und im Notstands- und Verteidigungsfall (§ 8 BPolG-E), und sie kann nach Maßgabe des § 9 BPolG-E im Ausland bzw. nach §§ 10 – 12 BPolG-E zur Unterstützung anderer Stellen eingesetzt werden. An diesen zentralen Bestimmungen werden nur redaktionelle und „technische“ Veränderungen vorgenommen, keine substanziellen Erweiterungen des Aufgabenbestands. Auch die Strafverfolgungsaufgaben in § 13 BPolG-E sind im Wesentlichen unverändert geblieben. Damit kann der Gesetzentwurf als Ansatz zur Optimierung der Bundespolizei, zur Herstellung von Konformität mit höherrangigem Recht und zur Anpassung an die technische Entwicklung innerhalb des weiterhin vergleichsweise eng begrenzten Zuständigkeitsbereichs der Bundespolizei verstanden werden. Die vorgeschlagenen Erweiterungen der Befugnisse erscheinen dabei sachgerecht, bleiben aber lückenhaft. Mit Maßnahmen wie dem Aufenthaltsverbot, der Meldeauflage und der Telekommunikationsüberwachung holt der Entwurf nur einen jahrzehntelangen Rückstand zu einem absoluten Mindeststandard polizeilicher Befugnisinstrumentarien auf, versäumt aber eine konsequente Modernisierung. So sollten etwa die Online-Durchsuchung und die Quellen-Telekommunikation ergänzt werden; dass die normative Eröffnung dieser Instrumente nicht zu einer übermäßigen Kontrolle führt, zeigen die Erfahrungen in den Ländern. Die Gelegenheit, noch darüber hinaus Ermächtigungsgrundlagen für eine verfassungsrechtskonforme Nutzung weiterer technischer Möglichkeiten zu schaffen, hat der Entwurf nach aktuellem Stand verstreichen lassen. Die Polizei möchte immer „vor die Lage“ kommen – es schadet gewiß nicht, wenn die Rechtsgrundlagen diesen Weg mitgehen. Hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht sind die Argumente ausgetauscht; letztlich handelt es sich um eine (sicherheits-)rechtspolitische Entscheidung, ob und in welcher Form eine individuelle Kennzeichnung angeordnet werden soll. Die vorgesehenen Regelungen sind jedenfalls hinreichend differenziert. Gegen die „Kontrollquittung“ bestehen allerdings Bedenken namentlich aus Praktikabilitätsgründen sowie Zweifel am Nutzen einer solchen „Belegführung“; zudem wird man wohl damit zu rechnen haben, dass sich Forderungen nach einer künftigen „Quittierung“ auch anderer polizeilicher Maßnahmen erheben werden, bei denen nach bisheriger Rechtslage eine einfache mündliche Anordnung ausreichend ist. Der sich daraus ergebende Dokumentationsaufwand ist derzeit nicht abzusehen. Als Fazit ergibt sich damit ein eher ambivalentes Bild: Vieles im Gesetzentwurf ist sinnvoll, manches ist rechtspolitische „Kosmetik“ ohne erkennbaren Nutzen, einiges fehlt.

⁶⁴ BVerfGE 97, 198 ff., Ls. 2.

Die Bedeutung von empirischen Befunden für die Strafzumessung in Deutschland

Methodische Bemerkungen anlässlich einer Studie zur Sanktionierung von Sexualdelikten (Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16)

von Jessica Krüger, MPhil (Cantab)*

Abstract

In der juristischen und nicht-juristischen Öffentlichkeit ist in den letzten Wochen eine Debatte über die Strafzumessung bei Sexualdelikten angestoßen worden. Der Beitrag „Die strafrechtliche Sanktionierung von Sexualdelikten“, veröffentlicht im ersten Heft der KriPoZ 2024, gibt an, empirische Befunde zu diesem Thema zu liefern. Aufgrund methodischer Schwachstellen sollten viele Ergebnisse des Beitrags jedoch nur zurückhaltend für Aussagen über die Strafzumessung in Deutschland oder für die Begründung kriminalpolitischer Forderungen herangezogen werden.

In recent weeks, a debate about sentencing in the case of sexual offenses has been initiated in the legal community and in public. The article "Die strafrechtliche Sanktionierung von Sexualdelikten", published in the first issue of KriPoZ 2024, claims to provide empirical findings on this topic. However, due to methodological issues, many of the article's findings should be used with caution when making statements about sentencing in Germany or criminal policy demands.

I. Einleitung

Eine Strafrechtswissenschaft, die ihre normativen Annahmen an der Wirklichkeit erprobt und aus empirischen Erkenntnissen neue Schlüsse zieht, hat viel zu gewinnen. Ehlen, Hoven und Weigend nutzen dieses Potenzial in ihrem jüngst erschienenen Beitrag (KriPoZ 2024, 16), indem sie, gestützt auf eine Auswertung der Strafverfolgungsstatistik, ein Umdenken in der Strafzumessung fordern – ein Anliegen, das auch durch Beiträge und Interviews in öffentlichen Medien¹ bereits vor Erscheinen der Studie für Diskussionen in der Strafrechtswissenschaft gesorgt hat.²

Zugleich zwingen die im Strafrecht regelmäßig erheblichen Rechtsfolgen im Besonderen dazu, die wirkungsmächtige Argumentation mit rechtstatsächlichen Erkenntnissen in methodischer Hinsicht hinreichend abzusichern.

Insbesondere sollten die Grenzen der empirischen Methoden reflektiert und offengelegt werden. Hieran gemessen veranlassen Teile der publizierten Studie von Ehlen, Hoven und Weigend – ganz unabhängig von der Bewertung der Strafpraxis im Bereich der Sexualdelikte – zu einer kritischen Stellungnahme. Denn aufgrund methodischer Kritikpunkte, die im Folgenden dargestellt werden, sind viele Ergebnisse des Beitrags nur bedingt dazu geeignet, Aussagen über die Strafzumessung in Deutschland zu treffen oder kriminalpolitische Forderungen zu begründen und sollten entsprechend zurückhaltend verwendet werden.

II. Problemfeld 1: Erkenntnisinteresse und vermeintliche Erkenntnisse des Beitrags

Das Hauptanliegen von Ehlen/Hoven/Weigend ist es, anhand der Strafverfolgungsstatistik aufzuzeigen, dass sich die Strafzumessung für Sexualdelikte regelmäßig im unteren Drittel des gesetzlichen Strafrahmens bewegt³ und darauf aufbauend zu begründen, weshalb diese niedrigen Strafhöhen problematisch seien.⁴ Daneben werfen die Autoren in ihrer Einführung weitere Fragen auf, die mit ihren Untersuchungen beantwortet werden sollen, legen jedoch nicht dar, wie sie aus den präsentierten Ergebnissen der empirischen Untersuchungen die konkreten Schlussfolgerungen ableiten, die sie als Beantwortung dieser Forschungsfragen verstehen.

So schreiben Ehlen/Hoven/Weigend in der Einführung, dass sich die Frage stelle, „ob die Praxis der Strafzumessung bei Verletzungen von § 177 StGB diesem gewandelten Verständnis [Anm. d. Verf.: der Bevölkerung bzgl. der Gewichtung des Unrechts von Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung] gerecht wird“ und antworten sogleich: Die präsentierten Ergebnisse würden zeigen, „dass dies [Anm. d. Verf.: also eine Anpassung der Strafzumessungspraxis an die gewandelten Vorstellungen der Bevölkerung] weitgehend nicht der Fall ist, sondern dass die Strafzumessung traditionelle Maßstäbe aus vergangenen

* Jessica Krüger ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Prof. Dr. Karsten Gaede an der Bucerus Law School in Hamburg. Für seine Unterstützung beim Verfassen des Manuskripts danke ich Professor Dr. Kilian Wegner.

¹ S. Hoven/Rostalski, Übergriffe härter bestrafen, FAZ.net v. 27.12.2023, online abrufbar unter: <https://t1p.de/91tug> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024), sowie weiter Garbe, „Die Gesellschaft würde sexuelle Übergriffe anders bestrafen als die Justiz“, Interview mit Hoven, Spiegel Online v. 31.1.2024, online abrufbar unter: <https://t1p.de/w7wvb> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

² In chronologischer Reihenfolge: Fischer, Sollten Richter bei Sexualstraftaten härter urteilen?, LTO v. 6.1.2024, online abrufbar unter: <https://t1p.de/jaxlj> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024); Hörnle, Werden Vergewaltigungen und andere Sexualdelikte zu milde bestraft?, Spiegel Online, Gastbeitrag v. 20.1.2024, online abrufbar unter: <https://t1p.de/2zgee> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024); Fischer, Strafzumessung per Umfrage? Spiegel Online, Kolumne v. 23.1.2023, online abrufbar unter: <https://t1p.de/qtru9> (zuletzt abgerufen am 6.3.2024).

³ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (18).

⁴ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (23 ff.).

Zeiten vielfach ungeprüft anwendet“.⁵ Mit ähnlicher Stoßrichtung schreiben sie im letzten Absatz ihres Diskussionsteils, die Untersuchung habe gezeigt, „dass die Verhängung milder Strafen im Bereich der Sexualdelikte Ausdruck einer gefestigten, seit vielen Jahren bestehenden Praxis“ sei. Dabei bleibe unberücksichtigt, dass sich „gerade in diesem Bereich in den letzten Jahrzehnten ein erheblicher Wandel im gesellschaftlichen Bewusstsein vollzogen“ habe.⁶

Mit Blick auf das Design der Studie verwundert die so umrissene Forschungsfrage ebenso wie die dazu präsentierte Antwort. Denn weder wird ein greifbares Maß für den Wertewandel in der Bevölkerung angeboten, noch wird im Verlauf des Beitrags ein konkreter (empirischer) Vergleich der Strafzumessungspraxis mit den Wertevorstellungen der Bevölkerung durchgeführt.

Auch die Frage, inwieweit sich die Strafzumessungspraxis im Bereich des Sexualstrafrechts über die Jahre verändert hat, wird in der Studie nur am Rande untersucht. Diese Frage werfen die Autoren zwar nicht explizit auf. Sie suggerieren jedoch an mehreren Stellen, sie untersucht zu haben: So stellen sie in der Einführung fest, ihre Untersuchung zeige, „dass die Strafzumessung *traditionelle Maßstäbe aus vergangenen Zeiten* vielfach ungeprüft *weiter anwender*“.⁷ Zudem behaupten sie im Diskussions-Teil sowohl, dass die vorgenommenen empirischen Untersuchungen zu der Erkenntnis führe, dass die „*überkommene Praxis* in dem jeweiligen Gerichtsbezirk [...] ein wesentlicher Faktor für die Bemessung der Strafe“⁸ sei und dass die „*Verhängung milder Strafen [...] Ausdruck einer gefestigten, seit vielen Jahren bestehenden Praxis*“⁹ sei. Die empirischen Grundlagen für diese Aussagen werden aus der Studie jedoch nicht unmittelbar ersichtlich:

Im Studiendesign spiegelt sich das Interesse an der Entwicklung der Strafzumessung über die Zeit zwar insofern wider, als bei den Urteilsanalysen explizit auch Verurteilungen nach alter Rechtslage einbezogen werden, um diese mit Verurteilungen nach neuer Rechtslage vergleichen zu können.¹⁰ Bei der Auswertung zu „regionalen Unterschieden“ der Strafzumessung wird in Abb. 3 auch zwischen Verurteilungen nach alter und neuer Rechtslage unterschieden. Die Autoren widmen den in Abb. 3 dargestellten Unterschieden jedoch nur wenig Aufmerksamkeit und stellen fest: „Verurteilungen wegen Vergewaltigung mit Gewaltanwendung wiesen in Bayern und Sachsen im Durchschnitt wesentlich höhere Strafen auf als in Nordrhein-Westfalen und Hamburg. Dies gilt für Verurteilungen nach alter und neuer Rechtslage gleichermaßen“.¹¹ Diese Interpretation übergeht, dass Abb. 3 für Verurteilungen nach neuer Rechtslage eine durchschnittliche

Strafhöhe von 34 Monaten in Bayern und 39 Monaten in Hamburg anzeigt, für Hamburg also höhere Werte ausgewiesen werden als für Bayern. Die durchschnittlichen Höhen der in der Stichprobe verhängten Strafen nach neuem Recht liegen in diesen beiden Bundesländern mit fünf Monaten außerdem vergleichsweise nah beieinander (näher jedenfalls als die verhängten Strafen nach neuem Recht in Sachsen und Bayern, die elf Monate auseinander liegen). Nur bei Verurteilungen nach alter Rechtslage liegen Hamburg und Bayern 24,6 Monate auseinander.¹² Wollte man aus diesen Daten Erkenntnisse für das Bestehen (oder nicht-Bestehen) eines Wandels der Strafzumessungspraxis ableiten (gemessen an der Verhängung höherer Strafen für Vergewaltigung mit Gewaltanwendung)¹³, hätte man zudem darauf eingehen können, dass bzw. warum die in Abb. 3 abgebildeten Daten in drei von vier Bundesländern eine niedrigere durchschnittliche Strafhöhe der ausgewerteten Fälle bei Verurteilungen nach neuer Rechtslage anzeigen als bei Verurteilungen nach alter Rechtslage, wobei Hamburg die Ausnahme darstellt. In Bayern liegen die im Sample gemessenen Strafhöhen nach neuer Rechtslage gar 18,1 Monate unter denen nach alter Rechtslage. Dies wird im Beitrag jedoch nicht angesprochen.

In den beiden anderen Teil-Untersuchungen wird von vornherein kein Vergleich zwischen Urteilen nach alter und neuer Rechtslage vorgenommen: Die Untersuchung zu den „Strafhöhen“ beschränkt sich auf Urteile nach neuer Rechtslage. Bei der Untersuchung zu strafzumessungsrelevanten Faktoren wird nicht zwischen alter und neuer Rechtslage differenziert. Auch der Strafverfolgungsstatistik werden keine Erkenntnisse zu Bestehen oder Fehlen eines Wandels der Strafzumessungspraxis entnommen, da die Autoren die Strafverfolgungsstatistik nicht über die Zeit hinweg auswerten. Die Gruppendisussion schließlich bringen Erkenntnisse dazu, dass die Teilnehmer der Gespräche Schwierigkeiten mit der Interpretation der neuen Gesetzeslage hatten und dass regionale Gewohnheiten bei der Strafzumessung zum Wohnungseinbruchsdiebstahl existieren. Die präsentierten Erkenntnisse bieten aber weder einen Aufschluss darüber, ob sich die Praxis der Strafzumessung über die Zeit gewandelt hat, noch darüber, wie lange bestimmte regionale Gewohnheiten speziell bei Sexualdelikten schon praktiziert werden.

III. Problemfeld 2: Teilweise fehlende Begründung der Wahl der konkreten Forschungsmethode

Im empirischen Teil ihres Beitrags werten die Autoren zunächst die Strafverfolgungsstatistik aus, nehmen sodann eine quantitative Analyse einer Stichprobe von 86 Urteilen vor und präsentieren abschließend Ausschnitte aus

⁵ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (17).

⁶ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (25).

⁷ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (17), Hervorhebung durch d. Verf.

⁸ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (23), Hervorhebung durch d. Verf.

⁹ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (25), Hervorhebung durch d. Verf.

¹⁰ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (19 oben).

¹¹ Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (19).

¹² Der Grund für diese Unterschiede liegt vermutlich nicht in einer drastisch geänderten Strafzumessungspraxis in Bayern oder Hamburg, sondern wohl daran, dass das für Abb. 3 verwendete Subsample möglicherweise klein und nicht repräsentativ ist, s. dazu unten IV. und VI.

¹³ Solche Schlussfolgerungen sollten allerdings angesichts der geringen Stichprobengröße, der nicht gewährleisteten Repräsentativität des Samples und ohne Überprüfung der Signifikanz nur mit Vorsicht gezogen werden, s. unten VI.

drei Gruppengesprächen mit Richtern und Staatsanwälten. Im Rahmen ihrer quantitativen Urteilsauswertung erschließt sich jedoch nicht stets, welches konkrete Erkenntnisinteresse mit der jeweiligen Teilstudie verfolgt wird und weshalb die Methode der jeweiligen Teilstudie besonders geeignet sein soll, einen Beitrag zur Befriedigung dieses konkreten Erkenntnisinteresses zu leisten:

Unklar bleibt, welchen Mehrwert die Autoren aus ihrer Auswertung der verhängten Strafhöhen in der kleinen, nicht repräsentativen Stichprobe an Urteilen gegenüber der Auswertung der Grundgesamtheit, also der verhängten Strafhöhen aller Urteile in Deutschland, ziehen. Üblicherweise wird mit Stichproben gearbeitet, wenn die Auswertung der Grundgesamtheit zu schwierig, zu aufwendig oder zu teuer ist.¹⁴ Gegenüber einer Auswertung der in der Strafverfolgungsstatistik enthaltenen Daten der Grundgesamtheit bietet die Auswertung des Samples in Abb. 2 lediglich insofern ein Mehr an Detailtiefe, als die Autoren die in der Strafverfolgungsstatistik angegebenen Zeiträume „1-2 Jahre“ und „2-3 Jahre“ in ihrer Abbildung auf jeweils zwei Subkategorien aufteilen sowie Mittelwert und Median der verhängten Freiheitsstrafen ausweisen.¹⁵ Allerdings machen die Autoren diese Werte für ihre weitere Diskussion nicht fruchtbar.

Bei der Auswertung der Urteile nach strafzumessungsrelevanten Merkmalen schließlich stellt sich die Frage, weshalb hier ein quantitativer und kein qualitativer Ansatz gewählt worden ist. Mit qualitativen Analyse-Methoden wie einer qualitativen Inhaltsanalyse¹⁶ hätten z.B. Begründungsmuster, Argumentationsstruktur, die Beziehung der einzelnen Strafzumessungsfaktoren untereinander und deren Relevanz greifbar und in Detailtiefe herausgearbeitet werden können. Der von den Autoren gewählte quantitative Ansatz ist nicht in der Lage, vergleichbar detaillierte Erkenntnisse zu liefern.¹⁷ Der Vorteil eines quantitativen Ansatzes gegenüber einem qualitativen Ansatz hingegen ist, dass die Ergebnisse unter bestimmten Bedingungen generalisierbar sind, also auf die Grundgesamtheit übertragen werden können. Aus den präsentierten Informationen geht aber nicht hervor, dass die Voraussetzungen vorliegen, um die Ergebnisse der quantitativen Analyse zu generalisieren (näher dazu unten VI.). Die potenziellen Vorteile des quantitativen Ansatzes gegenüber qualitativen Methoden werden so nicht fruchtbar gemacht.

IV. Problemfeld 3: Die Darstellung der verwendeten Daten

Ehlen/Hoven/Weigend fassen die Informationen über die in ihrem Datensatz enthaltenen Urteile in einer guten Spalte Text zusammen.¹⁸ Über den Datensatz erfährt man, dass 86 Urteile mit 97 Taten ausgewertet wurden, davon

49 nach alter und 48 nach neuer Rechtslage abgeurteilt. Eine detaillierte Aufschlüsselung, wie genau sich die Urteile auf die einzelnen Jahre, Bundesländer und Delikte verteilen, fehlt dagegen. So kann der Leser nicht nachvollziehen, auf welcher Datenbasis die im Beitrag erfolgte Analyse der Strafzumessung nach Bundesländern¹⁹ beruht und kann die Aussagekraft der gewonnenen Ergebnisse nicht vollständig beurteilen:

Die Auswertung der regionalen Unterschiede in der Strafhöhe bezieht sich nur auf Verurteilungen wegen „Vergewaltigung mit Gewaltanwendung“. Es ist daher nur ein Teil der 97 insgesamt ausgewerteten Taten, die auch andere Deliktsvariationen umfassen, in dieser Unterstichprobe enthalten. Wie viele dies genau sind, weist der Beitrag jedoch nicht aus. Geht man davon aus, dass die Stichproben „Aburteilung nach alter Rechtslage“ (49 Taten) und „Aburteilung nach neuer Rechtslage“ (48 Taten) zu je einem Viertel Fälle zu „Vergewaltigung mit Gewaltanwendung“ enthalten²⁰, ergibt das 12,5 bzw. 12 Fälle von Vergewaltigung mit Gewaltanwendung pro Unterstichprobe. Bei angenommener gleichmäßiger Verteilung auf die Bundesländer bleiben ca. 3 Fälle pro Bundesland nach alter Rechtslage und 3 Fälle nach neuer Rechtslage, die in den Vergleich eingestellt werden konnten.

V. Problemfeld 4: Wahl, Anwendung und Erläuterung der statistischen Methoden sowie die Interpretation der ermittelten Werte bei der Auswertung der Strafzumessungsumstände

Auch die Auswertung der Urteile nach Strafzumessungsumständen wirft Fragen auf, und zwar bezüglich der Wahl, der Anwendung und der Erläuterung der statistischen Methoden sowie der Interpretation der präsentierten Werte. So scheinen in einem Fall, in dem die Autoren den Spearman-Korrelationskoeffizienten berechnet haben, die Voraussetzungen für die Berechnung dieses Koeffizienten nicht vorzuliegen (1.). Die angegebene Definition für „Eta-Quadrat“, die Hinweise zur Interpretation der präsentierten Werte und die Interpretation der Werte selbst sind falsch bzw. ungenau (2.). Zuletzt erschwert die knappe Auseinandersetzung mit den präsentierten Ergebnissen dem mit Statistik nicht vertrauten Leser, die angegebenen Werte einzuordnen (3.).

1. Wahl und Anwendung der statistischen Methoden (Spearman)

Die Entscheidung, welchen statistischen Test man verwendet, hängt u.a. entscheidend von der Art der Variablen ab.²¹ Man kann grundsätzlich zwischen nominalskalierten, ordinalskalierten und intervallskalierten Variablen

¹⁴ Weisburd/Britt, *Statistics in Criminal Justice*, 4. Aufl. (2014), S. 127.

¹⁵ Ehlen/Hoven/Weigend, *KriPoZ* 2024, 16 (19).

¹⁶ S. dazu sowie zu weiteren qualitativen Auswertungsmethoden Bortz/Döring, *Forschungsmethoden und Evaluation*, 4. Aufl. (2006), S. 331 ff.

¹⁷ Zur beschränkten Aussagekraft der berechneten Zusammenhangswerte s. auch V.3.

¹⁸ Ehlen/Hoven/Weigend, *KriPoZ* 2024, 16 (18 f.).

¹⁹ Ehlen/Hoven/Weigend, *KriPoZ* 2024, 16 (19).

²⁰ Dies ist mangels konkreter Angaben im Sachverhalt ein reiner Schätzwert. Da vier unterschiedliche Arten von Delikten (sexuelle Übergriffe mit und ohne Gewaltanwendung und Vergewaltigung mit und ohne Gewaltanwendung) aufgenommen wurden, habe ich die Zahl der Urteile durch vier geteilt.

²¹ Gau, *Statistics for Criminology and Criminal Justice*, 3. Aufl. (2019), S. 204.

unterscheiden: Nominalskalierte Variablen können entweder dichotom sein (dies ist der Fall, wenn die Variable nur zwei Ausprägungen hat, z.B. Vorstrafen vorhanden [1] oder nicht vorhanden [2]) oder mehrere Ausprägungen umfassen (z.B. in der Variable „Bundesland“ die Bundesländer Bayern [1], Hamburg [2], NRW [3] oder Sachsen [4]). Die einzelnen Kategorien einer nominalskalierten Variable stehen untereinander in keinem Rangverhältnis. Variablen, deren Werte Zahlen sind, die zueinander in einem Rangverhältnis stehen und deren Abstand zueinander stets gleich groß ist (z.B. die Höhe der Freiheitsstrafe gemessen in Jahren: ein Jahr, zwei Jahre, drei Jahre usw.), werden als intervallskalierte oder metrische Variablen bezeichnet. Eine dritte Art von Variablen sind ordinalskalierte Variablen. Hier werden die einzelnen Werte in eine Rangfolge gebracht, die aber nicht zwingend dem tatsächlichen Abstand der gemessenen Werte entspricht. Beispiel: Die Haftstrafe in Urteil A beträgt sechs Monate, in Urteil B zehn Monate und in Urteil C 24 Monate. Die Länge der Haftstrafe ist damit zunächst eine intervallskalierte Variable. Möchte man diese intervallskalierte Variable auf einer Ordinalskala abbilden, würde man der Haftstrafe in Urteil A den Wert 1, in Urteil B den Wert 2 und in Urteil C den Wert 3 geben. So bleibt zwar die Rangfolge der Werte gleich ($1 < 2 < 3$), über den Abstand zwischen den Werten kann aber keine Aussage mehr getroffen werden.²²

Für die Berechnung der Relevanz der einzelnen Strafzumessungsfaktoren haben sich die Autoren für den Spearman-Koeffizienten („Vorstrafen Ja/Nein“ und „Anzahl der Vorstrafen“), für den Pearson-Koeffizienten („Höhe der Vorstrafen“) sowie für „Eta-Quadrat“ (die restlichen Variablen) entschieden.²³ Die Pearson-Korrelation beschreibt die Stärke der linearen Beziehung zwischen zwei intervallskalierten Variablen. Auch die Spearman-Korrelation beschreibt die Stärke einer Beziehung zwischen zwei Variablen, die sich (ähnlich wie bei Pearson) gemeinsam in eine Richtung verändern. Spearman setzt aber – anders als Pearson – keine Intervallskalierung voraus, sondern kann auch für Variablen, die mindestens ordinalskaliert sind, aussagekräftige Ergebnisse erzielen.²⁴ Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass für die Berechnung des Zusammenhangs zwischen dem Vorhandensein von Vorstrafen und der Strafhöhe den Spearman-Koeffizienten gewählt wurde. Die Variable „Vorstrafe Ja/Nein“ ist eine dichotome nominalskalierte Variable, da sie nur zwei Antwortmöglichkeiten offenlässt: Ja oder Nein. Sie

ist keine ordinalskalierte Variable. Dies wäre allerdings eine Voraussetzung, um einen aussagekräftigen Spearman-Koeffizienten zu berechnen.²⁵

2. Ungenauigkeiten bei der Definition von „Eta-Quadrat“, den Interpretationshinweisen und der Interpretation einzelner Werte

In Fn. 22 übernehmen die Autoren die in *Janssen/Laatz*, Statistische Datenanalyse mit SPSS, 9. Aufl. (2016), S. 280 angegebene Definition von „Eta“, um „Eta-Quadrat“ zu definieren. „Eta“ ist ein Koeffizient, der das Maß des Zusammenhangs zwischen einer nominalen Variable und einer intervallskalierten Variable angibt.²⁶ Eta-Quadrat wiederum wird aus dem Quadrat von Eta berechnet und gibt den Anteil der Varianz der abhängigen Variable (Strafhöhe) an, der durch die unabhängige Variable (Strafzumessungsfaktor) erklärt wird,²⁷ wobei „Varianz“ beschreibt, wie stark die einzelnen Werte einer Gruppe (hier: die Kategorien eines Strafzumessungsfaktors) vom Mittelwert der Gruppe abweichen.²⁸ Mit anderen Worten: Eta-Quadrat zeigt an, welcher Anteil der Unterschiede der Strafhöhen in den Gruppen der nominalen Variable (z.B. Geständnis grundsätzlich [ja] und [nein]) sich durch den untersuchten Strafzumessungsfaktor erklären lässt.²⁹ Je größer Eta-Quadrat ist, desto mehr (oder besser) werden die Unterschiede in den Strafhöhen der beiden Gruppen durch den untersuchten Strafzumessungsfaktor erklärt.³⁰ Eta und Eta-Quadrat sind unterschiedliche Werte: Hat Eta beispielsweise einen Wert von 0.2 so beträgt Eta-Quadrat $0.2^2=0.04$ (dies ist der für „Geständnis grundsätzlich“ angegebene Wert in Abb. 5). Geht man also davon aus, dass die in der rechten Spalte von Abb. 5 angegebenen Werte Eta-Quadrat-Werte und keine Eta-Werte sind, kann man sagen, dass 4 % der beobachteten Varianz in den Strafhöhen der beiden Urteilsgruppen „Geständnis grundsätzlich: Ja“ und „Geständnis grundsätzlich: Nein“ durch das Ablegen eines Geständnisses erklärt werden kann. Anders als Pearson oder Spearman, die Werte zwischen -1 und +1 annehmen können und damit auch Aussagen über die Richtung des bestehenden Zusammenhangs treffen,³¹ kann Eta-Quadrat nur Werte zwischen 0 und 1 annehmen und damit keine Aussage über die Richtung des Zusammenhangs treffen.³²

Um dem Leser zu ermöglichen, diese Werte selbst einzuordnen, geben *Ehlen/Hoven/Weigend* dem Leser in Fn. 24 Hinweise zur Interpretation der Werte. Dabei präzisieren

²² S. zu den unterschiedlichen Arten von Variablen instruktiv *Gau*, Statistics for Criminology and Criminal Justice, S. 21 ff.

²³ Alles *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (20).

²⁴ S. für einen Überblick über verschiedene Zusammenhangsmaße (darunter *Pearson* und *Spearman*) und deren Voraussetzungen hinsichtlich der Art der Variablen *Janssen/Laatz*, Statistische Datenanalyse mit SPSS, 9. Aufl. (2016), S. 268.

²⁵ *Janssen/Laatz*, Statistische Datenanalyse mit SPSS, S. 275 f.

²⁶ *Janssen/Laatz*, Statistische Datenanalyse mit SPSS, S. 280: „Eta ist ein spezieller Koeffizient für den Fall, dass die unabhängige Variable auf Nominalskalenniveau gemessen wurde, die abhängige aber mindestens auf Intervallskalenniveau. Er zeigt an, wie sehr sich die Mittelwerte für die abhängige Variable zwischen den verschiedenen Kategorien der unabhängigen unterscheiden. Unterscheiden sie sich gar nicht, wird eta 0. Unterscheiden sie sich dagegen stark und ist zudem die Varianz innerhalb der Kategorien der unabhängigen Variablen gering, tendiert er gegen 1.“

²⁷ *Bortz/Döring*, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Aufl. (2006), S. 615.

²⁸ *Weisburd/Britt*, Statistics in Criminal Justice, S. 104 ff. Liegen beispielsweise in einer fiktiven Gruppe A alle in den Urteilen gemessenen Strafhöhen eng beieinander (alle verhängten Strafen liegen im Bereich zwischen 20 und 24 Monaten) ist die Varianz geringer als in einer fiktiven Gruppe B, in der die gemessenen Strafhöhen deutlich unterschiedlicher ausfallen (die verhängten Strafen liegen zwischen 6 und 40 Monaten).

²⁹ *Janssen/Laatz*, Statistische Datenanalyse mit SPSS, S. 280.

³⁰ *Weisburd/Britt*, Statistics in Criminal Justice, S. 329.

³¹ So auch erläutert von *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 in Fn. 22.

³² *Weisburd/Britt*, Statistics in Criminal Justice, S. 329.

sie jedoch nicht, dass die von ihnen angegebene Klassifikation der Effektgrößen bei *Bortz/Döring*, auf die sie in Fn. 24 explizit Bezug nehmen, nur für Eta-Quadrat, nicht aber für Pearson oder Spearman gilt. Für Pearson und Spearman geben *Bortz/Döring* folgende Klassifikation der Effektgrößen an: Klein: 0.10 – Mittel: 0.30 – Groß: 0.50.³³ Während eine mittlere Effektgröße bei Eta-Quadrat also bereits bei einem Wert von 0.1 gegeben ist, liegt ein mittelgroßer Zusammenhang bei Pearson oder Spearman erst bei 0.3 vor. Die so formulierten Interpretationshinweise bergen die Gefahr, dass mit Statistik nicht vertraute Leser die ermittelten Zusammenhänge nach Pearson oder Spearman einerseits überschätzen und andererseits verwundert sein dürften ob der (nach *Bortz/Döring* zutreffenden) Beschreibung der Autoren auf S. 20, der ermittelte Wert von 0.316 (Pearson) für „Höhe der Vorstrafen“ zeige einen „mittelgroßen Zusammenhang“. Wenig konsequent erscheint zudem, dass der ermittelte Wert von nur 0.231 (Spearman) für „Anzahl der Vorstrafen“ entgegen der bei *Bortz/Döring* angegebenen Klassifikation ebenfalls als mittelgroßer Zusammenhang eingeordnet wird.³⁴

3. Die gezogenen Schlussfolgerungen

Ehlen/Hoven/Weigend schließen aus den von ihnen präsentierten Zusammenhangsgrößen, ihre Ergebnisse zeigten, „dass die ausdrückliche Nennung eines Strafzumessungsumstandes keineswegs zwingend bedeutet, dass er auch tatsächlich Einfluss auf die Strafhöhe hat.“³⁵ Ähnlich formulieren sie in einer ihrer zusammenfassenden sechs Erkenntnisse auf S. 22 f.: „Als strafzumessungsrelevante Faktoren werden insbesondere die psychischen Folgen beim Opfer und das Geständnis des Täters genannt. Ihr tatsächlicher Einfluss auf die Strafhöhe lässt sich allerdings nicht belegen.“³⁶ Allerdings haben die Autoren in Abb. 5 für viele Strafzumessungsumstände Werte ausgewiesen, die nach der Klassifikation, auf die sie sich beziehen, immerhin als kleine oder mittlere Effekte einzuordnen wären. Dies gilt auch für die explizit erwähnten Gründe „Geständnis grundsätzlich“ (0.04) und „Psychische Folgen der Tat für Opfer“ (0.015). Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob diese knappen Aussagen die gefundenen Ergebnisse hinreichend differenziert zusammenfassen und die angegebenen Interpretationshinweise

konsequent umsetzen.³⁷

Unabhängig davon sollten die berechneten Effektstärken nur zurückhaltend für Schlussfolgerungen über die tatsächliche Auswirkung von einzelnen Strafzumessungsgründen auf die Strafhöhe herangezogen werden. Denn die angegebenen Werte können mögliche Ausgleichs- und Verstärkungseffekte bei einem Zusammentreffen mehrerer Strafzumessungsgründe in einem Urteil nicht offenlegen. Nimmt man beispielsweise an, dass bei Ablegen eines Geständnisses die Strafhöhe tendenziell geringer ausfällt, das Vorliegen von psychischen Schäden beim Opfer hingegen zu einer höheren Strafe führt, liegt es nahe, dass sich straf erhöhender und strafmildernder Effekt in einem Urteil, in dem beide Strafzumessungsgründe genannt werden, zu einem gewissen Grad ausgleichen. Je nachdem, wie sich derartige Ausgleichseffekte in der untersuchten Stichprobe verteilen, kann dies Einfluss auf die berechneten Effektgrößen für einzelne Strafzumessungsfaktoren haben. Hat beispielsweise in den neun ausgewerteten Fällen, in denen das Gericht als (strafschärfenden) Strafzumessungsumstand die demütigende, erniedrigende oder ekelhafte Behandlung des Opfers festgehalten hat, der Täter deutlich häufiger ein Geständnis abgelegt als in den Fällen, in denen eine solche Behandlung nicht in den Urteilsgründen dokumentiert wurde, könnte die im Sample gemessene Effektstärke für den Strafzumessungsfaktor der demütigenden Behandlung niedriger ausfallen, weil der strafschärfende Effekt überproportional oft durch den gegenläufigen strafmildernden Effekt eines Geständnisses ausgeglichen wurde.³⁸

VI. Problemfeld 5: Zur Aussagekraft und Interpretation der gewonnenen Ergebnisse

Ehlen/Hoven/Weigend behaupten in ihrem Beitrag nicht explizit, dass ihre Ergebnisse der quantitativen Urteilsauswertung auf die Strafzumessung in Deutschland übertragen werden können. Die Autoren stellen in ihrem Beitrag jedoch auch nicht klar, dass die von ihnen präsentierten Daten nicht ausreichen, um die Ergebnisse der (quantitativen) Urteilsanalyse verallgemeinern zu können. Das ist insofern unglücklich, als dass sich an zwei Stellen der Stu-

³³ *Bortz/Döring*, Forschungsmethoden und Evaluation, S. 606, Tab. 9.1, „2. Korrelationstest, ρ “.

³⁴ *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (20).

³⁵ *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (20).

³⁶ *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (23).

³⁷ Ähnlich missverständlich erscheinen vor diesem Hintergrund einige Ausführungen *Hovens* im Interview mit Spiegel-Online (Fn. 1). Dort erklärt sie: „(...) in einer statistischen Analyse konnten wir zumindest bei den von uns untersuchten Urteilen nicht feststellen, dass sich die Folgen für die Opfer tatsächlich auf das Strafmaß ausgewirkt haben. Schweres Leid durch sexuelle Gewalt führt nicht zwingend zu härteren Strafen.“ Auf die Nachfrage „Was wirkt sich denn auf die Strafe aus?“ erläutert sie: „(...) Es wirkt strafmildernd, wenn der Täter nicht vorbestraft war oder wenn er bei der Tat alkoholbedingt enthemmt war“. Für die Variable „alkoholbedingt enthemmt“ wird bei *Ehlen/Hoven/Weigend* ein Eta-Quadrat-Wert ausgewiesen, der kleiner ist als der für „psychische Folgen beim Opfer“, nämlich 0.006. Für die Aussage, es wirke strafmildernd, wenn der Täter nicht vorbestraft ist, bietet die hier thematisierte Studie keine Datengrundlage, da die Voraussetzungen für den durchgeführten Spearman-Test nicht vorliegen, der in der Studie angeführte Wert also nicht aussagekräftig ist (s. oben V.1.).

³⁸ Dieses Beispiel soll lediglich illustrieren, wie sich das Zusammenwirken unterschiedlicher Strafzumessungsgründe auf die gemessenen Effekte auswirken kann – in welchem Maße das Zusammentreffen von Strafzumessungsgründen zu solchen oder ähnlichen Effekten führt, kann mangels näherer Kenntnis des Datensatzes nicht beurteilt werden.

die Formulierungen finden, die beim Leser Missverständnisse hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser Ergebnisse auslösen könnten.

Eine wichtige Information, um die Übertragbarkeit von Daten aus Stichproben auf die Grundgesamtheit beurteilen zu können, ist die statistische Signifikanz. Statistische Signifikanzwerte zeigen – vereinfacht gesagt – an, wie wahrscheinlich es ist, dass ein im Datensatz gefundener Effekt (z.B. eine Effektgröße) nicht nur das Ergebnis von Berechnungen mit dem Datensatz der Stichprobe ist, sondern der Effekt (also die gleiche Effektgröße) auch bei Berechnungen mit der Grundgesamtheit errechnet werden würde.³⁹ Anders gewendet: Ohne Signifikanzwert bedeuten die errechneten Werte zur Effektstärke nur, dass innerhalb der untersuchten Stichprobe von 86 Urteilen der Zusammenhang zwischen einem Strafzumessungsfaktor und der Strafhöhe eine bestimmte Größe hat. Der Leser kann aber nicht beurteilen, ob bzw. mit welcher Wahrscheinlichkeit dieser Zusammenhang auch in der Grundgesamtheit nachweisbar wäre, also in einem Datensatz, der alle Urteile zu sexuellen Übergriffen und Vergewaltigungen in Deutschland enthielte. Gleiches gilt für die ermittelten Unterschiede in der Strafhöhe zwischen den Bundesländern: Ohne eine Berechnung der Signifikanz sind keine Rückschlüsse darauf möglich, ob diese Unterschiede so auch außerhalb der Stichprobe existieren.⁴⁰

Zusätzlich zur Signifikanz ist auch die Art der Stichprobengewinnung wichtig, um die Generalisierbarkeit von Ergebnissen beurteilen zu können. So wird in einschlägigen Statistik-Lehrbüchern stets betont, dass eine Generalisierung von statistischen Werten nur bei Zufallsstichproben zuverlässig möglich ist.⁴¹ Ehlen/Hoven/Weigend haben ihre Stichprobe ermittelt, indem sie zunächst eine „qualitative Urteilsanalyse“ vorgenommen und sodann auf Grundlage des Prinzips der maximalen strukturellen Variation „mehrere Fallauswertungen“ durchgeführt haben, wobei sie auf besonders große regionale Varianz der Gerichte geachtet haben.⁴² Bei der beschriebenen Methode handelt es sich um eine nicht-zufällige Stichprobengewinnung. Mit dieser Methode soll abgesichert werden, dass bei einer *qualitativen* Auswertung Strukturen und Zusammenhänge möglichst umfassend erfasst werden können um neue Erkenntnisse zu gewinnen.⁴³

Die Autoren schreiben zwar knapp, Ziel des gewählten Sampling-Verfahrens sei es gewesen, „den notwendigen

Grad der Generalisierung rekonstruktiver Analyseergebnisse zu erreichen“, zudem sollte „die relative Verallgemeinerbarkeit der Analyse gewährleistet werden.“⁴⁴ Sie ordnen jedoch nicht näher ein, welche Ergebnisse der nachfolgenden *quantitativen* Erhebung sie zu den rekonstruktiven Analyseergebnissen zählen, die generalisierbar seien, welche Anforderungen sie im Kontext einer quantitativen Analyse an den („notwendigen“) Grad der Generalisierung stellen und worauf sich eine nur relative Verallgemeinerbarkeit im Kontext der erfolgten quantitativen Auswertung bezieht. Auch wird nicht deutlich, woher die Urteile konkret stammen, also ob sie beispielsweise durch eine Suche in öffentlich verfügbaren Datenbanken oder durch Anfragen an Gerichte oder Verteidiger gewonnen wurden und welche möglichen Verzerrungen mit der jeweiligen Art der Stichprobengewinnung einhergehen könnten. So bleibt unklar, was die Art der Stichprobengewinnung für die Relevanz der gefundenen Ergebnisse konkret bedeutet. Denn einerseits scheint es nicht das Ziel der Studie zu sein, die Übertragbarkeit der Ergebnisse der quantitativen Auswertung der Urteile auf die Strafzumessung in Deutschland abzusichern, da dafür jedenfalls Signifikanzwerte nötig gewesen wären. Andererseits scheinen die Autoren mit ihrer Art der Stichprobengewinnung ein gewisses, wenn auch nicht konkretisiertes „Mehr“ an Übertragbarkeit gegenüber anderen Arten der Stichprobengewinnung gewährleisten zu wollen.

Da sie in der Diskussion aber nicht mehr einordnen, welche Bedeutung sie ihren Ergebnissen über die von ihnen untersuchte Stichprobe hinaus zumessen,⁴⁵ bergen die zitierten Formulierungen die Gefahr, einen mit Statistik wenig vertrauten Leser zu dem Schluss zu verleiten, die im Anschluss präsentierten Ergebnisse seien generalisierbar bzw. verallgemeinerbar. Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn die Autoren im Methoden-Teil zu den Gruppengesprächen explizit herausstreichen, dass *diese* (qualitative) Art der Forschung „nach ihrem Design nicht in der Lage“ sei, „quantitativ-repräsentative Ergebnisse zu liefern“. Zum einen wird so die Schwäche der gewählten qualitativen Methode explizit in Kontrast mit den Vorzügen der „Repräsentativität“ quantitativer Ansätze gesetzt, zum anderen wird durch den Bindestrich eine enge Verbindung von quantitativen Methoden mit „repräsentativen“ Ergebnissen hergestellt, obwohl eine solche Verbindung keinesfalls zwingend ist. Dies geschieht unmittelbar nach der Präsentation von quantitativen Ergebnissen, die nicht gesichert übertragbar sind, was mE folgende Gefahr birgt:

³⁹ Ausführlich Weisburd/Britt, *Statistics in Criminal Justice*, S. 135 ff.

⁴⁰ Die Schwelle, ab der herkömmlich von einem „signifikanten Ergebnis“ ausgegangen wird, liegt bei $p < 0.05$, wobei bei entsprechender Begründung davon abgewichen werden kann. Weisburd/Britt, *Statistics in Criminal Justice*, S. 136 ff.; Fields, *Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics*, 5. Aufl. (2018), S. 102, 111 f. Die Autoren setzen sich jedoch nicht mit der Bedeutung von Signifikanz oder bestimmten Schwellenwerten für Signifikanz auseinander, indem sie bspw. begründen, weshalb im konkreten Fall die Effektstärke (möglicherweise) trotz eines Wertes von $p > 0.05$ eine interessante Erkenntnis liefert. In jedem Fall hätten aber auch in diesem Fall Signifikanzwerte ausgewiesen werden müssen.

⁴¹ Paternoster/Bachman, *Essentials of Statistics for Criminology and Criminal Justice*, 2018, S. 9; Czaja/Blair, *Designing surveys. A guide to decisions and procedures*, 2011, S. 124 ff.; Ausführlich Bortz/Döring, *Forschungsmethoden und Evaluation*, S. 335 f. (zur Problematik von Generalisierungen auf Basis nicht-zufallsgeleiteter, qualitativer Stichprobengewinnung generell) und S. 398 (zur Zufallsstichprobe).

⁴² Ehlen/Hoven/Weigend, *KriPoZ* 2024, 16 (18).

⁴³ Kleining, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1982, 224 (234 ff.).

⁴⁴ Ehlen/Hoven/Weigend, *KriPoZ* 2024, 16 (18).

⁴⁵ S. Bortz/Döring, *Forschungsmethoden und Evaluation*, S. 480 für ausführlichere Hinweise zu den Punkten, die bei der Arbeit mit einer nicht-probabilistischen Stichprobe explizit angesprochen werden sollten – darunter die Frage, inwieweit die „Generalisierung der Ergebnisse durch Besonderheiten des Auswahlverfahrens eingeschränkt ist“ – und den Vorteilen einer solchen Diskussion.

Der statistisch oftmals nicht geschulte Strafrechtler verbindet gedanklich die zuvor präsentierten quantitativen Ergebnisse fälschlicherweise mit dem Prädikat der „Repräsentativität“ und überschätzt sodann die Aussagekraft der quantitativ gewonnenen Ergebnisse oder hält sie möglicherweise gar für generalisierbar. Die im Beitrag präsentierten Informationen bieten aber keine belastbare Grundlage für eine Generalisierung.

VII. Zusammenfassung

Damit lassen sich die wesentlichen Kritikpunkte an der hier untersuchten Studie wie folgt zusammenfassen:⁴⁶

1. Die in der Einführung formulierte, studienübergreifende Forschungsfrage, ob die Rechtspraxis der Strafzumessung bei Verletzungen von § 177 StGB den gewandelten Vorstellungen der Bevölkerung von der Schwere eines Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung gerecht wird, wird in der Studie nicht beantwortet. Gleichzeitig soll die Studie zeigen, dass die derzeitige Strafzumessungspraxis „traditionelle Maßstäbe aus vergangenen Zeiten vielfach ungeprüft anwende“. Inwiefern sich aus den präsentierten Ergebnissen der empirischen Untersuchungen eine solche Schlussfolgerung ableiten lässt, erschließt sich nicht. Gleiches gilt für die wenig differenzierte Interpretation der in Abb. 3 abgebildeten regionalen Verteilung der Strafhöhen.

2. Bei der quantitativen Auswertung der in der Studie untersuchten Urteile nach „Strafhöhen“ ist unklar, welchen Erkenntnisgewinn die Auswertung des Samples gegenüber der Auswertung der Strafverfolgungsstatistik brin-

gen soll. Bei der quantitativen Auswertung der Urteile nach Strafzumessungsgründen bleibt die Frage offen, weshalb die Autoren einen quantitativen anstatt eines qualitativen Ansatzes gewählt haben, da die Vorteile des quantitativen Ansatzes (Generalisierbarkeit der Ergebnisse) ungenutzt bleiben.

3. Die knappe Darstellung der verwendeten Daten erschwert es, die Aussagekraft der Ergebnisse zur regionalen Verteilung von Strafhöhen zu beurteilen, da dort nur ein Teil des beschriebenen Datensatzes an Urteilen analysiert wird, aber Angaben dazu fehlen, wie viele Fälle dieser Sub-Datensatz enthält und wie sich diese regional verteilen.

4. Bei der statistischen Auswertung der Strafzumessungsfaktoren liegt in einem Fall die Vermutung nahe, dass die Voraussetzungen für den durchgeführten statistischen Test nicht vorlagen, der errechnete Wert also nicht sinnvoll interpretierbar ist. Den Autoren unterläuft ein Fehler bei der Definition für „Eta-Quadrat“. Die Interpretationshinweise in Fn. 24 sind missverständlich formuliert, die Interpretation der Werte selbst nicht konsequent. Mit Statistik wenig vertraute Leser hätten zudem von einer differenzierteren Einordnung der präsentierten Daten profitiert.

5. Die Limitationen des für die Urteilsauswertung gewählten Forschungsdesigns werden nicht in der gebotenen Klarheit analysiert und herausgestellt. Dies birgt die Gefahr, bei der Leserschaft Missverständnisse bezüglich der Aussagekraft und Übertragbarkeit der gewonnenen Ergebnisse hervorzurufen.

⁴⁶ S. zu weiteren Kritikpunkten auch *Kölbel/Linder*, StV 2024, 322 (i.E.).

Empirische Untersuchungen als Anstoß zu einer Reform des Strafzumessungsrechts. Eine Antwort auf Jessica Krüger

von Philipp Ehlen, Prof. Dr. Elisa Hoven,
Anja Rubitzsch und Prof. Dr. Thomas Weigend*

I. Zum Anliegen unseres Beitrags

Das deutsche Strafrecht macht den Gerichten für die Strafzumessung bekanntlich nur wenige Vorgaben. Die Strafrahmen sind weit und die in § 46 StGB genannten Faktoren vage. Bestehen für richterliche Entscheidungen erhebliche Spielräume, so bedarf es eines kritischen Blicks auch durch die Wissenschaft.

Das von den Verfassern *Hoven* und *Weigend* geleitete Forschungsprojekt „Gerechte Strafzumessung“ hat das Ziel verfolgt, Recht und Praxis der Strafzumessung in Deutschland zu analysieren, bestehende Probleme aufzuzeigen und konstruktive Lösungswege zu entwickeln. Durch eine deliktsspezifische Analyse der gerichtlichen Strafzumessungspraxis sollte das empirische Fundament für mögliche Reformbestrebungen im Bereich der Strafzumessung gelegt werden.¹

Die in unserem Aufsatz (KriPoZ 2024, 16) vorgestellten Daten haben gezeigt, dass die Strafen im Bereich der Sexualdelikte milde ausfallen. Sanktionen werden ganz überwiegend dem unteren Drittel des Strafrahmens entnommen, und Freiheitsstrafen werden häufig zur Bewährung ausgesetzt. Unser Anliegen war und ist es, diesen Befund zu erklären und kritisch zu reflektieren, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Gerechtigkeitsvorstellungen von Laien und Richtern gerade im Bereich der Sexualdelikte deutlich voneinander abweichen.²

Als wir den Beitrag zur strafrechtlichen Sanktionierung von Sexualdelikten veröffentlicht haben, wussten wir, dass wir ein Wagnis eingehen. Sanktionen und Strafzumessung werden in der Strafrechtswissenschaft wenig diskutiert – und wenn, dann in aller Regel verbunden mit der Forderung nach einer Absenkung von Strafrahmen oder einer Abkehr von retributiven Ansätzen. Diesen Weg teilen grundsätzlich auch die Verfasser dieses Beitrags.

Hoven und *Weigend* haben sich beispielsweise für die Absenkung der Mindeststrafe beim Besitz von Kinderpornographie und für die Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe ausgesprochen.³

Aber: Das Ziel der Strafzumessung ist die Festlegung einer Sanktion, mit der die Schuld des Täters angemessen geahndet wird. Das Prinzip der Angemessenheit wirkt dabei in beide Richtungen: Eine Strafe darf nicht unverhältnismäßig hoch sein, sonst greift sie unzulässig in die Freiheitsrechte des Betroffenen ein. Sie darf jedoch auch nicht unverhältnismäßig niedrig sein, sonst erreicht sie ihren Zweck – einen gerechten Schuldausgleich herzustellen – nicht und wird den Bedürfnissen von Opfern und Gesellschaft nach angemessener Bestrafung nicht gerecht.

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, das lange Zeit nicht einmal als eigenes Rechtsgut anerkannt wurde,⁴ hat in den letzten Jahren erhebliche gesellschaftliche Aufmerksamkeit erfahren. Und das nicht ohne Grund: Lange Zeit wurden sexuelle Übergriffe bagatellisiert,⁵ und erst seit Bewegungen wie #MeToo diskutieren wir intensiv über Ausmaß und Folgen sexualisierter Gewalt. Ein modernes Strafrecht muss diesen neuen Erkenntnissen und gesellschaftlichen Realitäten gerecht werden. Das betrifft auch die Strafjustiz. Die Strafhöhe bringt zum Ausdruck, welchen Unwertgehalt wir einer Tat zuschreiben; sie muss daher den langfristigen Folgen eines Sexualdelikts für das Opfer wie auch der Verletzung seiner sexuellen Selbstbestimmung als Kern seiner Autonomie und persönlichen Identität Rechnung tragen. Mit unserem Text wollten wir die Diskussion darüber eröffnen, ob dies bereits in hinreichender Weise geschieht.

Forderungen nach „mehr Strafe“ sind in der deutschen Strafrechtswissenschaft und insbesondere in der Kriminologie nicht populär. Gleichwohl überrascht die Emotionalität, mit der teilweise auf das Anliegen, Strafzumessung

* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Universität Leipzig. Philipp Ehlen ist Rechtsanwalt und ehemaliger Wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. Anja Rubitzsch, M.A. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hoven; sie war als Soziologin an dem Forschungsprojekt zur Strafzumessung beteiligt und hat sich insbesondere mit den methodischen Fragen beschäftigt. Prof. Dr. Thomas Weigend ist Universitätsprofessor i.R. an der Universität zu Köln.

¹ Siehe hierzu auch *Obert*, Der (Privat-)Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB, 2023. Diese Monographie ist ebenfalls aus dem Forschungsprojekt entstanden.

² Siehe hierzu den Bericht über eine Untersuchung, die im Rahmen unseres Forschungsprojekts durchgeführt wurde, bei *Hoven/Weigend*, ZStW 133 (2021), 322 ff.

³ <https://library.fes.de/pdf-files/a-p-b/19368-20220727.pdf>; https://www.kriminalpolitischerkreis.de/files/ugd/b95945_ff97784b83314e2eba5bd4e5201a1eb9.pdf (zuletzt abgerufen am 21.3.2024).

⁴ Die „Freiheit zu geschlechtlicher Selbstbestimmung“ wurde erstmals mit den Neuregelungen durch das 4. StrRG im Jahr 1973 als eigenständiges Rechtsgut anerkannt; BT-Drs. 6/1552, S. 9 f.; *Dreher*, JR 1974, 47. Die früheren Tatbestände der „Notzucht“ und der „Schändung“ schützten lediglich die „weibliche Geschlechtshre“ als Teilbereich allgemeiner Sittlichkeit: *Mütting*, Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung (§ 177 StGB), 2010, S. 53 f.; *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2011, S. 233 f.

⁵ Die Vergewaltigung in der Ehe war bis 1997 nicht als Sexualdelikt strafbar. Darüber hinaus siehe Äußerungen wie *Fischer*, ZIS 2015, 312 (313).

bei Sexualdelikten kritisch zu reflektieren, reagiert wurde. Wir erklären sie uns mit der – an sich berechtigten – Sorge davor, dass in Deutschland eine „Law-and-Order“ Politik nach dem Vorbild der USA oder Australiens Einzug halten könnte, die in allen Bereichen der Delinquenz immer mehr und immer härtere Strafen verlangt und die, motiviert durch ein falsches Sicherheitsdenken, Einzelschicksale und die Folgen einer Verurteilung zu Freiheitsstrafe aus dem Blick verliert.

Eine solche Entwicklung droht aber nicht dadurch, dass wir eine sachliche Diskussion darüber führen, was eine angemessene Sanktion für eine bestimmte Rechtsverletzung ist. Für eine wissenschaftliche Auseinandersetzung um „gerechte“ Sanktionierung ist es notwendig, sich nicht nur auf allgemeine Postulate zu stützen, sondern die Wirklichkeit der Sanktionsverhängung durch die Justiz in den Blick zu nehmen. Diesem Anliegen dient das Forschungsprojekt, aus dem wir einen Teilbereich in Heft 1/2024 der KriPoZ publiziert haben.⁶

Jessica Krüger setzt sich in ihrem vorstehend abgedruckten Beitrag nicht mit unserem Gesamtkonzept auseinander, sondern mit der Methodik einer der in unserem früheren Beitrag in KriPoZ 2024, 16 dargestellten Studie. Kritische Auseinandersetzungen zu methodischen Fragen sind wichtig und auch für die Überzeugungskraft der kriminalpolitischen Schlussfolgerungen relevant. Daher möchten wir im Folgenden auf die Einwände Krügers eingehen.

II. Zur Methodenkritik

Zunächst möchten wir ein offensichtliches Missverständnis über den Anspruch unseres Beitrags beseitigen. Krüger moniert an verschiedenen Stellen, dass Methodik und Ergebnisse der Untersuchung nicht umfassend erörtert werden (S. 123, 126 f.). Ziel unseres Aufsatzes war es jedoch nicht, eine singuläre Studie zur Strafzumessung in Fällen von § 177 StGB umfassend darzustellen, sondern wir wollten die Ergebnisse verschiedener Untersuchungen zur Strafzumessung bei Sexualstraftaten zusammenfassend präsentieren, d.h. der Analyse von Urteilen, Strafverfolgungsstatistiken und Richtergesprächen. Eine vollständige Darstellung der Methodik und sämtlicher Ergebnisse der einzelnen Studien war im Rahmen unseres Aufsatzes weder möglich noch intendiert.

Die Ergebnisse der einzelnen Untersuchungen werden in gesonderten Veröffentlichungen umfassend erörtert. So ist die Urteilsauswertung Teil eines Promotionsvorhabens; im Rahmen einer selbständigen Publikation⁷ werden weitere Erkenntnisse, etwa zu den relevanten Strafzumessungsfaktoren, den regionalen Strafmaßunterschieden, zu

Umfang und Transparenz von Strafzumessungsentscheidungen ausführlich dargelegt. Auch der von Krüger geforderte Vergleich der Strafhöhen bei Verurteilungen nach alter und neuer Rechtslage wird dort vorgenommen.

III. Einzelne Kritikpunkte

1. „Die in der Einführung formulierte, studienübergreifende Forschungsfrage, ob die Rechtspraxis der Strafzumessung bei Verletzungen von § 177 StGB den gewandelten Vorstellungen der Bevölkerung von der Schwere eines Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung gerecht wird, wird in der Studie nicht beantwortet. Gleichzeitig soll die Studie zeigen, dass die derzeitige Strafzumessungspraxis „traditionelle Maßstäbe aus vergangenen Zeiten vielfach ungeprüft anwende“. Inwiefern sich aus den präsentierten Ergebnissen der empirischen Untersuchungen eine solche Schlussfolgerung ableiten lässt, erschließt sich nicht. Gleiches gilt für die wenig differenzierte Interpretation der in Abb. 3 abgebildeten regionalen Verteilung der Strafhöhen.“ (S. 128)

Krüger meint zunächst, dass unsere Schlussfolgerung, dass die Praxis der Strafzumessung in Fällen von § 177 StGB einem gewandelten gesellschaftlichen Verständnis im Bereich dieser Delikte nicht gerecht werde, durch die Ergebnisse der empirischen Studie nicht belegt werde (S. 123).

Hierzu sind zwei Dinge zu sagen. Zum einen verkennt Krüger, dass der Beitrag hier Bezug auf eine frühere Untersuchung nimmt, die sich ausführlich mit Unterschieden bei der Strafzumessung zwischen Richtern und Laien befasst hat.⁸ Daraus wurde deutlich, dass gerade im Bereich der Sexualdelikte erhebliche Divergenzen in den Strafmaßvorstellungen von Richtern und Nicht-Juristen existieren. Zum anderen dürfte Krüger einen gesellschaftlichen Wandel in der Wahrnehmung und Bewertung sexueller Gewalt im Zeitalter von #MeToo nicht ernsthaft bestreiten wollen.⁹

Die Ergebnisse der im Beitrag präsentierten Untersuchungen zeigen, dass die Strafen bei sexuellen Übergriffen und Vergewaltigungen ganz überwiegend dem unteren Strafrahmendrittel entnommen werden. Nur täterbezogene Umstände wie die Anzahl und Höhe von Vorstrafen sowie das Einräumen des äußeren Tatvorwurfs weisen einen mittelgroßen Zusammenhang zur Strafhöhe auf.¹⁰ Zudem wurde aus der Analyse der Richtergespräche deutlich, dass regionale Gewohnheiten für die Bestimmung des Strafmaßes bedeutsam sind. Wenn sich Strafzumessung – und auch das dürfte angesichts des Forschungsstandes kaum jemand ernsthaft bestreiten wollen¹¹ – an bestehenden Traditionen in einem Gerichtsbezirk orientiert, dann

⁶ Siehe zu den Ergebnissen des Projekts: *Hoven/Weigend*, Auf dem Weg zu rationaler und konsistenter Strafzumessung (im Erscheinen).

⁷ *Ehlen*, Die Praxis der Strafzumessung bei sexuellen Übergriffen und Vergewaltigungen (Publikation in Vorbereitung).

⁸ *Hoven/Weigend*, ZStW 133 (2021), 322 ff.

⁹ Siehe hierzu *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (25), Fn. 45.

¹⁰ *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (18), Fn. 14.

¹¹ Siehe etwa *Albrecht*, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1983, S. 348 f., 352; *Pfeiffer/Savelsberg*, Regionale und altersgruppenbezogene Unterschiede der Strafzumessung, in: *Pfeiffer/Oswald*, Strafzumessung, 1989, S. 17 ff.; *Langer*, Staatsanwälte und Richter. Justitielles Entscheidungsverhalten zwischen Sachzwang und lokaler Justizkultur, 1994, S. 139 ff.; *Heinz*, Gleiches Recht – ungleiche Handhabung! Die Sanktionierungspraxis in Baden-Württemberg im Ländervergleich, 2011; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2015, S. 261.

kann sich ein gesellschaftlicher Wertewandel nur schwer abbilden. Hier handelt es sich um eine Schlussfolgerung, die sich zwar nicht unbedingt aus der Urteilsauswertung, wohl aber aus den übrigen Ergebnissen des Forschungsprojekts ziehen lässt.

2. „Bei der quantitativen Auswertung der in der Studie untersuchten Urteile nach „Strafhöhen“ ist unklar, welchen Erkenntnisgewinn die Auswertung des Samples gegenüber der Auswertung der Strafverfolgungsstatistik bringen soll. Bei der quantitativen Auswertung der Urteile nach Strafzumessungsgründen bleibt die Frage offen, weshalb die Autoren einen quantitativen anstatt eines qualitativen Ansatzes gewählt haben, da die Vorteile des quantitativen Ansatzes (Generalisierbarkeit der Ergebnisse) ungenutzt bleiben.“ (S. 128)

Zunächst ist Krüger darin zuzustimmen, dass die Daten der Strafverfolgungsstatistik den zentralen Befund bestätigen: Strafen für Taten nach § 177 StGB werden weit überwiegend dem unteren Strafraumdrittel entnommen.¹² Angesichts dieser Tatsache überrascht allerdings die Kritik an der Studie: Mit Blick auf das generelle Strafniveau bestätigt sie lediglich das, was aus der Strafverfolgungsstatistik klar hervorgeht.

Obwohl die Strafverfolgungsstatistik die Strafhöhen sämtlicher Verurteilungen innerhalb eines Jahres ausweist und damit die umfassendste Datensammlung im Bereich der tatgerichtlichen Strafzumessung darstellt, sind die Erkenntnisse, die sich aus einer Analyse der Strafverfolgungsstatistik ziehen lassen, erheblichen Limitationen unterworfen. So weist die Strafverfolgungsstatistik die Höhen der verhängten Freiheitsstrafen lediglich nach Zeitspannen aus (6-9 Monate; 2-3 Jahre etc.).¹³ Aus der Strafverfolgungsstatistik können daher keine Angaben zu den Mittelwerten oder Medianen der Strafhöhen entnommen werden; um diese Werte zu ermitteln, bedarf es einer quantitativen Analyse tatgerichtlicher Urteile. Die Ergebnisse der Urteilsanalyse weisen eine wesentlich breitere Detailtiefe auf.¹⁴ Anhand der Analyse von Durchschnittswerten und Medianen können zudem wesentlich genauere Vergleiche der Strafhöhen zwischen Verurteilungen nach alter und neuer Fassung des § 177 StGB gezogen werden.¹⁵ So hat etwa ein Vergleich zwischen den Strafhöhen bei Verurteilungen nach § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. (sexuelle Nötigung unter Gewaltanwendung) und § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB n.F. (sexueller Übergriff mit Gewaltanwendung) zu der Erkenntnis geführt, dass die Freiheitsstrafen bei Verurteilungen nach neuer Rechtslage im Sample der

Untersuchung mit einem Durchschnitt von 22,5 Monaten um fünf Monate höher lagen als bei Verurteilungen nach alter Rechtslage (Durchschnitt: 17,5 Monate).

Zudem sollten die Strafhöhen bei sexuellen Übergriffen mit Gewaltanwendung nach § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB analysiert werden. Eine separate Analyse der Strafhöhen bei dieser Begehungsvariante ist anhand der Strafverfolgungsstatistik jedoch nicht möglich, da diese lediglich die Strafhöhen bei Verurteilungen nach § 177 Abs. 5 StGB insgesamt erfasst und somit auch Fälle der Drohung (§ 177 Abs. 5 Nr. 2 StGB) und des Ausnutzens einer schutzlosen Lage des Opfers (§ 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB) einbezieht. Eine differenzierte Auswertung der Verurteilungen nach den verschiedenen Varianten von § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB wird daher erst durch eine quantitative Urteilsanalyse möglich. Insgesamt lässt die quantitative Urteilsanalyse eine wesentlich detailliertere Untersuchung der Strafhöhen im Vergleich zur Strafverfolgungsstatistik zu.

Das Anliegen der Urteilsanalyse erschöpft sich allerdings nicht in einer Betrachtung der Strafhöhen. Diesen Aspekt übersieht Krüger, da sie Aussagen über eine Studie macht, die in dem von uns in der KriPoZ publizierten Beitrag offensichtlich nur in Auszügen und nur mit Blick auf einzelne Forschungsfragen erörtert wird. Die Studie behandelt eine Vielzahl verschiedener Forschungsfragen, zu deren Beantwortung nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Methoden angewandt wurden.¹⁶ Abhängig von dem eigenen Erkenntnisinteresse müssen Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen bei der Planung ihrer empirischen Untersuchungen verschiedene Entscheidungen treffen. Dabei wird versucht, Methode und Design so zu wählen, dass die eigenen Forschungsfragen hinreichend beantwortet werden können.¹⁷ So können durch die qualitative Inhaltsanalyse etwa Begründungsmuster in den Urteilen analysiert werden,¹⁸ sie hat den Anspruch einer detaillierten Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes.¹⁹

Demgegenüber kann eine quantitative Auswertung mögliche Zusammenhänge zwischen einzelnen Strafzumessungsfaktoren und der Strafhöhe identifizieren.²⁰ Dabei wird mit dem Maß des Zusammenhangs auf eine objektive Größe zurückgegriffen, die eine Interpretation und Darstellung der Beziehung zwischen zwei Merkmalen erleichtert. Welche Faktoren sich tatsächlich im Strafmaß widerspiegeln, lässt sich durch eine rein qualitative Inhaltsanalyse hingegen nicht ermitteln.²¹

¹² Ehlen/Hoven/Weigend, KriPoZ 2024, 16 (17 ff., 19).

¹³ Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung 2021 Fachserie 10, Reihe 3, Tab. 3.1.

¹⁴ Dies scheint Krüger selbst erkannt zu haben: a.a.O., S. 124.

¹⁵ Gleiches gilt für die Analyse regionaler Strafmaßunterschiede.

¹⁶ Zur Kombination qualitativer und quantitativer Methoden siehe auch 5.

¹⁷ Zu notwendigen Entscheidungen im Forschungsprozess etwa Laatz, Empirische Methoden, 1993, S. 15 ff.; Kromrey/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung, 13. Aufl. (2016), S. 69 ff.; Bauer/Blasius, in: Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, 2014, S. 10; Diekmann, Empirische Sozialforschung, 12. Aufl. (2018), S. 187 ff.; Schnell/Hill/Esler, Methoden der empirischen Sozialforschung, 12. Aufl. (2023), S. 7 ff.

¹⁸ Hierzu Früh, Inhaltsanalyse, 9. Aufl. (2017), S. 66 f.

¹⁹ Bryman, Quantity and quality in social research, 2001, S. 63.

²⁰ Allgemein zur Anwendung und Relevanz statistischer Verfahren zur Analyse von Zusammenhängen etwa Bortz, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 6. Aufl. (2005), S. 181, 201; Benninghaus, Deskriptive Statistik, 11. Aufl. (2007), S. 66; Häder, Empirische Sozialforschung, 4. Aufl. (2019), S. 444; Schnell/Hill/Esler, Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 410 ff.; Zum Unterschied zwischen Nennung und tatsächlichem Einfluss eines Strafzumessungsumstandes siehe Gebauer, Strafzumessung bei Vergewaltigung, 2020, S. 242; Zu dem Vorwurf fehlerhafter Generalisierbarkeit unserer Zusammenhangsanalysen siehe 5.

²¹ Früh, Inhaltsanalyse, S. 66 f.

Anders als *Krüger* meint, kann also auch die quantitative Analyse eines notwendig begrenzten Samples zu wichtigen Erkenntnissen führen. *Krüger* missversteht maßgebende Komponenten der quantitativen Forschung, wenn sie das Urteil einer „fehlerhaften Wahl“ des Forschungsansatzes auf eine fehlende Generalisierbarkeit der Erkenntnisse stützt. Neben der Inferenzstatistik, die es erlaubt, von einer Stichprobe auf die Grundgesamtheit zuzuschließen, gibt es einen zweiten bedeutsamen Bereich, die der beschreibenden Statistik. Dieser Teil der Statistik ist der Inferenzstatistik vorgelagert und unerlässlich für die Beschreibung der Daten.²² Die deskriptive Statistik liefert zunächst wichtige Erkenntnisse zur Verteilung von Merkmalen und deren Häufigkeit in den erhobenen Daten (univariat) und ermöglicht die Beschreibung von Zusammenhängen (bivariat und multivariat).²³ Es ist also nicht die Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse allein, die eine quantitative – also statistische – Analyse ausmacht; es können auch andere Vorteile dieses Forschungsansatzes – etwa die anschauliche Zusammenfassung der Daten und die Beschreibung von Zusammenhängen – genutzt werden.

3. „Die knappe Darstellung der verwendeten Daten erschwert es, die Aussagekraft der Ergebnisse zur regionalen Verteilung von Strafhöhen zu beurteilen, da dort nur ein Teil des beschriebenen Datensatzes an Urteilen analysiert wird, aber Angaben dazu fehlen, wie viele Fälle dieser Sub-Datensatz enthält und wie sich diese regional verteilen.“ (S. 128)

Eine vollständige Darstellung der Datensätze und der Methodik der einzelnen Untersuchungen war, wie dargelegt, im Rahmen eines Überblicksaufsatzes, in dem verschiedene Untersuchungen und Daten vorgestellt wurden, nicht möglich.

Folgende Daten lagen der Auswertung regionaler Strafmaßunterschiede zugrunde.

| Verurteilt nach | Sachsen | Hamburg | NRW | Bayern |
|--|--|---------|-------|--------|
| Alter Fassung: § 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB a.F. N ges.= 20 | Anzahl der Taten | | | |
| | N=2 | N=4 | N=4 | N=10 |
| | Durchschnittliches Strafmaß in Monaten | | | |
| | 46.50 | 27.50 | 34.00 | 52.10 |
| Neuer Fassung: § 177 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 1, Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. N ges. = 23 | Anzahl der Taten | | | |
| | N=5 | N=6 | N=6 | N=6 |
| | Durchschnittliches Strafmaß in Monaten | | | |
| | 45.00 | 39.00 | 22.40 | 34.00 |

Abb. 1.: Regionale Verteilung ausgewerteter Taten Vergewaltigung mit Gewaltanwendung

Insgesamt wurden 43 Taten vollendeter Vergewaltigungen mit Gewaltanwendung nach alter (20) und neuer Rechtslage (23) ausgewertet. Für die jeweiligen Bundesländer wurden zwischen 2 und 10 Taten nach alter und neuer Rechtslage herangezogen. *Krüger* geht damit zu Recht davon aus, dass der Beurteilung regionaler Strafmaßunterschiede eine relativ kleine Untersuchungsstichprobe zugrunde lag.

Eine repräsentative Analyse regionaler Unterschiede wurde allerdings auch weder angestrebt noch behauptet. Aber die in unserem Beitrag präsentierten Ergebnisse zu regionalen Strafmaßunterschieden bestätigen einen Trend, der schon in zahlreichen früheren Untersuchungen festgestellt wurde.²⁴

So haben bereits Anfang des 20. Jahrhunderts die Studien von *Woerner*²⁵ und *Exner*²⁶ gezeigt, dass erhebliche Abweichungen im durchschnittlichen Strafmaß zwischen verschiedenen, auch örtlich benachbarten Gerichten existieren. Zuletzt ist dieser Befund durch groß angelegte statistische Untersuchungen von *Grundies*²⁷ bestätigt worden.²⁸ Dabei hat sich gezeigt, dass die Strafhöhen in Bayern durchschnittlich deutlich höher ausfallen als in anderen Bundesländern.²⁹ Interessante Erkenntnisse zu regionalen Strafmaßunterschieden bieten zudem Studien, die sich mit einzelnen Deliktsbereichen beschäftigen, etwa den Straßenverkehrsdelikten³⁰, den Betäubungsmitteldelikten³¹ oder dem Wohnungseinbruchsdiebstahl³². In all

²² Generell zu beschreibender und schließender Statistik etwa *Bortz*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, S. 15; *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung, S. 394 ff.; *Diekmann*, Empirische Sozialforschung, S. 659 ff.

²³ *Laatz*, Empirische Methoden, S. 348; *Benninghaus*, Deskriptive Statistik, S. 29 ff.

²⁴ So ausdrücklich *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (19).

²⁵ *Woerner*, Die Frage der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung im Deutschen Reich, 1907.

²⁶ *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931, S. 46 ff., 49.

²⁷ *Grundies*, in: *Neubacher/Bögelein*, Krise - Kriminalität - Kriminologie, 2016, S. 511 ff.; *ders.*, in: *Hermann/Pöge*, Kriminalsoziologie, 2018, S. 295.

²⁸ Siehe hierzu auch: *Kaspar*, Gutachten C für den 72. Deutschen Juristentag, 2018, S. 104 ff.; *Maurer*, Komparative Strafzumessung, 2005, S. 29 ff. m.w.N.

²⁹ *Grundies*, in: *Neubacher/Bögelein*, Krise - Kriminalität - Kriminologie, S. 518 ff.

³⁰ *Schöch*, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973.

³¹ *Kinzig/Höfer*, in: Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger e.V. und die Mitglieder des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins: 1. Symposium Betäubungsmittelstrafrecht, 2007, S. 19 ff.

³² *Obert*, Der (Privat-)Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB, S. 258 ff.

diesen Deliktsbereichen sind signifikante regionale Strafmaßunterschiede feststellbar. Gleiches gilt für Verurteilungen nach § 177 StGB. So kommt etwa Grundies in seiner neuesten Studie zu regionalen Strafmaßunterschieden bei Verurteilungen wegen sexueller Nötigung und Vergewaltigung (§ 177 StGB a.F.) zu dem Ergebnis, dass die Sanktionen in Schleswig-Holstein und Baden deutlich geringer ausfielen als in Bayern. Dabei konnten Abweichungen von +/- 10% in der Höhe der Freiheitsstrafen festgestellt werden.³³

Dass die tatgerichtliche Urteilspraxis im Bereich der Strafzumessung durch regionale Strafmaßunterschiede gekennzeichnet ist, kann in Anbetracht des Forschungsstandes als gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis bezeichnet werden, die durch unsere Analyse Bestätigung findet.

4. „Bei der statistischen Auswertung der Strafzumessungsfaktoren liegt in einem Fall die Vermutung nahe, dass die Voraussetzungen für den durchgeführten statistischen Test nicht vorlagen, der errechnete Wert also nicht sinnvoll interpretierbar ist. Den Autoren unterläuft ein Fehler bei der Definition für „Eta-Quadrat“. Die Interpretationshinweise in Fn. 24 sind missverständlich formuliert, die Interpretation der Werte selbst nicht konsequent. Mit Statistik wenig vertraute Leser hätten zudem von einer differenzierteren Einordnung der präsentierten Daten profitiert.“ (S. 128)

Krüger kritisiert auch die Wahl und Darstellung der Methodik, die zur Beurteilung der Zusammenhänge zwischen den in den Urteilen genannten Strafzumessungsumständen und den Strafhöhen herangezogen wurde (S. 124 ff.). Zunächst weist sie mit Recht darauf hin, dass die Verwendung unterschiedlicher statistischer Tests von der Art der zugrundeliegenden Variablen abhängt. So wird etwa die Spearman-Korrelation grundsätzlich für die Beschreibung der Beziehung zwischen ordinalskalierten oder metrischen Variablen (z.B. Anzahl der Vorstrafen und Strafhöhe) verwendet. Krüger (S. 125) zeigt sich verwundert darüber, dass von uns „für die Berechnung des Zusammenhangs zwischen dem Vorhandensein von Vorstrafen und der Strafhöhe der Spearman-Koeffizient gewählt wurde.“ Bei dieser Kritik wird jedoch übersehen, dass dichotome Variablen, also Merkmale, die nur zwei Ausprägungen annehmen können – hier Vorstrafe nein (0) und Vorstrafe ja (1) –, ebenfalls dem metrischen Skalenniveau zugeordnet werden können und damit die Voraussetzung der Spearman- und Pearson-Korrelationsanalyse erfüllen.³⁴ In dieser Form können sie auch (erst) in Regressionsmodellen berücksichtigt werden, da diese eine metrische Skalierung der Variablen voraussetzen.³⁵ Hierzu

werden Hilfsvariablen, sog. „Dummy-Variablen“ gebildet, die eine kategoriale Variable in eine metrische Variable übersetzen.³⁶

Da die einzelnen Zusammenhangsmaße nur Mindestvoraussetzungen unterliegen, können sie dementsprechend auch auf alle darunterliegenden Skalen angewendet werden,³⁷ wenn einzelne Gründe – etwa theoriegeleitet oder bezogen auf die Datenqualität – dafür sprechen.³⁸ Für die Beschreibung der Beziehung zwischen dem Vorhandensein von Vorstrafen und der Strafhöhe wurde daher nicht auf die Pearson-Korrelation zurückgegriffen, die üblicherweise zur Beurteilung der Beziehung zwischen intervallskalierten Variablen herangezogen wird. Die Pearson-Korrelation ist durch die Verwendung reiner Zahlenwerte – hier alle Werte der Strafhöhen – anfälliger gegenüber Ausreißern, also Werten, die deutlich von der Masse abweichen.³⁹ Bei der Testung auf Zusammenhänge wurden jedoch sämtliche Werte einbezogen, auch diejenigen, die man klassisch als „Ausreißer“ definieren würde, weil davon auszugehen ist, dass diese natürlichen Ursprungs sind und damit die Realität abbilden. Um mögliche Verzerrungen hinsichtlich der Stärke des Zusammenhangs zu vermeiden und um die Vergleichbarkeit der Werte bezüglich „Vorstrafe Ja/Nein“ und der metrischen Variable „Anzahl der Vorstrafen“ zu gewährleisten, wurde daher auf den Spearman-Koeffizienten zurückgegriffen.

Zudem werden die Interpretationshinweise zur Abbildung 5 in der Fußnote 22 unseres Beitrags kritisiert. Krüger unterstellt hier eine fehlerhafte Erklärung bzw. Darstellung von Eta und Eta-Quadrat (S. 125 f.). In dieser Fußnote findet sich folgende Beschreibung: „Dabei gibt die Maßeinheit Eta Quadrat (η^2) an, wie stark sich die Mittelwerte der Strafhöhen bei Vorliegen/Nichtvorliegen der Strafzumessungsfaktoren unterscheiden“. Dabei führt Krüger (S. 125) selbst aus, was durch diese Fußnote richtig beschrieben wird, wenn sie darauf verweist, dass Eta Quadrat den Anteil der Varianz einer abhängigen Variable darstellt, und dass Varianz beschreibt, „wie stark die einzelnen Werte einer Gruppe vom Mittelwert der Gruppe abweichen“.

Krüger ist darin zuzustimmen, dass Eta und Eta-Quadrat unterschiedliche Werte sind; das wurde von uns auch nicht anders dargelegt. Beide Maßzahlen stellen aber

gleichermaßen die Stärke der Beziehung zwischen einer nominalen Variablen (z.B. Geständnis des Täters Ja/Nein) und einer intervallskalierten Variable (z.B. Strafhöhe) dar. Dabei sollte man sich vergegenwärtigen, dass Eta-Quadrat aus Eta gebildet wird. Wenn also Eta anzeigt, „wie

³³ Grundies, in: FS Albrecht, 2023, S. 889 f.

³⁴ Bortz, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, S. 224 f.; Eine Übersicht zu den Korrelationsarten nach Skalenkombination findet sich u.a. bei Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Aufl. (2006), S. 508, Tab. 8.2, „Übersicht bivariater Korrelationen“.

³⁵ Bortz, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, S. 483 ff.; Janssen/Laatz, Statistische Datenanalyse mit SPSS, 9. Aufl. (2016), S. 405, 439 ff.

³⁶ Janssen/Laatz, Statistische Datenanalyse mit SPSS, S. 439 ff.; Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation, S. 510 f.

³⁷ Benninghaus, Deskriptive Statistik, S. 68.; Grundsätzlich sollte das Skalenniveau der Daten verwendet werden, indem das jeweilige Merkmal erhoben wurde, da ein niedrigeres Skalenniveau mit einem Informationsverlust einhergeht, dazu ebenfalls Benninghaus, Deskriptive Statistik, S. 68; Bortz, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, S. 25.

³⁸ Benninghaus, Deskriptive Statistik, S. 32; Janssen/Laatz, Statistische Datenanalyse mit SPSS, S. 323.

³⁹ Janssen/Laatz, Statistische Datenanalyse mit SPSS, S. 323.

sehr sich die Mittelwerte für die abhängige Variable zwischen den verschiedenen Kategorien der unabhängigen unterscheiden,“ (S. 125 Fn. 26) beruht Eta-Quadrat auf derselben Berechnung und gibt ebenfalls die Stärke des Unterschieds der Mittelwerte an, nur in einem anderen Wertebereich. Auf diesen wird sich im kritisierten Beitrag auch explizit bezogen. Beide Maßzahlen stehen also unmittelbar in Beziehung: wenn Eta steigt, wird auch Eta-Quadrat größer (und umgekehrt).

Im Gegensatz zu Eta kann durch Eta-Quadrat zusätzlich eine Aussage über den tatsächlichen Einfluss (erklärte Varianz) getroffen werden.⁴⁰ Eta drückt nur die Stärke der Beziehung zwischen zwei Merkmalen aus. Durch Eta-Quadrat kann darüber hinaus ein Verhältnis, die „proportionale Fehlerreduktion“, also die tatsächliche Relevanz beschrieben werden.⁴¹ Auf den von Krüger (S. 125) beispielhaft herangezogenen Eta-Quadrat-Wert von 0,04 für „Geständnis grundsätzlich“ ergibt sich demnach (1) ein geringer Zusammenhang bzw. ein geringer Effekt⁴² zwischen dem Merkmal „Geständnis grundsätzlich“ und der Strafhöhe, gleichzeitig können (2) 4 % der Varianz in den Strafhöhen darüber erklärt werden.

Die von Krüger unter der Überschrift „Problemfeld 4“ angeführten Kritikpunkte bezüglich der Wahl und Anwendung der statistischen Methoden sind damit insgesamt unberechtigt.

Berechtigt ist jedoch der Vorwurf (S. 125 f.), dass in dem kritisierten Beitrag bei der Erklärung der Effektgrößen in der Fußnote 24 suggeriert wird, dass für sämtliche der drei Zusammenhangsmaße die gleichen Interpretationswerte gelten würden. Dabei trifft es zu, dass sich die Interpretationswerte der Effektgrößen bei der Pearson- bzw. Spearman-Korrelation und Eta-Quadrat unterscheiden. Eine entsprechend differenzierte Darstellung der Interpretation der Effektgrößen war ursprünglich auch vorgesehen. Durch Fußnoten in den jeweiligen Spalten der Pearson- bzw. Spearman-Korrelation und für Eta-Quadrat sollten die jeweils unterschiedlichen Interpretationswerte angezeigt werden.⁴³ Leider sind bei der Übertragung der Abbildung 5 auf die Druckfahne des Beitrags diese Fußnoten irrtümlich weggefallen.

5. „Die Limitationen des für die Urteilsauswertung gewählten Forschungsdesigns werden nicht in der gebotenen Klarheit analysiert und herausgestellt.“ (S. 128)

Krüger kritisiert an verschiedenen Stellen (S. 124, 127)

⁴⁰ Benninghaus, Deskriptive Statistik, S. 239; siehe dazu auch Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation, S. 726 „Eta-Quadrat (η^2)“, S. 744 „Varianzaufklärung“.

⁴¹ Benninghaus, Deskriptive Statistik, 11. Aufl. (2007), S. 229.

⁴² Zur Interpretation der Werte: 0 = kein Effekt, $> = 0.01 < 0.10$ geringer Effekt, $> = 0.10 < 0.25$ mittlerer Effekt, $> = 0.25$ großer Effekt: Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Aufl. (2006), S. 606.

⁴³ Dies zeigt sich auch an den Fußnoten innerhalb der obersten Zeile der Tabelle, da hier jeweils eine Fußnote 1 ausgewiesen wird. Wir bedauern, dass der Übertragungsfehler bei der Durchsicht der Druckfahne nicht erkannt wurde.

⁴⁴ Hoven, in: FS Sieber, 2021, S. 1373 ff.; Hoven/Weigend, ZStW 133 (2021), 322 (356); Obert/Hoven/Weigend, DRiZ 2023, 22 (29).

sowohl die Größe des Untersuchungssamples als auch die gewählte Forschungsmethode bei der Beurteilung des Einflusses der im Urteil genannten Strafzumessungsfaktoren auf die Strafhöhe. So wird zunächst der Mehrwert einer Analyse von 86 Urteilen gegenüber der Auswertung der Strafverfolgungstatistik angezweifelt.

Krüger ist darin zuzustimmen, dass es wünschenswert gewesen wäre, deutlich mehr Urteile auswerten zu können. Sollte Krüger eines Tages selbst empirisch forschen, wird sie feststellen, wie schwierig es ist, an Urteile zu gelangen. Hier sind Wissenschaftler in erheblichem Maße vom guten Willen der Behörden abhängig und auf begrenzte Samples angewiesen. Es käme den Interessen der Forschung sehr entgegen, wenn Strafzumessungsdatenbanken eingerichtet würden, wie wir es (auch aus anderen Gründen) bereits mehrfach vorgeschlagen haben.⁴⁴ In anderen Ländern existieren solche Datenbanken schon seit Jahren. In Deutschland wehrt man sich dagegen, obwohl nur auf diese Weise Transparenz in der Strafzumessung gewährleistet werden kann.

Eine Vollerhebung ist in der empirischen Forschung häufig nicht möglich. Auch kleinere Studien mit einem abgesteckten Forschungsinteresse und an die Stichprobe angepassten (statistischen) Auswertungsverfahren können sich jedoch der Wahrheit annähern und so zur Forschung beitragen.⁴⁵ 86 Urteile – die mit Blick auf über zweihundert einzelne Merkmale untersucht wurden – sind für eine qualitative Untersuchung im Übrigen eine gute Basis, das Sample ist für diese Methode ausreichend.⁴⁶

IV. Missverständnisse?

Krüger schreibt (S. 126 f.), dass in unserem Beitrag nicht klargestellt werde, „dass die von ihnen präsentierten Daten nicht ausreichen, um die Ergebnisse der (quantitativen) Urteilsanalyse verallgemeinern zu können. Das ist insofern unglücklich, als dass sich an zwei Stellen der Studie Formulierungen finden, die beim Leser Missverständnisse hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser Ergebnisse auslösen könnten.“

Damit verkennt sie allerdings sowohl das Anliegen als auch die Methodik der Studie. Für die Untersuchung wurde ein „Mixed-Methods“-Ansatz mit einem explorativen und generalisierbaren Design gewählt. Bei dieser Methode erfolgt zunächst eine qualitative Erhebung von Daten, auf die eine qualitative und eine quantitative Analyse

⁴⁵ Die Stichprobengröße ist kein alleiniger Garant für die wissenschaftliche Qualität einer Untersuchung oder allgemeingültige Erkenntnisse. Wenn etwa große Stichproben stark selektiv sind, können kleinere Stichproben unter bestimmten Umständen sogar bessere Schätzungen abgeben; siehe dazu: Diekmann, Empirische Sozialforschung, S. 374; Häder, Empirische Sozialforschung, 4. Aufl. (2019), S. 148 f.; Przyborski/Wohlrab-Sahr, Qualitative Sozialforschung, 5. Aufl. (2021), S. 229; Zur Bedeutung der Teilerhebung in der Sozialforschung allgemein: Laatz, Empirische Methoden, Kapitel 9, S. 420 ff.

⁴⁶ Siehe hierzu u.a. Kuckartz, Qualitative Inhaltsanalyse, 4. Aufl. (2018), S. 156; weiter dazu Kelle/Kluge, Vom Einzelfall zum Typus, 2. Aufl. (2010), S. 53; Przyborski/Wohlrab-Sahr, Qualitative Sozialforschung, S. 237 f.

folgen.⁴⁷ Diese Vorgehensweise bietet sich aufgrund ihrer Offenheit besonders an, wenn noch nicht genügend Erkenntnisse vorhanden sind, um klare Hypothesen für die Untersuchung zu formulieren. Der erhobene Vorwurf, dass bei einer solchen Herangehensweise (ohne Zufallsstichproben und Signifikanztests) keine Verallgemeinerbarkeit der Forschungsergebnisse hergestellt werden könne, ist nicht zutreffend.⁴⁸ Forschungsansätze, die zunächst auf einer qualitativen Erhebung aufbauen, können ebenfalls Aussagen treffen, die über die untersuchten Fälle hinaus gültig sind, denn durch sie wird ein bestimmter Falltypus rekonstruiert.⁴⁹ Die Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse erfolgt hier nicht durch repräsentative quantitative Erhebungen, sondern im Wege einer Typenbildung.⁵⁰ Voraussetzung hierfür ist, dass bei der Fallauswahl das Prinzip der maximalen strukturellen Varianz angewendet wird. Schließlich kann auch bei einer bewussten Fallauswahl die Heterogenität des Untersuchungsfeldes ausreichend abgebildet werden, wenn sich die untersuchten Fälle im Hinblick auf bestimmte Merkmale möglichst stark voneinander unterscheiden.⁵¹ Diese Merkmale werden theoretisch vorab festgelegt und zur Grundlage für die Auswahl des Samples gemacht. Sie werden im Beitrag auch explizit erwähnt, wenn auf eine maximale strukturelle Varianz im Hinblick auf die regionale Verteilung der Urteile Bezug genommen wird. Eine repräsentative quantitative Analyse unter der Angabe statistisch signifikanter Werte wurde weder angestrebt noch behauptet – was *Krüger* (S. 126) auch selbst einräumt.

Die Diskussion von Schlussfolgerungen am Ende des Beitrags beruht auf einer Betrachtung aller im Aufsatz präsentierter Daten. Wie dargelegt, ergibt sich bereits aus den Daten der Strafverfolgungstatistik, dass die Strafen in al-

ler Regel dem unteren Strafraumdrittel entnommen werden. Für die allgemeine Feststellung milder Strafen bedarf es daher nicht einmal eines Rückgriffs auf die Erkenntnisse der Urteilsanalyse; sie bestätigt in diesem Punkt lediglich, was bereits die Statistik offenlegt. „Missverständnisse“ hinsichtlich der Befunde sind also nicht gegeben.

Zu Missverständnissen führt hingegen *Krügers* Kritik. Indem sie überhöhte Anforderungen an die Methodik einer Studie und deren Darstellung in einem Überblicksaufsatz stellt, erweckt sie den unzutreffenden Eindruck, dass die zentralen Befunde des Beitrages zweifelhaft seien. Das sind sie jedoch nicht. Die durchschnittlichen Strafen für Taten nach § 177 StGB fallen gering aus, sie liegen im unteren Drittel des Strafraums und werden häufig zur Bewährung ausgesetzt. Aus diesem Befund kann man unterschiedliche Schlussfolgerungen ziehen – leugnen kann man ihn jedoch nicht.

V. Schlusswort

Wir würden uns wünschen, dass unser Text Anstöße zu einer unaufgeregten und differenzierten Diskussion über die Angemessenheit von Strafen speziell bei Sexualdelikten sowie allgemein über die Bedeutung der Strafzumessung im Kontext gewandelter gesellschaftlicher Wertvorstellungen gibt. Dabei wird auch zu überlegen sein, welche Rolle die Strafrechtswissenschaft einschließlich der empirischen Justizforschung in diesem Diskurs spielen kann. Am 26. September 2024 werden wir gemeinsam mit Richtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern und Opferanwälten bei einer Online-Tagung über diese Fragen sprechen; hierzu sind alle Interessierten herzlich eingeladen.⁵²

⁴⁷ *Kuckartz*, *Mixed Methods*, 2014, S. 54, 66 f.; Vgl. auch *Schrauf*, *Mixed Methods*, 2016, S. 7 f.

⁴⁸ *Kuckartz*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, S. 217 f.; *Misoch*, *Qualitative Interviews*, 2015, S. 188 f.; *Przyborski/Wohlrab-Sahr*, *Qualitative Sozialforschung*, S. 227 f.

⁴⁹ *Kruse et al.*, *Qualitative Interviewforschung*, 2. Aufl. (2015), S. 241; *Kuckartz*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, S. 143 ff. „Die typenbildende qualitative Inhaltsanalyse“.

⁵⁰ *Misoch*, *Qualitative Interviews*, 2015, S. 2 f.; *Kuckartz*, *Qualitative Inhaltsanalyse*, S. 218; *Przyborski/Wohlrab-Sahr*, *Qualitative Sozialforschung*, S. 38 ff., 457.

⁵¹ *Kelle/Kluge*, *Vom Einzelfall zum Typus*, S. 109; *Kruse et al.*, *Qualitative Interviewforschung*, S. 241 f.; *Kleining*, *KZfSS* 34 (1982), S. 247.

⁵² Informationen und Anmeldung unter: <https://www.jura.uni-leipzig.de/professur-prof-dr-hoven/newsdetail/artikel/strafzumessung-bei-sexualdelikten-2024-03-06> (zuletzt abgerufen am 21.3.2024.)

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Möglichkeit der Anstiftung eines strafunmündigen Kindes

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23

Gründe:

¹ Das *LG* hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes, gefährlicher Körperverletzung und vorsätzlicher Körperverletzung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt, ihn im Übrigen freigesprochen und als Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung drei Monate der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt erklärt. Die auf die nicht ausgeführte Verfahrensrüge und die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten führt zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

² Nach den Feststellungen des *LG* floh die Nebenklägerin, die Schwägerin des Angeklagten, aus Angst vor einem weiteren sexuellen Übergriff durch diesen am 4. April 2018 mit ihren Kindern in ein Frauenhaus. Wenige Tage später verließ ihr 11-jähriger Sohn T. H. das Frauenhaus wieder, um für einen „vorher festgelegten Zeitraum von wenigen Wochen“ seinen Vater, den Bruder des Angeklagten, zu besuchen.

³ „Ende April 2018“ holte der Angeklagte T. H., dessen Alter er kannte, mit dem Auto aus der väterlichen Wohnung ab und fuhr mit ihm in die K. er Innenstadt. Dabei forderte er ihn auf, nach der bevorstehenden Rückkehr in das Frauenhaus seine Mutter zu töten. „Er solle abends, wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten“, weil die Mutter „schlechte Sachen“ gemacht habe. Auf seinem Mobiltelefon zeigte er ihm zudem ein Video, in dem ein Mann eine andere Person erstach. Weitere Vorgaben zur Tat machte er nicht; das Kind sollte sie „eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen.“ „Da T. noch klein sei, könne dieser nicht bestraft werden, während er, der Angeklagte, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache.“ Im Gegenzug versprach er dem Kind Süßigkeiten, die Rückgabe von weggenommenen Spielsachen und den Kauf eines Motorrades. Der Junge ging auf das ernst gemeinte Ansinnen des Angeklagten zum Schein ein, weil er befürchtete, andernfalls seine Mutter nicht wiedersehen zu dürfen. Der Angeklagte brachte T. H. anschließend wieder in die väterliche Wohnung, ohne danach noch einmal Kontakt zu ihm aufzunehmen.

⁴ Die geplante Rückkehr von T. H. zu seiner Mutter „nur wenige Tage nach dem Geschehen“ scheiterte, weil diese das Frauenhaus bereits am 13. April 2018 verlassen hatte und unbekanntem Aufenthalts war. Erst „um den 17. Juli 2028“ kehrte T. H. wieder zu ihr zurück und offenbarte ihr sogleich das Ansinnen des Angeklagten.

II.

⁵ Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft nicht. Sie belegen weder, dass der Angeklagte täterschaftlich handeln wollte (dazu unter 1.), noch, dass er nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihr unmittelbar angesetzt hat (2.), rechtfertigen jedoch die Annahme einer versuchten Anstiftungshandlung (3.).

⁶ 1. In mittelbarer Täterschaft handelt, wer die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft innehat, das Geschehen also mit steuerndem Willen in den Händen hält (st. Rspr; vgl. etwa *BGH*, Ur. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 [352 ff.]; v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 [296]). Diese Voraussetzungen liegen – die Vorstellung des Angeklagten zugrunde gelegt – nicht vor.

⁷ a) Ob das Veranlassen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines Strafunmündigen nur als mittelbare Täterschaft anzusehen ist oder auch als bloße Anstiftung zu bewerten sein kann, hat der *BGH* bislang nicht tragend entschieden. Er hat in einer Entscheidung (*BGH*, Ur. v. 2.9.1969 – 1 StR 280/69) das Bemühen eines Angeklagten, einen 13-Jährigen zu einer Tötung zu überreden, nur deshalb nicht als Versuch der Beteiligung (§ 49a Abs. 1 StGB a.F.) angesehen, weil es dem Angeklagten am Teilnehmerwillen des Anstifters gefehlt habe. Einen über die Subsumtion im Einzelfall hinausgehenden Rechtssatz hat das insoweit nicht näher begründete Urteil damit jedoch nicht aufgestellt. Das *RG* hat die Anstiftung eines strafunmündigen Kindes für möglich gehalten, das „wenn auch vielleicht nicht volles, so doch genügendes Verständnis“ für sein Tun gehabt habe (*RGSt* 61, 265 [267]).

⁸ b) In der Literatur ist die Frage umstritten, ob die Einflussnahme auf einen Strafunmündigen mit dem Ziel, ihn zur Begehung einer Straftat zu bewegen, nur in der Form der mittelbaren Täterschaft oder auch als Anstiftung möglich ist.

- ⁹ aa) Verbreitet wird vertreten, dass der die Tat eines Strafunmündigen veranlassende Hintermann stets und ausschließlich als mittelbarer Täter anzusehen sei (vgl. etwa *Schünemann/Greco* in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 25 Rn. 134 f.; *Joecks/Scheinfeld* in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2021], § 25 Rn. 110; *Murmann*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. [2021], § 25 Rn. 18; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], § 25 Rn. 44; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. [Stand: 1.8.2023], § 25 Rn. 27.1; *Roxin*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 52 Rn. 157 ff.).
- ¹⁰ (1) Dieses Ergebnis wird teilweise aus einer rein normativen Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung hergeleitet und etwa Tatherrschaft aufgrund rechtlicher Überlegenheit (*Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. [1996], S. 668; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2020], § 25 Rn. 108) oder aufgrund von „Verantwortlichkeitsherrschaft“ angenommen (*Herzberg*, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse, S. 33, 40 ff.; dazu auch *Hoyer*, in: FS Herzberg, 2008, S. 379 [383 f. m.w.N.]). Vertreter dieser Ansichten sehen damit jeden, der ohne deliktisch verantwortliches Dazwischentreten eines anderen einen Taterfolg herbeiführt, als Täter an, so dass auch die gesetzlich angeordnete Strafflosigkeit nach § 19 StGB notwendig zur mittelbaren Täterschaft des Hintermanns führt. Bei tatsächlicher Betrachtung seien die Übergänge zwischen dem voll verantwortlich handelnden Täter und dem unverantwortlichen Werkzeug fließend, im Interesse einer trennscharfen Abgrenzung müsse die Unterscheidung daher an normativen Kriterien ausgerichtet werden (*Puppe*, GA 2013, 514 [527 f.]; ähnlich *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 25 Rn. 135).
- ¹¹ (2) Andere Autoren begründen dieses Ergebnis insbesondere für Kinder mit einer dem § 19 StGB entnommenen Wertung des Gesetzgebers. Als Folge der gesetzlich angeordneten Strafunmündigkeit treffe die Verantwortung für das Tun von Kindern den tatveranlassenden Hintermann (*Murmann*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2022), § 25 Rn. 18; *Kudlich*, in: Beck-OK, 58. Ed. [Stand:1.8.2023], § 25 Rn. 27.1). Zwar enthalte § 19 StGB lediglich einen generalisierenden Maßstab, der alle Kinder unabhängig von ihrer individuellen Konstitution und den Tatumständen für schlecht- hin schuldunfähig erklärt. Eine solche pauschale Grenzziehung sei aber unerlässlich, um sichere Ergebnisse zu ermöglichen (*Roxin*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 52 Rn. 160). Es sei der Strafjustiz nach der Wertung des § 19 StGB untersagt, danach zu fragen, ob der kindliche Täter im konkreten Fall in der Lage war, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (*Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2021], § 25 Rn. 109).
- ¹² bb) Die Gegenansicht nimmt eine mittelbare Täterschaft nur dann an, wenn das Kind im Einzelfall tatsächlich ohne Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit handelte und sieht andernfalls lediglich eine Teilnahme strafbarkeit des Hintermanns (vgl. etwa *Haas*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. [2020], § 25 Rn. 34; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. [2011], 21. Abschnitt Rn. 96; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl. [1987], S. 194 f.; *Welzel*, Strafrecht, 11. Aufl. [1969], S. 103; so auch noch *Joecks*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. [2017], § 25 Rn. 104).
- ¹³ c) Nach Auffassung des *Senats* ist das Veranlassen der Tat eines Kindes nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält. Ob dies der Fall ist, richtet sich nicht nach starren Regeln, sondern ist im Einzelfall durch wertende Betrachtung des Gesamtgeschehens zu ermitteln. Von besonderer Bedeutung ist dabei, inwieweit der Strafunmündige nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der ihm angetragenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Ein dahingehendes Defizit begründet regelmäßig Steuerungsmacht und damit Tatherrschaft des Bestimmenden. Das Bestehen eines solchen Defizits mag zwar durch das kindliche Alter indiziert sein. Im Einzelfall ist allerdings, etwa aufgrund der Reife des Kindes, der Modalitäten seiner Beeinflussung oder der Offenkundigkeit des Tatumrechts, eine andere Bewertung möglich. Dies ergibt sich aus Folgendem:
- ¹⁴ aa) Dass das Veranlassen der Tat eines schuldlos Handelnden sowohl als mittelbare Täterschaft als auch als Anstiftung zu bewerten sein kann, ergibt eine an Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte orientierte Gesetzesauslegung. Diese grundsätzliche Anwendbarkeit beider Beteiligungsformen spricht entscheidend gegen eine rein normative Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme, weil eine solche stets zur Annahme von Täterschaft führen würde und für die Teilnahme kein Anwendungsraum verbliebe.
- ¹⁵ (1) Wortlaut und Systematik der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen lassen die Anstiftung Schuldunfähiger zu. Die Regelung des § 26 StGB setzt lediglich eine vorsätzliche rechtswidrige, nicht aber eine schuldhaft Haupt- tat voraus („limitierte Akzessorietät“). Dies entspricht auch der gesetzlichen Grundregel, wonach jeder Beteiligte nach seiner Schuld bestraft wird (§ 29 StGB).
- ¹⁶ (2) Die historische Entwicklung der gesetzlichen Regelungen von Täterschaft und Teilnahme und die zugrunde liegenden Gesetzesmaterialien bestätigen, dass der Gesetzgeber das Bestimmen eines schuldlos Handelnden nicht in jedem Fall als (mittelbare) Täterschaft angesehen wissen wollte und gerade deshalb durch die Limitierung der Akzessorietät Raum für eine Teilnahme strafbarkeit geschaffen hat.
- ¹⁷ (a) Bei Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs zum 1. Januar 1872 war die Strafbarkeit eines Teilnehmers von der Strafbarkeit des Haupttäters abhängig; als Anstifter wurde nach § 48 RStGB bestraft, wer einen anderen zu einer „strafbaren Handlung“ bestimmt hatte. Diese „strenge Akzessorietät“ wurde bald aus Sorge vor einer ungerechtfertigten Strafflosigkeit des Teilnehmers Gegenstand verschiedener Reformvorschläge (vgl. *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai

1943, 2011, S. 29 ff.). Diese Bestrebungen griffen schließlich die Strafrechtsangleichungsverordnung und deren Durchführungsverordnung vom 29. Mai 1943 (RGBl. I S. 339, 341) auf und ließen für die Teilnahme strafbarkeit auch eine schuldlos begangene Haupttat genügen. Als Anstiftung wurde fortan das Bestimmen zu einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ bewertet. Die Begründung verwies dabei ausdrücklich auf die andernfalls mögliche Strafflosigkeit bei der Unterstützung der Tat eines „Geisteskranken“ (vgl. *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, 2011, S. 32 f. und 77).

¹⁸ Zu der Aufgabe der strengen Akzessorietät (auch) für die Anstiftung hätte indes kein Anlass bestanden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht gewesen wäre, dass das Strafbarkeitsdefizit des unmittelbar Handelnden notwendig die (mittelbare) Täterschaft des Bestimmenden begründe. Die Figur der mittelbaren Täterschaft war nämlich – wenn auch noch nicht ausdrücklich geregelt – in Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft bereits zu jener Zeit fest etabliert, und zwar insbesondere auch für Fälle eines schuldunfähigen Tatmittlers (vgl. schon RGSt 1, 146 [148]; zu den historischen Ursprüngen *Hruschka*, ZStW 1998, 581 [595 ff.]).

¹⁹ (b) An dem so geschaffenen Nebeneinander der möglichen Beteiligungsformen an schuldlos begangenen Taten hat der Gesetzgeber später bewusst festgehalten. Der „Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962“ vom 4. Oktober 1962 sah in § 29 Abs. 1 StGB-E die gesetzliche Anerkennung der Tatbegehung „durch einen anderen“ vor (BT-Drs. IV/650, S. 15) und führte in der Begründung hierzu aus, mittelbare Täterschaft „kann in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten“, beispielsweise, wenn der Tatmittler schuldlos sei (BT-Drs. IV/650, S. 149). Gleichzeitig hielt der Entwurf – unter ausdrücklichem Verweis auf die mit der Strafrechtsangleichungsverordnung bezweckte Strafbarkeit für die Beteiligung an der Tat eines Zurechnungsunfähigen – an der limitierten Akzessorietät der Teilnahme fest (BT-Drs. IV/650, S. 148). Für die Abgrenzung zwischen den beiden Beteiligungsformen wird auf das Kriterium der Tatherrschaft verwiesen, die entweder dem Täter der Haupttat (Anstiftung) oder dem Hintermann (mittelbare Täterschaft) zukomme (BT-Drs. IV/650, S. 150). Diese Vorschläge sind mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969 (BGBl. I, S. 717) ohne insoweit relevante Änderungen (vgl. Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/4095, S. 12 f.) in geltendes Recht umgesetzt worden.

²⁰ bb) Für die Beteiligung an der Tat eines strafunmündigen Kindes gelten insoweit keine Besonderheiten; auch hier ist eine Anstiftung möglich. Soweit sich Teile des Schrifttums auf eine entgegenstehende gesetzgeberische Wertung des § 19 StGB berufen, findet dies weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze.

²¹ (1) Das Gesetz begründet in § 19 StGB eine unwiderlegbare Vermutung der Schuldunfähigkeit (vgl. BT-Drs. IV/650, S. 137). Indem es ausdrücklich an die Deliktsstufe der Schuld anknüpft, lässt es angesichts der limitierten

Akzessorietät eine strafbare Anstiftung grundsätzlich zu. Der Normzweck – das Festlegen einer pauschalen Grenze für die Strafmündigkeit – gebietet es ebenfalls nicht, dem § 19 StGB Auswirkungen auf die Strafbarkeit eines Hintermanns zuzuerkennen. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Strafmündigkeit mögliche Auswirkungen auf die Strafbarkeit von Beteiligten überhaupt in den Blick genommen hat (vgl. BT-Drs. I/3264, S. 39; BT-Drs. IV/650, S. 137; BT-Drs. 7/1261, S. 4). Das Schweigen der Gesetzesmaterialien zu dieser Frage legt vielmehr nahe, dass es insoweit bei den allgemeinen Regeln bleiben sollte.

²² (2) Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber die Regelung in der Form einer gesetzlichen Vermutung getroffen hat. Diese leitet aus dem Alter das Fehlen der Schuldfähigkeit her. Sie zwingt den Rechtsanwender bei Kindern mithin – anders als bei Jugendlichen gemäß § 3 S. 1 JGG – ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse der Reife und der Kompetenzentwicklung zu einer bestimmten rechtlichen Bewertung. Sie trifft damit aber keine Aussage über die tatsächlichen Verhältnisse. Da für die Frage der Steuerungsmacht des Tatveranlassers aber ausschließlich die tatsächlichen Verhältnisse Relevanz haben, kommt § 19 StGB insoweit kein Bedeutungsgehalt zu.

²³ (3) Schließlich spricht angesichts der Vorschrift des § 3 S. 1 JGG nichts dafür, dass der Gesetzgeber eine Feststellung der Schuldfähigkeit im Einzelfall für undurchführbar gehalten hätte. Allerdings wird angesichts der empirischen Erkenntnisse, die der Festsetzung der Altersgrenze in § 19 StGB zugrunde liegen (vgl. dazu *Eisenberg/Kölbl*, JGG, 24. Aufl. [2023], § 3 Rn. 8; *Verrel/Linke/Koranyi*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 19 Vorb. Rn. 1), in aller Regel davon auszugehen sein, dass bei Kindern tatsächlich ein Defizit vorliegt, das die Tatherrschaft des Hintermanns begründet; unausweichlich ist dies indes nicht.

²⁴ cc) Das Abstellen auf eine als tatsächliche Steuerungsmacht verstandene Tatherrschaft zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Beteiligungsformen entspricht schließlich auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unterscheidung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in anderen Fallkonstellationen. So ist anerkannt, dass auch ein strafrechtlich voll Verantwortlicher nach den Umständen des Einzelfalls als Werkzeug eines anderen anzusehen sein kann (vgl. etwa *BGH*, Ur. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 [352 ff.]; v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 [232 ff.]; v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257 [266 ff.]; v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 [296]). Auch hier hängt die Frage der Täterschaft des Veranlassenden mithin nicht abstrakt von der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden ab.

²⁵ d) Bei Anwendung dieses Maßstabs kam dem Angeklagten in dem von ihm vorgestellten Tatablauf keine Tatherrschaft zu. Aus den vom *LG* getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass er an der Reife des T. H. zur Einsicht in das augenfällige Unrecht der Tat – Tötung der eigenen

Mutter – nicht zweifelte. Denn er versuchte nicht, dem Kind das Unrecht der Tat zu verschleiern oder sich sonst ein altersbedingtes Reifedefizit zunutze zu machen. Er legte das Unrecht seines Ansinnens vielmehr offen, indem er erklärte, dass er selbst – würde er die Tat begehen – ins Gefängnis käme. Auch sonst begründete der kurze Kontakt mit dem Kind keinen steuernden Einfluss des Angeklagten auf das weitere Geschehen. Er gab die Wahl des in ungewisser Zukunft liegenden Tatzeitpunkts und die Einzelheiten der Tatausführung aus der Hand und überantwortete beides gänzlich dem Kind. Die Tat sollte nach seiner Vorstellung zudem nach dessen Rückkehr in das Frauenhaus begangen werden, mithin an einem ihm unbekanntem Ort, an dem er – wie er wusste – keinerlei Einfluss ausüben konnte. Nach alledem kam dem Angeklagten nach seiner Vorstellung ein bestimmender Einfluss auf die Tatbegehung nicht zu.

²⁶ 2. Die Feststellungen belegen zudem nicht, dass der Angeklagte zur Tötung seiner Schwägerin unmittelbar angesetzt hat.

²⁷ a) Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB) erfordert, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll; dies kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Urt. v. 8.12.2021 – 5 StR 236/21, *NStZ* 2022, 409 [412]; v. 20.3.2014 – 3 StR 424/13, *NStZ* 2014, 447 [448 m.w.N.]).

²⁸ Bezieht der Täter notwendige Beiträge eines Tatmittlers in seinen Plan ein, kann bereits dessen Beeinflussung ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes sein. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Täter seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat und ihn in der Vorstellung entlässt, dieser werde die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr in engem zeitlichem Zusammenhang vornehmen. Die Einwirkung auf den Tatmittler ist hingegen bloße Vorbereitungshandlung, wenn sie erst nach längerer Zeit zur Tatbegehung führen soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann sie Wirkung entfaltet. In diesen Fällen der Verzögerung oder Ungewissheit der Tatausführung durch den Tatmittler beginnt der Versuch erst, wenn der Tatmittler seinerseits unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestands ansetzt. Entscheidend für die Abgrenzung ist mithin, ob nach dem Tatplan die Handlungen des Täters schon einen derartigen Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann, oder ob die Begründung einer solchen Gefahr dem noch

ungewissen späteren Handeln des Tatmittlers überlassen bleibt (vgl. *BGH*, Urt. v. 23.10.2019 – 2 StR 139/19, *NJW* 2020, 559 [560]; Beschl. v. 6.2.2014 – 1 StR 577/13, *NZWiSt* 2014, 432 [436]; Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97, *BGHSt* 43, 177 [179 f.]).

²⁹ b) An diesen Maßstäben gemessen setzte der Angeklagte durch die Beeinflussung seines Neffen noch nicht zur Tötung unmittelbar an. Nach seinem Tatplan sollte der Junge erst in einigen Tagen zu seiner Mutter zurückkehren und die Tat auch dann nicht notwendig sogleich begehen; die Wahl des Tatzeitpunkts überließ er vielmehr dem Kind. Wann es zur Tatbegehung kommen würde, war daher ungewiss. Bei objektiver Bewertung des vom Angeklagten vorgestellten Geschehensablaufs hatte sich die Gefahr für das geschützte Rechtsgut zum Zeitpunkt der Beendigung der Einwirkung auf das Kind noch nicht in einer Weise konkretisiert, dass sich ein Schaden unmittelbar anschließen konnte.

³⁰ 3. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen indes die vom *LG* hilfsweise erwogene Verurteilung wegen versuchter Anstiftung zum Mord (§ 30 Abs. 1 StGB). Da die Tat – wäre sie zur Vollendung gelangt – als Anstiftung anzusehen wäre, kommt es nicht darauf an, ob § 30 Abs. 1 StGB auf die nicht ins Versuchsstadium gelangte mittelbare Täterschaft Anwendung finden kann (vgl. dazu *Schünemann/Greco*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 30 Rn. 24; *Joecks/Scheinfeld*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. [2021], § 30 Rn. 13; *Hoyer*, *SK-StGB*, Bd. 1, 9. Aufl. [2017], § 30 Rn. 5 ff.).

³¹ Der *Senat* hat den Schuldspruch wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich geändert. Die Regelung des § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil schon die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklage ihm im Fall 1 eine versuchte Anstiftung zum Mord zur Last gelegt hat.

III.

³² Die Änderung des Schuldspruchs lässt den Strafausspruch unberührt. Das *LG* hat seiner Strafzumessung den nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB verschobenen Strafrahmen des § 211 StGB zugrunde gelegt, der auch nach § 30 Abs. 1 S. 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden gewesen wäre. Da das *LG* innerhalb des verschobenen Strafrahmens die Mindeststrafe verhängt hat, kann der *Senat* ausschließen, dass es bei zutreffender rechtlicher Bewertung zu einer niedrigeren Einzelstrafe gelangt wäre (§ 337 Abs. 1 StPO).

[...]

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23

von Dr. Lorenz Bode*

Dieser zur Aufnahme in die amtliche Entscheidungssammlung „BGHSt“ vorgesehene Beschluss enthält wichtige Ausführungen zur strafbaren Beteiligung in Fällen, bei denen es um die vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat eines Strafunmündigen geht.

I. Zum Sachverhalt

Dem Sachverhalt¹ nach wirkte der Angeklagte auf einen (wie er wusste) 11-Jährigen ein, damit dieser seine eigene Mutter abends im Bett mit einem Messer töte. Dazu zeigte der Angeklagte dem Minderjährigen auch ein Video, in dem eine entsprechende Tötungsszene zu sehen war. Weitergehende Vorgaben zur Tatbegehung machte er nicht. Der Angeklagte sagte dem Kind jedoch ausdrücklich, dass er die Tat nicht selbst begehen könne, da ihn sonst eine Strafe und das Gefängnis erwarte, während der 11-Jährige, da er noch klein sei, nicht mit einer Strafe rechnen müsse. Zugleich versprach der Angeklagte dem Kind verschiedene Vorteile (etwa Süßigkeiten) als Belohnung für die Tatausführung.

II. Die (Nicht-)Wertung des § 19 StGB durch den BGH

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die vom *BGH-Senat* aufgeworfene – und höchstrichterlich bis dahin unbeantwortet² – Frage, ob „das Veranlassen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines Strafunmündigen nur als mittelbare Täterschaft anzusehen ist oder auch als bloße Anstiftung zu bewerten sein kann“³.

Die diesbezüglichen Erwägungen des 5. *Strafsenats* sind eine echte – und, wie nachfolgend aufgezeigt wird, nicht unkritisch zu sehende – Novität.

1. Wer einen Strafunmündigen zur Tat veranlasst, kann mittelbarer Täter oder aber „lediglich“ Anstifter sein – alles eine Frage des Einzelfalls, so der *BGH*.⁴ Dabei ist das Gericht auch der Meinung, dass „das Veranlassen der Tat eines Kindes nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen“ sei, „wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält“⁵.

2. Zu diesem Ergebnis gelangt der *BGH-Senat* im Wege

der Auslegung. Dabei verdient ein Punkt besondere Aufmerksamkeit, nämlich der zur Wertung des § 19 StGB.

a) Der *Senat* entscheidet sich gegen eine normative und stattdessen für eine faktische Betrachtungsweise, auch indem er feststellt, dass „der Normzweck – das Festlegen einer pauschalen Grenze für die Strafmündigkeit –“ es nicht gebiete, „dem § 19 StGB Auswirkungen auf die Strafbarkeit eines Hintermanns zuzuerkennen“⁶. Insofern treffe § 19 StGB gerade „keine Aussage über die tatsächlichen Verhältnisse“⁷. Und weiter: „Da für die Frage der Steuerungsmacht des Tatveranlassers aber ausschließlich die tatsächlichen Verhältnisse Relevanz haben, kommt § 19 StGB insoweit kein Bedeutungsgehalt zu“⁸.

b) Man hat das Gefühl, der *BGH-Senat* versuche an dieser Stelle mit aller Macht – und weniger mit überzeugenden Argumenten –, dem Gesetz gewissermaßen einen „Bypass“ zu legen. Denn um den Wortlaut des § 19 StGB kommt der *Senat* eigentlich nicht herum; also erklärt er diese Norm einfach für irrelevant, indem er von der normativen auf die faktische Ebene wechselt, mithin die Gerechtigkeit im Einzelfall sucht. Das klingt salomonisch, vermag aber nicht zu überzeugen. Und zwar deshalb nicht, weil die Argumentation des *BGH-Senats* lückenhaft und problematisch zugleich ist:

Erstens geht der *BGH-Senat* nicht darauf ein, dass das StGB – wie *Kudlich*⁹ zutreffend bemerkt – die Schuldlosigkeit auch in anderen Konstellationen, siehe nur § 35 StGB, „mehr oder weniger formal an einer bestimmten Situation anknüpft (in der dann als Folge auch eine Tatherrschaft des Hintermannes bejaht wird), ohne dass wirklich die schwierige Frage nach einem verbleibenden ‚eigenen Willen‘ des Vordermannes gestellt wird“.

Der *BGH-Senat* hätte diesen Umstand in seine Auslegung miteinbeziehen und sich in jedem Falle fragen müssen, ob beziehungsweise warum der verbleibende „eigene Wille“ des Vordermanns zugleich beachtlich und unbeachtlich sein soll.

Zweitens führt die faktische Betrachtungsweise zu einem Wertungsproblem. Denn es besteht – mit § 19 StGB – eine „gesetzgeberische Grundentscheidung“, die es der Strafjustiz verbietet, „danach zu fragen, ob der kindliche Täter im konkreten Fall in der Lage gewesen ist, das Unrecht

* Der Verfasser ist Proberichter im Landesdienst von Sachsen-Anhalt. Siehe *BGH*, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 3.

² Jedoch hatte das *Reichsgericht* (RGSt 61, 265, 267) – worauf der *BGH-Senat* (Rn. 7) hinweist – die Anstiftung eines strafunmündigen Kindes bereits für möglich gehalten.

³ *BGH*, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 7.

⁴ Entgegen der h.M.; siehe nur *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 25 Rn. 44 m.w.N.

⁵ *BGH*, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 13.

⁶ *BGH*, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 21.

⁷ *BGH*, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 22.

⁸ *BGH*, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 22.

⁹ *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 59. Ed. (Stand: 1.11.2023), § 25 Rn. 27.1.

der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.“¹⁰

Und zu den praktischen Auswirkungen kommentiert Scheinfeld¹¹:

Immerhin könnten dieselben psychischen Defizite, die §§ 19 und 20 StGB dazu veranlassen, „den Vordermann für nicht verantwortlich anzusehen, den Vordermann regelmäßig auch nicht steuerbar durch den Hintermann machen“. Doch müsste, so Scheinfeld weiter, „diese Einsicht in die völlige Preisgabe einer normativen Bestimmung der mittelbaren Täterschaft führen – und damit in die völlige Unsicherheit der faktizistischen Lehre“ mit der Folge, dass das Tatgericht auch bei vollverantwortlich Beteiligten prüfen müsste, ob etwa der eine dem anderen wohl sexuell hörig gewesen sei und ob diese Hörigkeit ein hinreichendes Maß an Steuerungsmacht erreicht gehabt habe.

Damit ist eigentlich schon alles gesagt. Die Ausführungen zeigen deutlich: Auf die faktische Ebene sollte man sich an dieser Stelle gar nicht erst begeben. Andernfalls unterliefe man nicht nur die in § 19 StGB zum Ausdruck kommende „gesetzgeberische Grundentscheidung“, sondern forderte man auch – vor allem das Tatgericht – nachgerade dazu auf, sich vom Gesetz zu entfernen.

III. § 19 StGB als „Vermutungsregel“

Der *BGH-Senat* stellt zudem eine Art „Vermutungsregel“ auf. So spreche „angesichts der Vorschrift des § 3 Satz 1 JGG nichts dafür, dass der Gesetzgeber eine Feststellung der Schuldfähigkeit im Einzelfall für undurchführbar gehalten hätte. Allerdings wird angesichts der empirischen Erkenntnisse, die der Festsetzung der Altersgrenze in § 19

StGB zugrunde liegen [...], in aller Regel davon auszugehen sein, dass bei Kindern tatsächlich ein Defizit vorliegt, das die Tatherrschaft des Hintermanns begründet; unausweichlich ist dies indes nicht“.¹²

Durch diese Regel erleichtert der *BGH-Senat* zwar die Feststellung der Schuldfähigkeit im Einzelfall. Knifflig (und zugleich spannend mit Blick auf die juristische Klausur)¹³ bleiben aber Fälle, in denen der kindliche Haupttäter zwar begriffen hat, dass er einen anderen Menschen tötet, er diese Tötung jedoch aus einem irrationalen und unreifen Gedanken heraus für berechtigt hält, etwa weil die Person zuvor sein Spielzeug zerstört oder ihn geärgert hat.¹⁴ Hier wird man in strenger Anwendung der nunmehr gegebenen „Vermutungsregel“ wohl dennoch von mittelbarer Täterschaft ausgehen müssen.¹⁵

Hinzu kommt, dass der *BGH-Senat* mit dieser aus § 19 StGB abgeleiteten „Vermutungsregel“ seine eigene Argumentation schwächt, nämlich dergestalt, dass er § 19 StGB als bestehende normative Vorgabe letztlich doch in seine faktische Betrachtung einbezieht („wird [...] in aller Regel davon auszugehen sein, dass bei Kindern tatsächlich ein Defizit vorliegt“) und damit quasi die „faktische Kraft des Normativen“ in puncto Schuldunfähigkeit von Minderjährigen anerkennt.

IV. Schlussbemerkung

Zugegeben: Einen höchstrichterlichen Streitentscheid kann man begrüßen und sich darüber freuen, schon immer auf der „richtigen“ Meinungsseite¹⁶ gestanden zu haben. In der Praxis und für die Tatgerichte bleibt diese Entscheidung jedoch eher eine Zumutung.

¹⁰ Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 25 Rn. 109.

¹¹ Scheinfeld, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 109.

¹² BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – Az. 5 StR 200/23, Rn. 23.

¹³ Siehe dazu die Ausführungen von Godendorff auf <https://jurcase.com/gebt-den-kindern-das-kommando-sie-berechnen-nicht-was-sie-tun-5-str-200-23/> (zuletzt abgerufen am 18.1.2024).

¹⁴ Vgl. Godendorff auf <https://jurcase.com/gebt-den-kindern-das-kommando-sie-berechnen-nicht-was-sie-tun-5-str-200-23/> (zuletzt abgerufen am 18.1.2024).

¹⁵ Vgl. Godendorff auf <https://jurcase.com/gebt-den-kindern-das-kommando-sie-berechnen-nicht-was-sie-tun-5-str-200-23/> (zuletzt abgerufen am 18.1.2024).

¹⁶ Insofern liegt diese Entscheidung des *BGH* etwa ganz auf der Linie von Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 25 Rn. 33 f.

Dominik Brodowski: Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Nomos, ISBN: 978-3-8487-8676-3, S. 850, Euro 189,00.

Die monumentale Habilitationsschrift von *Brodowski* untersucht die strafverfassungsrechtlichen, europarechtlichen und kriminalpolitischen Wirkmechanismen, die die aktuelle „Evolution“, d.h. die Entwicklung des Strafgesetzbuchs in Deutschland, prägen (S. 35).

Begonnen wird mit Vorbemerkungen zu den Säulen des Verfassungsrechts, der Kriminalpolitik und Strafgesetzgebung, bevor im zweiten Teil „Statisches und Dynamisches im Strafrecht“ beschrieben wird (S. 79). § 1 begibt sich auf die „Spurensuche“ danach, welche Wirkmechanismen dafür verantwortlich sind, dass in etlichen Teilen des Strafgesetzbuchs eine große legistische Trägheit herrscht (S. 81). So folge aus der unbefristeten Fortgeltung des Strafgesetzbuches eine reduzierte Möglichkeit, einzelne Strafvorschriften einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zuzuführen (S. 87).

Letztlich führe dies wiederum zu einer konservierenden „Versteinerung“ des Gesetzes. Diese Eigenschaft des Strafrechts trage zwar zur Rechtssicherheit und damit zum Rechtsfrieden bei, müsse aber mit anderen Faktoren wie der Anpassung des Rechts und dessen demokratische Legitimation in Ausgleich gebracht werden (S. 91). Kritisch sieht *Brodowski* vor allem den (vermuteten) politischen Konsens im Sinne einer „polity“, Strafgesetze der vorangegangenen Legislaturperiode grundsätzlich unangetastet zu lassen (S. 97).

Sodann nimmt der Verfasser ausführlich die Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs in den Blick (S. 97 ff.) und kommt zu dem Ergebnis, dass explizite und implizite strafverfassungsrechtliche Vorgaben an den Allgemeinen Teil ebenso wenig wie der kriminalpolitische Rahmen erklären können, warum in diesem Bereich des Strafgesetzbuchs selten gravierende legislative Änderungen zu verzeichnen sind. *Brodowski* deutet dies im Sinne einer prozeduralen Konstitutionalisierung, die es erschwere, ausdifferenzierte und überzeugend begründete dogmatische Konstruktionen des Allgemeinen Teils ohne hinreichende Begründung über Bord zu werfen (S. 174 f.). Hier fragt man sich natürlich, ob es solche hinreichenden Begründungen in der Strafrechtswissenschaft zur Reformierung des Allgemeinen Teils nicht schon längst gibt, diese aber von der Gesetzgebung über die Jahrzehnte hinweg ignoriert werden.

Anschließend wird der Besondere Teil des Strafgesetzbuchs dahingehend untersucht, inwieweit strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten Änderungen hemmen oder

verhindern. Eine Pönalisierungspflicht nimmt der Verfasser an, soweit eine klare und verbindliche Vorgabe einer Kriminalisierung und deren nähen Ausgestaltung besteht. Um eine Pönalisierungsobliegenheit handele es sich, soweit Alternativen und Ausweichmechanismen dem Gesetzgeber zur Verfügung bleiben (S. 175).

Es wird festgestellt, dass sich diesbezüglich ein ausgesprochen differenziertes Bild ergibt. Dieses werde zusätzlich dadurch überlagert, dass innerhalb eines an sich bestehenden Handlungsspielraums weitere Mechanismen hemmend bzw. staisierend wirkten – neben der Rechtsförmlichkeit und Dauerhaftigkeit von Gesetzen an sich namentlich die Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen und eine kriminalpolitisch fundierte Strafrechtskontinuität (S. 235 f.).

Pönalisierungspflichten des Unionsrechts, des Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrechts sowie kriminalpolitisch wirksame supra- und multinationale Mechanismen, so der Verfasser, wirkten ab ihrer Umsetzung im Strafgesetzbuch versteinern. Sie seien in hohem Maße fragmentarisch und beträfen vorrangig moderne, in Entwicklung befindliche Straftatbestände aus dem Bereich des Umweltstrafrechts, des IT-Strafrechts und des Korruptions- und Terrorismusstrafrechts. Allerdings weist *Brodowski* zu Recht darauf hin, dass die Versteinerungswirkung ab ihrer Umsetzung zu unterscheiden ist von dem Zeitpunkt bis zu und durch ihre Umsetzung. Hier werde eine wesentliche Dynamik freigesetzt, nach der Einflussmöglichkeiten auch der nationalen Parlamente bestünden (S. 236 f.). Auf diesen Befund kann nicht oft genug hingewiesen werden. Gerade die nationale Strafrechtswissenschaft nimmt bspw. europäische Entwicklungen viel zu zögerlich und oft verspätet wahr, so dass eine wirkungsvolle Einflussnahme häufig am Zeitablauf scheitert. Es reicht nicht aus, die Umsetzung entsprechender europäischer Richtlinien zu kritisieren, wenn man die Kritik an der Richtlinie versäumt hat.

In einem weiteren Unterkapitel werden Pönalisierungsgrenzen und -hemmnisse beschrieben. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass das Strafverfassungsrecht und kriminalpolitische „polity“ nur in geringem Maße mittels Strafrechtsbegrenzung zur Statik des Strafgesetzbuchs beitragen. Zwar unterliege die in einer jeden Strafvorschrift enthaltene Verhaltensnorm voller verfassungsrechtlicher Kontrolle, doch sei dies keine strafrechtsspezifische Begrenzung. Es bestehe vielmehr im Hinblick auf die Verhaltensnorm ein weiter kriminalpolitischer Handlungsspielraum, der aber nationale Grundrechte sowie aus dem Unionsrecht folgende Begrenzungen zu beachten habe. Dagegen erwiesen sich herkömmliche strafrechtliche Argumentationsmuster der gesetzgebungskritischen

Rechtsgutslehre und der Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm sowie des Ultima-Ratio-Prinzips in weiten Teilen als bloße kriminalpolitische Forderungen. Allerdings seien die Begrenzungsansätze des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Ultima-Ratio-Prinzips einer Evidenzkontrolle durch das *BVerfG* zugänglich – ansonsten verbleibe es bei einem weiten kriminalpolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (S. 275).

Als weitere Ursache für die geringe Änderungsrate des Strafgesetzbuchs und dessen Statik identifiziert *Brodowski* die Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen. Er geht daher in diesem Unterkapitel der Frage nach, warum der Gesetzgeber das Strafgesetzbuch nicht verändern will, obwohl er es verfassungsrechtlich und kriminalpolitisch dürfte (S. 276). Als Grund nennt er andere materiell-rechtliche und prozessuale Wege, da sich auch durch außerstrafrechtliche „Sicherheitsgesetzgebung“ und nebenstrafrechtliche Strafrechtssetzung sowie durch Steuerung der Ressourcen, die dem Kriminaljustizsystem zur Verfügung stehen, eine Vielzahl kriminalpolitischer Inhalte verwirklichen ließen, ohne in das Strafgesetzbuch einzugreifen (S. 295 f.).

Grund für die mangelnde Bereitschaft, das Strafgesetzbuch zu verändern, sieht der Verfasser in fehlenden politisch wirksamen Anreizen für Tatbestandsstreichungen und Strafrechtsmilderungen. Insofern spiegele die Statik letztlich auch die an Umfrageergebnissen orientierte Parteipolitik wider (S. 309). Schaut man auf das aktuelle Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs,¹ so wird diese Statik nicht unbedingt aufgelöst, sondern primär nur eine Entrümpelung des Strafrechts von entbehrlichen Tatbeständen vorangetrieben, die mit einer wahren Modernisierung nicht viel zu tun hat.

In § 2 setzt sich *Brodowski* mit dem dynamischen Strafrecht auseinander und nimmt hierzu die 13. bis 19. Legislaturperiode in den Blick.² In einer Zeitspanne von knapp 27 Jahren erfolgten 160 Textänderungen des Strafgesetzbuchs. Der Verfasser begibt sich daher auf die „Spurensuche“, welche strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen Wirkmechanismen bzw. Bedingungen Änderungen fördern oder bedingen und so zur „Dynamik“ des Strafgesetzbuches beitragen (S. 311).

Ursache von Strafgesetzgebung könne zunächst jedes von den Akteuren der Politik neu erkannte, geänderte oder aktualisierte Ziel einer Verhaltensregulierung sein, dessen Verwirklichung durch Strafgesetzgebung zumindest als möglich erscheint (S. 342). Dabei komme der Verfassungsorientierung von Strafgesetzgebung eine wichtige Filterfunktion zu. Zudem müsse eine allgemeine Kontinuität von Gesetzgebung auch in Zeiten politischen Wandels gegeben sein (S. 343). Letztlich komme als Ursache von Strafgesetzgebung nur eine Verhaltensregulierung in Betracht, die mit den jeweils von den politischen Akteuren verfolgten kriminalpolitischen Inhalten in Übereinstimmung ist. Hier spielten auch Kosten-Nutzen-Abwägungen

eine Rolle, welcher politische Gewinn in erhöhten oder verfestigten Wählerstimmen durch die Verfolgung politischer Maßnahmen zu erwarten ist (S. 344).

Im Folgenden werden wichtige Fallgruppen aktueller Gesetzgebung zur Verhaltensregulierung beschrieben und geänderte Strafrechtskonzepte vorgestellt (S. 345 ff.). Festgestellt wird abschließend, dass die Ursachen selten in Reinform zutage treten, sondern häufig in Mischformen (S. 355).

Als Auslöser von Strafrechtsänderungen nennt der Verfasser neben Leitentscheidungen der Rechtsprechung, die Vorgaben bspw. zur Auslegung gesetzlicher Regelungen machen, aktuelle Kriminalitätseignisse. Gerade letztere seien als Auslöser problematisch, weil die Reaktion der Gesetzgebung hierauf zwangsläufig zu einer weiter eskalierenden Expansion, Schärfung und Intensivierung des Strafrechts führe (S. 361). Daneben könne europäisches und internationales Strafrecht Auslöser für deutsche Gesetzgebung sein, ebenso wie Evaluationen oder auch ein politischer Machtwechsel. Des Weiteren könnten außerstrafrechtliche Rechtssetzungen ebenfalls Einfluss auf die Strafrechtsgesetzgebung nehmen.

Als handlungsleitende Motivation der Akteure der Strafgesetzgebung identifiziert *Brodowski* die Normkonformität, danach den politischen Gestaltungswillen und den Willen zum Erhalt bzw. zur Steigerung politischer Macht (S. 369 ff.).

In § 3 wird nach einer kurzen Conclusio der Erkenntnisse von § 1 und § 2 die „Evolution“ des Strafrechts als Zusammenspiel von statischen, trägen Teilen des Strafgesetzbuchs und dynamischen Teilen beschrieben. In statischen Bereichen sei es schwer, überkommene Strafrechtsverständnisse zu überarbeiten, wie bspw. im Bereich der Tötungsdelikte. Dagegen könnten sich moderne Strafrechtsverständnisse gerade in denjenigen Bereichen durchsetzen, die eine hohe Dynamik aufwiesen, wie bspw. in Bereichen des europäischen Strafrechts oder bei neuartigen Kriminalitätsphänomenen (S. 378 f.).

Brodowski stellt eine Asymmetrie hinsichtlich der politischen Anreize für Änderungen des Strafgesetzbuches, die Strafschärfungen, Strafrechtsexpansionen und Strafrechtsintensivierungen zum Inhalt haben, fest. Solche Änderungen seien deutlich leichter durchzusetzen als Strafmilderungen, Strafrechtsreduktionen und Strafrechtsrelativierungen. Außerdem zeige sich eine ungleiche Verteilung hinsichtlich der betroffenen Regelungsbereiche. Es bedürfe, so der Verfasser, im materiellen Strafrecht insgesamt einer „gesunden“ Änderungsrate, um auf gesellschaftliche Veränderungen, neuartige Kriminalitätsphänomene und neu erkannten Optimierungs- bzw. Korrekturbedarf zu reagieren. Insofern sollte sich diese Änderungsdynamik auf breitere Bereiche des Strafrechts entfalten, damit das Strafgesetzbuch seine Orientierungsfunktion nicht gegenüber der Rechtsanwendung verlöre

¹ Abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/1123_Eckpunkte_Modernisierung_Strafrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 12.3.2024).

² Eine Übersicht über die Textänderungen des StGB findet sich in Anhang A der Arbeit auf S. 665 ff.

(S. 379). Aus diesem Befund ergäben sich Folgerungen für eine aktive Kriminalpolitik, nämlich die Notwendigkeit, für Strafrechtsänderungen nicht nur eine Ursache, sondern vor allem einen Auslöser herauszuarbeiten und darzustellen, warum es erforderlich war, hierauf mit Strafgesetzgebung zu reagieren. Weiterhin führe die unterschiedliche Einflussnahme dynamischer und statischer Wirkmechanismen auf unterschiedliche Teile des Strafbuch dazu, dass monokausale Erklärungs- und Konstruktionsansätze für das Strafrecht überholt seien (S. 380). Vielmehr sei ein plurales Strafrechtsverständnis notwendig, dass die verschiedenen Ursprünge anerkennt und auf dem Boden des Strafverfassungsrechts zusammenführt und zu begrenzen sucht. Im Wechselspiel zwischen Dynamik und Statik des Strafbuchs zeige sich ebenfalls, dass Strafrechtsänderungen und auch das Strafrecht in seiner Gänze dem Ziel einer Verhaltenssteuerung dienen (S. 381).

Im dritten Teil seiner Habilitationsschrift stellt *Brodowski* das von ihm entwickelte Modell auf den empirischen Prüfstand der Strafrechtsentwicklung im Untersuchungszeitraum der 13. bis 19. Legislaturperiode (S. 381, 385 ff.). Zunächst stellt er allgemein fest, dass sich bei der Strafgesetzgebung im Vergleich zu der sonstigen Gesetzgebung keine Besonderheiten zeigen. Denn auch in Bezug auf das materielle Strafrecht schulde der Gesetzgeber zuvörderst das „verfassungskonforme Ergebnis“. Dies sei nicht in einem nur einmaligen Erlass eines verfassungskonformen Strafgesetzes zu sehen, vielmehr schulde der Gesetzgeber eine kontinuierlich verfassungskonforme Strafrechtsschlage (S. 412).

Dieses verfassungsrechtlich vorgegebene, formale Verfahren der Strafgesetzgebung stelle aber nicht mehr als ein Korsett dar, so dass der Verfasser einen Blick auf die beteiligten Akteure sowie das Gesetzgebungsverfahren wirft (S. 414 ff.). Die Zusammenstellung zeige, wie ressourcenintensiv (Straf-)Gesetzgebung ist, so dass es eines Auslösers bedürfe, gegen den eine Mehrzahl an Ausweichmechanismen wirkten, um Strafgesetzgebung dann doch entbehrlich werden zu lassen (S. 441).

Kritisch wird der „formalisierte Pfad der Einwirkung Externer“ auf die Strafgesetzgebung im Rahmen der öffentlichen Anhörung gesehen (S. 435 ff.). Diese habe eher den „Schein einer Diskursivität“, als dass diese selbst geschaffen werde (S. 436), so dass die öffentliche Anhörung nicht überbewertet werden dürfe (S. 442). Hier ist *Brodowski* absolut recht zu geben, hat man doch den Eindruck, die Ergebnisse stünden schon vor der Sachverständigenanhörung fest, so dass diese zu einem reinen Schaulaufen der für die jeweilige kriminalpolitische Meinung einberufenen Experten mutieren.

Sodann nimmt der Verfasser die Strafgesetzgebung in der Europäischen Union in den Blick (S. 443 ff.). Neben dem formalen Verfahren wird auch den Auslösern europäischer Strafgesetzgebung nachgespürt. Auch wenn sich die Europäisierung des Strafrechts mit dem Vertrag von Lisabon in vielerlei Hinsicht normalisiert habe, so seien auf

europäischer Ebene doch einige Aspekte einer strafverfassungsrechtlichen Sonderstellung der Strafgesetzgebung zu verzeichnen (S. 494 f.). So werde den Mitgliedsstaaten bspw. durch den Notbremsenmechanismus in Art. 83 Abs. 3 AEUV eine „Verhinderungsmacht“ eingeräumt (S. 495). Zudem sei der nationale Blick auf europäische Strafgesetzgebung von deutlich wahrnehmbarer Skepsis getragen, auch wenn ein Abflachen europäischer materiell-strafrechtlicher Gesetzgebung in den vergangenen Jahren nicht zu verzeichnen sei (S. 496).

Die theoretischen Grundsätze überführt der Verfasser dann im nächsten Kapitel in eine quantitative und qualitative Analyse der Strafgesetzgebung in den 13. bis 19. Legislaturperioden des Deutschen Bundestages (S. 499 ff.). Abschließend zur quantitativen Erhebung stellt *Brodowski* fest, dass es dem Strafgesetzgebungsverfahren nicht an prozeduralen Elementen und damit auch nicht an formeller Diskursivität mangle. Prozedurale Einschränkungen von Strafgesetzgebung erwiesen sich aus quantitativer Sicht als wenig vielversprechend, um dem Strafgesetzgeber zusätzliche Grenzen aufzuzeigen. Klagen über mangelnde Diskursivität dürften eher damit verbunden sein, dass entweder nicht die richtigen Stimmen gehört oder aber nicht die richtigen Schlüsse gezogen wurden. Diesen Mängeln werde man aber mit rein prozeduralen Elementen ohnehin nicht begegnen können (S. 517).

Die qualitative Auswertung einzelner exemplarischer Strafgesetzgebungsverfahren zeigt, dass mehrere Ursachen, Auslöser und Motivationen zusammentreffen und sich insofern kriminalpolitische Prozesse überlappen können. Daneben konnte der Verfasser durch die qualitative Analyse seine Modellannahmen zu Statiken, Dynamiken und dem europäischen Strafgesetzgebungsverfahren bestätigen. So zeigte sich die dynamisierende Kraft mancher Leitentscheidungen der Rechtsprechung, von Summationseffekten bezüglich wahrgenommener Kriminalität und von europäischen Rahmenvorgaben. Daneben war die Kumulierung manifester und latenter Ziele von Strafgesetzen und Strafgesetzgebung als solcher feststellbar (S. 557).

Im weiteren Verlauf der Habilitationsschrift geht der Verfasser auf die dynamische Bestimmtheit von Strafnormen ein (S. 559), wobei dieser scheinbare Gegensatz von Dynamik und Bestimmtheit zunächst nicht aufgelöst wird. Vielmehr wird zunächst das Gesetzlichkeitsprinzip an sich in den Blick genommen. Hinsichtlich des strafverfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG kommt *Brodowski* zu dem Befund, dass dieses Ausdruck einer besonderen Formstrenge im Bereich des Strafrechts ist. Diese Formstrenge diene zugleich der Legitimation und Restriktion des materiellen Strafrechts (S. 579). Daneben manifestiere sich die bereichsspezifische Ausprägung des Gebots der Normenklarheit und -bestimmtheit im Strafverfassungsrecht vor allem in einem weit zu verstehendem Analogieverbot und einem Verbot gewohnheitsrechtlicher Regelungen. Damit verbunden sei eine gewisse Priorisierung von formellen Strafgesetzen. Es bestünden aber eine Vielzahl guter Gründe für eine Re-

lativierung allzu strikter Anforderungen im Rahmen einer vorzunehmenden wertenden Gesamtbetrachtung (S. 610).

In Bezug auf den Parlamentsvorbehalt ist laut Verfasser nicht festzustellen, dass hier aus Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG strengere Vorgaben resultieren als diejenigen, die sich bereits aus der allgemeinen Wesentlichkeitslehre ergeben. Zudem seien die aus der Wesentlichkeitslehre folgenden Maßgaben im strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot aufgegangen. Allerdings entstünden bei der Anwendung dieser Maßstäbe bei der Streitfrage über zulässige Regelungstechniken bei Verweisungen auf europäische Normen Schwierigkeiten. Daneben zeige sich, dass bei strafbegründenden und -aufhebenden exekutiven Einzelentscheidungen eine klare gesetzliche Konturierung deren Voraussetzungen zu verlangen sei (S. 621).

Im folgenden Kapitel wird dann auch die Diskrepanz zwischen Dynamik und Bestimmtheit aufgelöst, indem dynamische Elemente der (Un-)Bestimmtheit von Strafnormen beschrieben werden (S. 623 ff.). *Brodowski* stellt fest, dass eine *nur* nachträgliche Bestimmtheit eines Straftatbestands nicht ausreiche, sondern bereits mit Inkrafttreten der Strafvorschrift diese dem Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG standhalten müsse. Ein Nukleus an Erkennbarkeit anhand des Wortlauts sei daher unverzichtbar. Der Maßstab der Bestimmtheit sei aber zumindest dahingehend dynamisch und relativ, als dass die Rechtsprechung zu einer Nachjustierung der Bestimmtheit, d.h. zur besseren Erkennbarkeit der Voraussetzungen und des Umfangs des Eingriffs beizutragen hat (S. 635). Dies ist insoweit missverständlich, als die Formulierung der „Nachjustierung der Bestimmtheit“ im Sinne einer Modifikation verstanden werden kann, was ersichtlich vom Verfasser nicht gemeint ist. Vielmehr sollte man wohl eher von einer Konkretisierung des Gesetzes sprechen.

Bei der Beurteilung, ob eine Strafvorschrift dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG entspricht, seien laut Verfasser auch nachträgliche Faktoren zu berücksichtigen, die einer Dynamik unterlägen. D.h. eine ursprünglich noch bestimmte Vorschrift könne im Verlauf der Zeit zu unbestimmt werden. Hierzu könne die offene oder generalklauselartige Formulierung beitragen. Beispielsweise könnten der gesellschaftliche Wandel oder eine sich vom Wortlaut der Vorschrift entfernende Rechtsanwendung Bedenken an der Bestimmtheit der Strafvorschrift entstehen lassen. Insofern sei der Gesetzgeber aufgefordert, ein drohendes „Umkippen“ einer Vorschrift hin zu deren Verfassungswidrigkeit durch rechtzeitige Korrekturgesetzgebung abzuwenden, da ansonsten die Norm für verfassungswidrig erklärt werden müsse. Diese Nachbesserungspflicht führe zu einer Dynamik des Strafrechts. Es erweise sich somit als Zukunftsaufgabe oder zumindest Obliegenheit der Strafrechtswissenschaft, Regelungsalternativen eines *noch* besseren Strafrechts zu entwickeln (S. 647 f.).

Die Schlussbetrachtungen führen die im Rahmen der Habilitationsschrift gewonnenen Erkenntnisse noch einmal komprimiert und leserfreundlich zusammen (S. 651 ff.). *Brodowskis* Schrift ist grundlegend und beleuchtet die „Evolution“ des materiellen Strafrechts umfassend und unter Herausstellung wesentlicher, übergreifender und allgemeingültiger Aussagen.

Auch wenn hier die wesentlichen Kernaussagen dieses sehr umfang- und facettenreichen Werks nachgezeichnet wurden, so sei doch ein vertiefender Blick in die Monografie unbedingt empfohlen. Quasi zur Pflichtlektüre sollte dieses Werk nicht nur für kriminalpolitisch Interessierte, sondern für alle Akteure des Strafgesetzgebungsprozesses werden.

Majaani Hachmeister: Die Reform der Tötungsdelikte. Unter Berücksichtigung der Gesetzesinitiative des Jahres 2014 und des Referentenentwurfs des Jahres 2016

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Nomos, ISBN: 978-3-7560-0493-5, S. 365, Euro 109,00.

Um die Reform der Tötungsdelikte ist es ruhig geworden. Nachdem der damalige Justizminister *Heiko Maas* 2014 eine Expertenkommission zur Reform der Tötungsdelikte eingesetzt hatte und die Ergebnisse in einen Referentenentwurf überführt wurden, kam es zum Stillstand, da dieser nicht mehrheitsfähig war. Nun wird ein zaghafter Vorstoß durch das Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuches vorgenommen, in dem aber ersichtlich keine inhaltliche, sondern nur eine sprachliche Anpassung erfolgen soll. Brauchen wir dann überhaupt noch eine Dissertation zur Reform der Tötungsdelikte? Ja! Denn *Hachmeister* arbeitet nicht nur im historischen Rückblick die beiden Reformbemühungen aus den Jahren 2014 und 2016 auf, sondern analysiert auch die Gründe ihres Scheiterns. Schließlich plädiert sie für eine Neuauflage der Reformbestrebungen und stellt eigene „Reformgedanken“ an (S. 321).

Zunächst gibt die Verfasserin einen kurzen geschichtlichen Abriss über die Entwicklung des Mordparagrafen in der deutschen Strafgesetzgebung, bevor sie in einem „Problemaufriss“ die Mängel des geltenden Tötungsstrafrechts identifiziert. Neben der unzeitgemäßen Terminologie – die jetzt auch Anlass für die Reform „light“ der Tötungsdelikts im Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuches ist – bestreitet *Hachmeister*, dass die aktuelle Gesetzeslage den Anforderungen, die an eine rechtsstaatliche Kodifikation zum Schutz des höchstwertigen Rechtsguts Leben zu stellen sind, gerecht wird. Denn die stringente Anwendung des Mordparagrafen führe zu ungerechten und zum Teil zufälligen Ergebnissen, die in Ansehung des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts in Verbindung mit dem absolut ausgestalteten, punitiven Instrument der lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheinen. Denn es werden auch Fallkonstellationen erfasst, die in Ansehung der Schuld des Täters nicht als höchststrafwürdig eingestuft werden sollten – dies gelte insbesondere beim Mordmerkmal der Heimtücke. Tatbestandliche Korrekturen könnten nur bedingt Abhilfe verschaffen. Die notwendige Berücksichtigung von Strafzumessungserwägungen sei dagegen nach geltendem Recht nicht möglich. Zwar sei judikativen Strafzumessungslösungen wie der vom *BGH* praktizierten Rechtsfolgenlösung beizupflichten, jedoch bewirkten sie einen offenen Gesetzesbruch. Insofern sei eine Gesetzesrevision erforderlich.

Im darauffolgenden Kapitel nimmt die Verfasserin diverse und divergierende Vorschläge zur Reform der Tötungsdelikte ausführlich in den Blick. Insbesondere wird

hier ein Schwerpunkt in die Erörterung des Anknüpfungsaspekts lebenslanger Freiheitsstrafe gelegt. Daneben wird sich umfassend der Frage gewidmet, welches Tatbestandsregelungsmodell sich als vorzugswürdig erweist. Hier werden das Eintatbestandskonzept sowie die diversen Stufenmodelle ausführlich vorgestellt und gewürdigt. Die abschließende eigene Stellungnahme bewertet die Konzeptionen abstrakt ohne Bezug zu einem konkreten Modell (S. 270). Die Verfasserin lehnt eine qualifikationsbedingte Kasuistik ab. Aber auch reine Privilegierungsmodelle liefen Gefahr, dass sie dem Erfordernis höchstmöglicher Tatbestands- und Sanktionsbestimmtheit nicht gerecht würden. Das Strafrecht könne die Existenz von Differenzierungen im Unrechtsgehalt von Tötungen nicht durch Wahl eines Privilegierungsmodells negieren.

Nach Auffassung von *Hachmeister* kann ein gemischtes Mehrstufenmodell die effizienteste Herstellung von Konkordanz zwischen der abstrakten Unrechtstypisierung und der konkreten Unrechtserscheinung im betreffenden Individualsachverhalt gewährleisten. Insofern sollten sowohl tatbestandliche Erschwerungskriterien als auch strafzumessungsrelevante Milderungsaspekte präzisiert ausgestaltet werden. Letztlich spricht sich die Verfasserin für die Vorzugswürdigkeit eines Grunddelikts des Totschlags aus. „Das Gesetzlichkeitsprinzip würde durch abschließende tatbestandliche Strukturen in Form von Qualifizierungen und Strafmilderungen durch ein qualifizierungsbezogenes Kombinationsmodell gewahrt werden“ (S. 276).

Sodann stellt die Verfasserin in einem weiteren Kapitel den Bericht der Expertenkommission sowie den Referentenentwurf aus dem Jahr 2016 vor und schließt jeweils eine eigene Stellungnahme unter Auswertung der Literaturstimmen an. Abschließend mündet dieses Kapitel in eine Beurteilung der Kernfragen der Tötungsdeliktsgesetze und einen Ausblick. Das Grundproblem einer jeden Grenzziehung der Tötungsdelikte bestehe in dem Balanceakt der Herstellung einer Konkordanz von Individualgerechtigkeit durch Flexibilität und Rechtssicherheit durch Tatbestands- und Sanktionsbestimmtheit. Die jüngsten Gesetzesinitiativen hätten dem Kernproblem im Rahmen der Rechtsfolge in Form der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht ausreichend Rechnung getragen. Vielmehr wurde ihre Sonderstellung akzeptiert.

Eine Ursache für das Scheitern identifiziert *Hachmeister* darin, dass es deutlich einfacher sei, die Schwächen des status quo zu konstatieren, als eine Lösung anzubieten, wie das Strafrecht auf vorsätzliche Tötungen zu reagieren habe. Ein an den status quo angelehnter Novellierungsversuch sei daher immer der Kritik ausgesetzt, geltende Strukturen nur unzureichend zu modifizieren. Tiefer grei-

fende Veränderungen seien so nicht möglich. Zudem divergieren die eine weitreichende Reform favorisierenden Auffassungen sehr stark, so dass eine Zusammenführung unmöglich erscheint.

Darüber hinaus wurde in den Diskussionen die Befürchtung laut, dass die kumulative Novellierung von Tatbestand und Rechtsfolgen zu einer Überfrachtung der Reformbemühungen führen könnte. Allerdings, so die Verfasserin, würde die Einführung eines Einzelfallgerechtigkeit sicherstellenden, flexiblen Strafrahmens bei gleichzeitiger, tatbestandlicher Erfassung von straf erhöhenden und strafmindernden Kriterien das Problem der Restriktionsmöglichkeiten der Mordmerkmale entschärfen. Zudem sei eine strikte Trennung von Tatbestand und Rechtsfolgen unmöglich. Denn es handele sich partiell um dogmatisch ineinander verwobene Strukturen, die gedanklich stets durchdrungen werden müssten. Daher müsse eine Reform die Konnektivität zwischen Tatbestand und Rechtsfolge in Form einer reziproken Wirkung berücksichtigen.

Die Verfasserin resümiert zudem, dass vor allem rechtspolitische Gründe einer Reform entgegenstünden und führt dies näher aus. Dabei verkenne der Gesetzgeber vor allem seine Einschätzungsprorogative und Vorbildfunktion, durch ein zeitangemessenes, gerechteres System einen Bewusstseinswandel auch in der Bevölkerung zu bewirken. Ausblickend bietet *Hachmeister* eine „kleine“ und „große“ Revision an (S. 321 ff.).

Im Rahmen einer kleinen Lösung müssten zunächst die Begrifflichkeiten „Mörder“ und „Totschläger“ entfernt und eine tatakzentuierte Formulierung gewählt werden. Diese kleine Lösung strebt derzeit auch der Justizminister *Buschmann* in seinem Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafrechts an. Daneben schlägt die Verfasserin vor, zumindest die niedrigen Beweggründe wie im Referentenentwurf von 2016 vorgeschlagen, um einen Katalog definierter Motivtypen zu konkretisieren. Zudem müsse bei Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe zwingend eine Einschränkungsmöglichkeit derselben erfolgen. Zu erwägen wäre hier die Einführung einer alternativen

Sanktionsmöglichkeit in Form einer zeitigen Freiheitsstrafe neben der lebenslangen Freiheitsstrafe. Als zweite Alternative käme die Begrenzung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf eine Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren als verbindliche Regelverbüßungszeit in Betracht. Lediglich in Fällen der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld könne dann eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden. Auch § 57a StGB müsste dann modifiziert werden (dazu S. 323). Für diese „kleine“ Lösung macht *Hachmeister* einen konkreten de lege ferenda Vorschlag (S. 325 f.).

Bei einer „großen“ Revision plädiert die Verfasserin für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Danach würde der Paragraf des Totschlags in § 211 StGB den Grundtatbestand bilden. Der Mordparagraf in § 212 StGB würde qualifizierte Fälle im Sinne unrechtsgradueller Differenzierungen erfassen. Das von *Hachmeister* konzipierte „neue Tötungsgefüge“ (S. 327) weist vier unterschiedliche Strafrahmen auf. Für das simultane Vorliegen von mordqualifizierenden Erschwerungsgründen nach § 212 Abs. 1 StGB-E mit privilegierenden Umständen des § 211 Abs. 2 StGB würde nach § 212 Abs. 2 StGB-E eine Kompensation eintreten. Diese hätte zur Folge, dass der Strafrahmen des Mordes nach unten mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren zu öffnen und die zeitliche Höchststrafe zwingend ausgeschlossen wäre. Auch für dieses Modell macht *Hachmeister* einen konkreten de lege ferenda Vorschlag (S. 327 f.) und lässt den Leser im Anschluss an ihren diesbezüglichen Überlegungen zu Tatbestand, Rechtsfolgen und notwendigen Folgeänderungen teilhaben.

Die Dissertation von *Hachmeister* stellt eine wichtige Diskussionsgrundlage für die Reform der Tötungsdelikte dar. Es wurde mehr als deutlich, dass die Tötungsdelikte nicht nur einer sprachlichen Korrektur bedürfen, sondern umfassend neu zu strukturieren und modifizieren sind. Insofern sollte die konkrete Ausarbeitung des Eckpunktepapiers zur Modernisierung des Strafrechts auch nicht bei einer sprachlichen Anpassung stehen bleiben, sondern endlich! in eine umfassende Reform der Tötungsdelikte überführt werden.