

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

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 Schieman
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöller

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 Schieman
- 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 strafunmündigen 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 Referententwurfs 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://kripo.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 Entfernens 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 Tätersorten 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 Strafrahmen 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 RGBL. 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://kripoz.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://kripoz.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 Strafraumen 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 Urhebergesetz 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 Unterhaltspflicht 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 *Kubiciel/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.