Sammelband 2024

KriPoZ JuP

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT
schriftleitung@kripoz.de

Herausgeberin
Prof. Dr. Anja Schiemann

Aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht

Band 2

- Sammelband -

aus der Reihe:

KriPoZ | Junges Publizieren

INHALT

Brauchen wir einen Ökozidtatbestand?
von Maike Tebrügge *Seite 3*

Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung – Vorfeldkriminalisierung um jeden Preis?
von Louisa Liers *Seite 22*

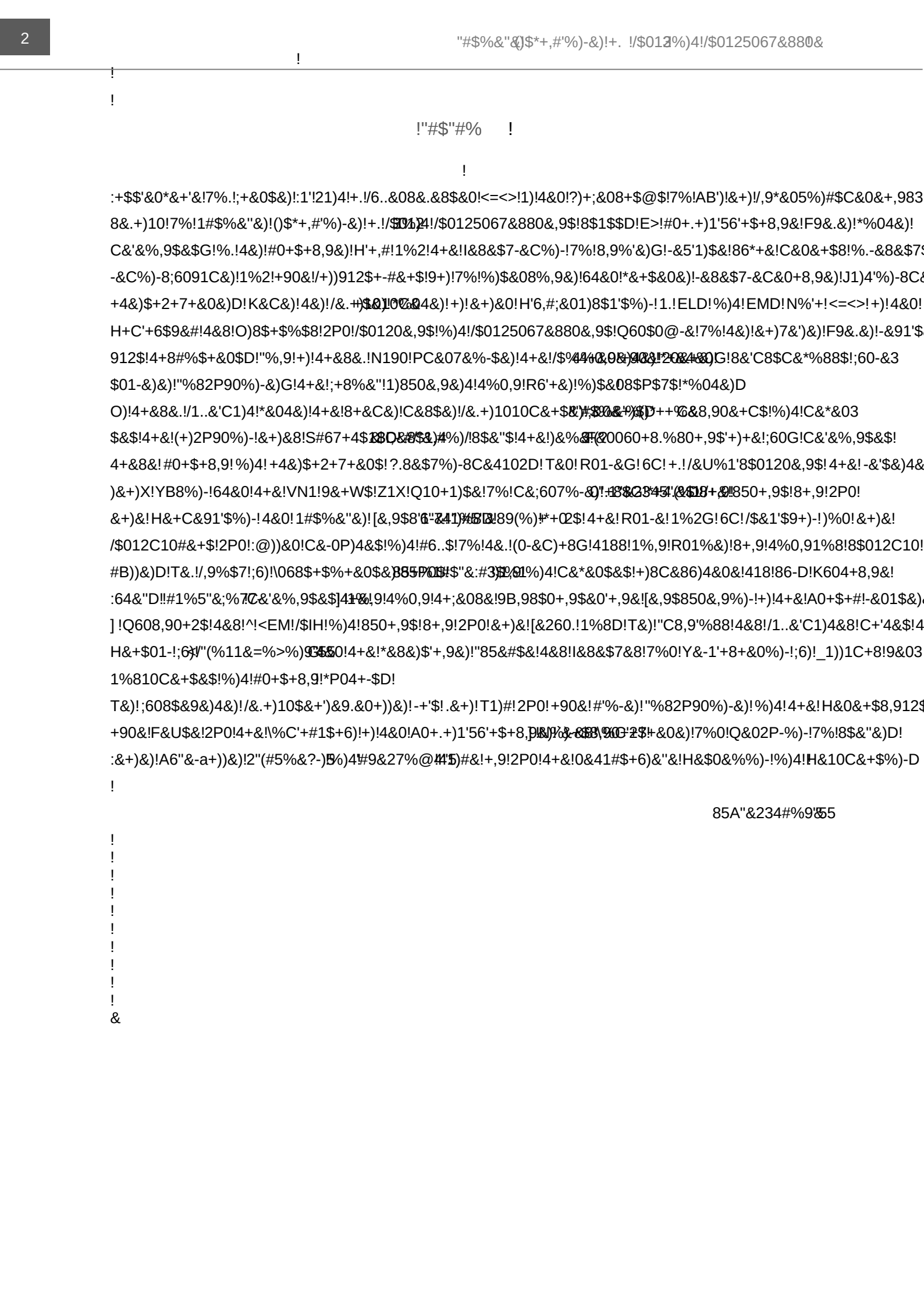
„Nein heißt nein“ oder „ja heißt ja“ im Sexualstrafrecht? Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Autonomie
von Paula Schnabel *Seite 43*

„Stealthing – Strafbarkeit nur für Männer?“ Die Tatbestandsvoraussetzungen des erkennbar entgegenstehenden Willens in § 177 StGB
von Katharina Amberg *Seite 66*

Mehr Schutz von Prostituierten – das nordische Modell als gangbarer Weg auch in Deutschland?
von Angelika Nickel *Seite 85*

Muss der Straftatbestand der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB reformiert werden?
von Milena Getto *Seite 109*

Legalisierung von Cannabis in Deutschland – kritische Würdigung des Cannabisgesetzes
von Isabelle Weyermann *Seite 130*



Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung **5**
II. Begriff des Ökozids **6**
III. Umweltstrafrecht de lege lata **7**
1. Umweltstrafrecht de lege lata im Völkerstrafrecht *8*
2. Umweltstrafrecht de lege lata in der EU *8*
3. Umweltstrafrecht de lege lata in Deutschland *9*
4. Zwischenergebnis *10*
IV. Ökozidtatbestand de lege ferenda **10**
1. Strafrecht als geeignetes Instrument *10*
2. Notwendigkeit einer weitergehenden Regelung *12*
a) Ökozidtatbestand de lege ferenda im Völkerstrafrecht *13*
aa) generelle Eignung einer völkerstrafrechtlichen Regelung *13*
bb) kritische Würdigung des IEP-Vorschlags *15*
(1) Konzipierung *16*
(2) severe and either widespread or long-term damage *16*
(3) unlawful *17*
(4) knowledge that there is a substantial likelihood *18*
(5) wanton *18*
(6) Bestimmtheitsgebot *18*
cc) Zwischenergebnis *19*
b) Ökozidtatbestand de lege ferenda in der EU *19*
c) Ökozidtatbestand de lege ferenda in Deutschland *19*
d) Zwischenergebnis *20*
V. Fazit **20**

I. Einleitung

Täglich werden fragile Ökosysteme durch menschliche Handlungen aus dem Gleichgewicht gebracht, sei es durch großflächige Rodungen im Amazonas-Regenwald, die das Wetterphänomen El Niño beschleunigen, Plastik in den Weltmeeren, der in Form von Mikroplastik Meerestieren und Menschen schadet oder durch chemische Waffen, die in kriegerischen Auseinandersetzungen eingesetzt werden und ganze Landstriche unbewohnbar machen. Zerstörungen diesen Ausmaßes befeuern den menschengemachten Klimawandel und führen zu wieder neuen Umweltschäden.[1] Die fortschreitende Vernichtung der Lebensgrundlagen für Mensch und Tier stellt die Gesellschaft vor immer neue Herausforderungen. Einige Umweltstraftaten sind bereits jetzt vom 29. Abschnitt des StGB im Kernstrafrecht abgedeckt. Doch reicht dieser Schutz aus? Oder braucht es vielmehr einen Ökozidtatbestand, um Strafbarkeits- und Strafverfolgungslücken zu schließen? Einige erhoffen sich durch die Einführung eines Ökozidtatbestandes auf internationaler sowie nationaler Ebene einen stärkeren Schutz der endlichen Ressourcen.[2] So wird aktuell die Einführung eines Ökozidtatbestandes im Rom-Statut als fünftes Kernverbrechen diskutiert und die EU verabschiedete am 26.3.2024 eine Änderungsrichtlinie, die eine stärkere, umfassendere Verfolgung von Umwelt- und Klimastraftaten in den Mitgliedstaaten vorsieht. In diesem Zusammenhang hat sich auch ein Independent Expert Panel (IEP) auf Hinwirken der Stop Ecocide Foundation mit der Definition des Begriffs des Ökozids und der Formulierung eines Ökozidtatbestandes beschäftigt.[3] Zuvor hat sich eine Forschungsgruppe der UCLA an einer Definition des Ökozids versucht.[4] Dabei sind beide Gruppen auf Schwierigkeiten bei der Eingrenzung des Begriffs, aber auch der Eingrenzung des unter Strafe gestellten Verhaltens gestoßen. So ist nicht jedes umweltschädliche Verhalten automatisch gesellschaftlich als strafwürdig anzusehen.[5] Gleichzeitig soll der Ökozidtatbestand möglichst keine Strafbarkeitslücken aufweisen, um besonders effektiv und flächendeckend zu wirken. Doch bringt die Einführung eines Ökozidtatbestands wirklich einen echten Schutz vor der Zerstörung von ganzen Ökosystemen oder versteckt sich dahinter lediglich ein symbolpolitischer Akt? Kritiker und Kritikerinnen der Einführung eines Ökozidtatbestands stehen der tatsächlichen Durchsetzungskraft einer solchen Norm auf völkerstrafrechtlicher Ebene skeptisch gegenüber.[6] Auf nationaler Ebene ist insbesondere der 29. Abschnitt des StGB, der Straftaten gegen die Umwelt regelt, auf Regelungslücken zu untersuchen, die eine weitergehende Reglung im Rahmen eines Ökozidtatbestandes erforderlich machen könnte. Spätestens mit der kürzlich in Kraft getretenen EU RL 2024/1203 muss sich Deutschland im Rahmen der Umsetzung in nationales Recht mit der Neuregelung und Lückenschließung des Umweltstrafrechts befassen. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu beurteilen, ob das Strafrecht überhaupt ein probates Mittel ist, um das Ziel des umfassenderen Schutzes der Umwelt durchzusetzen. Aufgrund des mit dem Strafrecht einhergehenden Grundrechtseingriffs sind auch alternative rechtliche Lösungswege zu bedenken, die dem Ultima-Ratio-Gedanken des Strafrechts Rechnung tragen. Insbesondere hinsichtlich der starken Verzahnung von Strafrechts- und Verwaltungsvorschriften im Umweltstrafrecht stellt sich die Frage,

1 IPCC, Klimawandel 2023, Synthesebericht, Zusammenfassung für die politische Entscheidungsfindung, 2023, S. 4 f., online abrufbar unter: https://www.de-ipcc.de/media/content/IPCC_AR6_SYR_DE_barrierefei.pdf (zuletzt abgerufen am 10.6.2024).

2 Vgl. *Bohn*, KlimR 2023, 70 (70f); Stop Ecocide Foundation, online abrufbar unter: https://www.stopecocide.earth (zuletzt abgerufen am 10.6.2024).

3 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, 6.2021, online abrufbar unter: https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf (zuletzt abgerufen am 10.6.2024).

4 The Promise Institute for Human Rights (UCLA) Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide, 9.4.2021, S. 1, online abrufbar unter: https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/Proposed-Definition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf (zuletzt abgerufen am 10.6.2024).

5 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.

6 Vgl. *Satzger*, EnWZ 2023, 337 (338); *Bock*, ZRP 2021, 187 (187f.); *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021, online abrufbar unter: https://www.faz.net/einspruch/besserer-umweltschutz-durch-voelkerstrafrecht-17419994.html (zuletzt abgerufen am 3.6.2024).

ob ein verwaltungsrechtlich ausgestalteter Ökozidtatbestand in Betracht kommen könnte. Zudem ist im Rahmen des interdisziplinär veranlagten Umweltrechts auf Schnittpunkte zum Wirtschaftsstrafecht einzugehen.[7] Wirtschaftliche Entscheidungen gehen oft zu Lasten des Umweltschutzes. Zusätzlich zu etwaigen Regelungslücken und dem Strafrecht als geeignetem Instrument sind Defizite in der Durchsetzung bestehender umweltschützender Normen zu untersuchen. So könnte letztendlich gar keine Regelungslücke bestehen, sondern nur eine Lücke in der Durchsetzung bereits bestehender Regeln. Insbesondere bei der Einhaltung der Ziele bereits ratifizierter internationaler Abkommen.

II. Begriff des Ökozids

Eine Definition des Begriffs Ökozid ist unerlässlich, um Schutzgut und -umfang eines potenziellen Ökozidtatbestands bestimmen zu können. Eine einheitliche Definition des Ökozids gibt es nicht.[8] Im deutschen Recht findet der Begriff ebenfalls noch keine Verwendung. Im internationalen Kontext gibt es allerdings einige Definitionsvorschläge von universitären Forschungsgruppen[9] und Nichtregierungsorganisationen[10]. Zudem stellen schon einige Nationen den Ökozid unter Strafe. Neben beispielsweise Frankreich, der Ukraine, Georgien und Armenien hat Belgien seit diesem Jahr ebenfalls einen Ökozidtatbestand in das Art. 94 § 1 Livre II du Code pénal aufgenommen. Für eine Eingrenzung des Begriffs wird daher auf internationale Texte zurückgegriffen und der politisch-historische Ursprung untersucht. Der Begriff Ökozid wurde 1970 von *Arthur Galston* erstmals im Zusammenhang mit dem Einsatz von Agent Orange im Vietnamkrieg auf der Conference on War and National Responsibility gebraucht.[11] Später wurde der Begriff immer wieder auf politischen Konferenzen aufgegriffen, um Umweltschädigungen großen Ausmaßes zu umschreiben.[12] Der aktuell prominenteste Definitionsvorschlag des Ökozids erfolgte im Juni 2021 durch ein von der Stop Ecocide Foundation eingesetztes Independent Expert Panel (IEP). „Ecocide means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts."[13] In einem Definitionsvorschlag einer Forschungsgruppe der UCLA heißt es: „[…] "ecocide" means any of the following acts, committed with the knowledge that they are likely to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment […]."[14] In Belgien wurde am 13.2.2024 ein neues Ökozidgesetz verabschiedet, das für Ökozid in Art. 94 § 1 Livre II du Code pénal ebenfalls die Voraussetzungen der schweren, weitreichenden und langfristigen Umweltschäden nennt. Anders als in den beispielhaft genannten Definitionen der UCLA und Belgiens müssen im IEP-Vorschlag nicht alle drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Der Begriff Ökozid wurde ähnlich wie der Begriff Genozid durch die Zusammensetzung mit dem lateinischen Wort ceadere gebildet.[15] Die Zusammensetzung der aus den altgriechischen und lateinischen abgeleiteten Begriffen caedere, was mit töten und oikos, was mit Hausgemeinschaft (bzw. später auch Umwelt) übersetzt werden kann, ergeben gemeinsam das Wort Ökozid.[16] Kritiker und Kritikerinnen befürchten ein Missverständnis des Ökozids als Verharmlosung des Genozids, wenn

7 Vgl. *Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, Rn. 16.
8 *Hotz*, ZStW 2021, 861 (865).
9 The Promise Institute for Human Rights (UCLA) Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide, 9.4.2021, S. 1 ff.
10 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
11 Abrufbar unter: https://ecocidelaw.com/history/ (Stand: 13.5.2024).
12 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
13 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
14 The Promise Institute for Human Rights (UCLA) Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide, 9.4.2021.
15 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, Commentary and Core Text, 6.2021.
16 Vgl. *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (480); Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.

die Begriffsbildung an diesen angelehnt ist.[17] Gerade die vorsätzliche Vernichtung, die das Verbrechen des Völkermordes ausmache, fehle bei schädigenden Handlungen gegen die Umwelt oft und sei nur Nebenprodukt.[18] Dagegen lässt sich anführen, dass die Auslöschung von Bevölkerungsgruppen oder gar der Weltbevölkerung zwar nicht zwingend das Ziel von Tätern und Täterinnen im Umweltstrafrecht ist, diese allerdings dennoch eine realistische Folge stark umweltschädlichen Verhaltens darstellt.[19] Zerstört der Mensch seine Umwelt endgültig, so zerstört er alles Leben auf der Erde inklusive der Menschheit. Schon heute spüren vor allem besonders vulnerable Gruppen, wie beispielsweise indigene Völker, die Folgen negativer Umwelteinflüsse des Menschen auf die Umwelt.[20] Den Begriff des Ökozids nach dem Vorbild des Genozids zu bilden, relativiert diesen nicht zwingend.[21] Die Bezeichnung als Ökozid ermöglicht vielmehr, die Bedeutung der gravierenden Konsequenzen schwerwiegender Eingriffe in die Natur zu betonen. Es handelt sich dabei nicht um die Abwertung des Genozids, sondern um die Aufwertung des Ökozids. Zu behaupten, der Begriff Ökozid würde dem Genozid seine Gravität absprechen, zeugt vielmehr von einem kurzsichtigen anthropozentrischen Weltbild, nach dem Schäden an der Umwelt nur ebendiese betreffen, solange kein Mensch direktes Opfer wird. Ökozid umfasst zumindest schwere und langfristige und/oder weitreichende Schäden an der Umwelt.

III. Umweltstrafrecht de lege lata

Um die Notwendigkeit eines Ökozidtatbestands beurteilen zu können, ist zu ermitteln, welche strafrechtlichen Regelungen bereits zum Umweltschutz bestehen, um eventuelle Mängel zu identifizieren. Dabei ist nicht nur der rechtliche Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen durch Strafnormen innerhalb Deutschlands, sondern ebenfalls innerhalb der EU und auf internationaler Ebene zu betrachten. Die Notwendigkeit einer globalen Betrachtung liegt darin begründet, dass Umweltzerstörung nicht an Ländergrenzen stoppt.[22] Die Umwelt ist ein komplexes System, das durch die starke Vernetzung von ökologischen Mechanismen nicht künstlich an Ländergrenzen aufgespalten werden kann.[23] Zudem unterfallen einige Gebiete der Natur, wie beispielsweise die hohe See, keiner klaren Jurisdiktion eines einzelnen Landes und sind damit besonders vulnerabel.[24] Diese grenzüberschreitende Veranlagung würdigte das *BVerfG* in seinem Klimabeschluss zum Umfang des Art. 20a GG und betonte die nationale und internationale Verpflichtung zum Klimaschutz.[25] Es bedarf sowohl nationaler als auch internationaler Anstrengungen, um weitere Umweltzerstörungen und den Klimawandel zu begrenzen.[26]

17 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (187); *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (481); *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021; *Heller*, Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of „Ecocide“ (That Isn't), OpinioJuris, 23.6.2021, online abrufbar unter: https://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/ (zuletzt abgerufen am 25.5.2024).
18 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (187); *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (481); *Heller*, Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of „Ecocide“ (That Isn't), OpinioJuris, 23.6.2021.
19 Vgl. *Bohn*, KlimR 2023, 70 (71 f.).
20 IPCC, Klimawandel 2023, Synthesebericht, Zusammenfassung für die politische Entscheidung, S. 5 f.; *Seidnitzer*, Ökozid – das Gesetz ändern, die Erde schützen?, NMRZ, 18.10.2021, S. 13, online abrufbar unter: https://www.menschenrechte.org/wp-content/uploads/2021/10/Oekozid.pdf (zuletzt abgerufen am 8.6.2024).
21 Vgl. *Bohn*, KlimR 2023, 70 (71).
22 Vgl. *Kloepfer/Heger*; Umweltstrafrecht, 3. Aufl. (2014), Rn. 368; *Saliger*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. (2020), Rn. 509.
23 Vgl. *Saliger/Lienert*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), Vor §§ 324 ff. Rn. 80.
24 Vgl. *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, Rn. 368.
25 *BVerfG*, Besch. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 -, Rn. 199 f.
26 *Prittwitz/Tiedeken*, SKR, 59 (81); *Satzger/Maltitz*, ZStW 2021, 1 (2 f.).

1. Umweltstrafrecht de lege lata im Völkerstrafrecht

Neben diversen internationalen Abkommen zum Schutz der Umwelt wie beispielweise dem UN-Seerechtsübereinkommen (UNCLOS), dem Washingtoner Artenschutzübereinkommen (CITES) oder dem Baseler Übereinkommen, ist Umweltschutz auch Teil des IStGH-Statuts.[27] Internationale Umweltschutzabkommen halten die unterzeichnenden Staaten zu größeren Bemühungen im Umweltschutz an und enthalten teilweise strafrechtliche Elemente, bleiben in ihrem Schutz jedoch fragmentarisch.[28] Ein justiziabler Straftatbestand des Ökozids ist in Völkerrechtlichen Übereinkommen nicht zu finden.[29] Im IStGH-Statut gibt es eine Norm, die schwere Umweltschädigungen unmittelbar völkerstrafrechtlich sanktioniert.[30] Die Zerstörung der Umwelt ist als Tatvariante in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut unter Strafe gestellt. Erfasst sind schwere Schäden, die an der natürlichen Umwelt verursacht werden, die weitreichend und langfristig sind. Sie umschreibt damit in anderen Worten den Begriff des Ökozids (siehe II.). Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut ist allerdings nicht auf Umweltschädigungen in Friedenszeiten oder rein nationale bewaffnete Konflikte anwendbar.[31] Dadurch sind etwaige Umweltschädigungen, die beispielsweise im globalwirtschaftlichen Kontext außerhalb von bewaffneten Konflikten erfolgen, nicht von der Norm abgedeckt. Als potenzielle Täter und Täterinnen von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut kommen damit vor allem Regierungen als Kriegsparteien in Betracht. Rein wirtschaftlich motivierte Ökozide fallen damit in der Praxis aus dem Anwendungsbereich heraus. Doch gerade diese Fallgruppe macht einen besonders großen Teil der Umweltzerstörungen aus.[32] Die Fallgruppe der Umweltschädigungen aus rein finanziellen Erwägungen stellt eine Lücke des Art 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut dar und sollte in einem neuen Ökozidtatbestand de lege ferenda berücksichtigt werden. Weitere Voraussetzung von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut ist, dass die Umweltschäden eindeutig außer Verhältnis zu dem erwarteten konkreten unmittelbaren militärischen Vorteil stehen. Diese Abwägungsmöglichkeit beeinträchtigt den Schutz, der der Umwelt durch diese Norm zugutekommt.[33] Dies erscheint jedoch angesichts der Rahmenbedingungen in internationalen bewaffneten Konflikten einleuchtend, da in kriegerischen Auseinandersetzungen der direkte Schutz von Menschenleben Priorität hat.[34]

2. Umweltstrafrecht de lege lata in der EU

Am 20.5.2024 trat die EU RL 2024/1203 vom 11.4.2024 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinien 2008/99/EG und 2009/123/EG in Kraft. Die Konzipierung der Richtlinie und ihre Eignung für die Praxis werden im Folgenden bewertet.

Die Neuregelung der EU RL 2008/99/EG und 2009/123/EG erfolgte, um den strafrechtlichen Schutz der Umwelt weiter zu verschärfen, Erwägungsgründe 3 und 4 EU RL 2024/1203. Mit der neuen Richtlinie sollen weitere Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden und die erfolgreiche Verfolgung von Umweltstraftaten in den Mitgliedstaaten verbessert werden, Erwägungsgrund 5 EU RL 2024/1203. In Erwägungsgrund 21 EU RL 2024/1203 wird die vorsätzliche, großflächige und erhebliche Schädigung von Ökosystemen thematisiert. Auf eine ausdrückliche Bezeichnung als Ökozid außerhalb der Präambel wurde weiterhin verzichtet. Allerdings wird darauf hingewiesen,

27 *Hotz*, ZStW 2021, 861 (873 ff.).
28 *Hotz*, ZStW 2021, 861 (892); *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (478).
29 *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (478).
30 *Hotz*, ZStW 2021, 861 (900).
31 *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, Rn. 387; *Hotz*, ZStW 2021, 861 (896).
32 Vgl. *Mommsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (218); *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 15.
33 *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (478).
34 *Wagner*, ZfIStw 2022, 477 (485).

dass auch Handlungen erfasst sein können, die mit Ökozid vergleichbar sind und dass der Ökozid in einigen Mitgliedstaaten bereits unter Strafe gestellt sowie auch Gegenstand von internationalen Diskussionen ist. Damit weist Erwägungsgrund 21 auf die bereits bestehenden Ökozid-Regelungen in einigen Mitgliedstaaten wie z.B. Frankreich und Belgien hin, aber auch auf die Debatte, ob Ökozid als fünftes Kernverbrechen in das IStGH-Statut aufgenommen werden soll. Die Richtlinie muss innerhalb der nächsten zwei Jahre von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden und hat damit direkten Einfluss auf das Umweltstrafrecht in Deutschland. Art. 6 EU RL 2024/1203 sieht vor, dass die strafrechtliche Belangung juristischer Personen ermöglicht werden soll, was eine Novelle des deutschen StGB, welches nur die Strafbarkeit natürlicher Personen vorsieht, erforderlich macht. Dies sichert EU-weit eine stärkere Haftung von Verantwortlichen in Unternehmen, die sich beispielweise in Deutschland aktuell noch oft der Strafbarkeit entziehen können.[35] Zudem sieht Art. 10 EU RL 2024/1203 die Einziehung von Taterträgen vor, um mit diesen die Herstellung des ursprünglichen Zustands der Umwelt zu finanzieren (Erwägungsgrund 49). Zudem ist neu, dass sich Unternehmen nicht mehr allein durch die Berufung auf die Einhaltung einer Genehmigung straffrei stellen können, was die strenge Verwaltungsakzessorietät lockern würde. Insbesondere werden natürliche Personen, die als Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen auftreten, gesondert geschützt, Art. 14 EU RL 2024/1203. So soll die Entdeckungsrate von Umweltstraftaten erhöht werden (Erwägungsgrund 54). Auch wenn die EU RL 2024/1203 die Einführung eines Ökozidtatbestands in den Mitgliedstaaten als solchen nicht konkret vorschreibt, so regelt sie in Art. 3 Abs. 3 einen Qualifikationstatbestand, wenn eine der Katalogstraftaten aus Art. 3 Abs. 2 verwirklicht wurde und ein Ökosystem von beträchtlicher Größe dadurch zerstört oder entweder irreversibel oder dauerhaft großflächig und erheblich geschädigt wurde. Mit dem Erfordernis der Einführung eines Qualifikationstatbestands in den Mitgliedstaaten, der besonders schwere Straftaten gegen die Umwelt erfasst, nähert sich die EU RL 2024/1203 inhaltlich der Einführung eines Ökozidtatbestands an (siehe II.). Zudem stellt die Richtlinie eine darüberhinausgehende Bestrafung in den Mitgliedstaaten frei. Damit hat ein ökozidähnlicher Tatbestand seinen Weg in die EU RL 2024/1203 gefunden. Zwar hängt dieser von der Verwirklichung einer der katalogisierten Taten ab und ist nicht so umfangreich konstruiert, wie der IEP- Entwurf, er sollte jedoch den größten Teil der denkbaren Lebenssachverhalte abdecken.

3. Umweltstrafrecht de lege lata in Deutschland

Das Umweltstrafrecht ist in Deutschland angesichts der multidimensionalen Regelungsmaterie interdisziplinär veranlagt.[36] Die Rechtsquellen für Umweltschutznormen erstrecken sich auf Umweltstrafrecht, Öffentliches Umweltrecht und Umweltprivatrecht.[37] Das Umweltstrafrecht als Teildisziplin ist insbesondere stark mit dem öffentlichen Recht verwoben.[38] So gilt im Umweltstrafrecht überwiegend das Prinzip der Verwaltungsakzessorietät.[39] Diese enge Verknüpfung liegt vor allem daran, dass im Umweltschutz diverse widerstreitende Aspirationen aufeinandertreffen; maßgeblich wirtschaftliche und umweltschonende Zielsetzungen, die in Ausgleich gebracht werden sollen.[40] Zudem bestünde sonst die Gefahr, die Rechtseinheit zu gefährden, wenn behördlich genehmigtes Verhalten unter Strafe gestellt wäre.[41] Diese starke Verknüpfung von Themen und die damit einhergehende Verteilung auf viele Rechtsgebiete macht das Umweltrecht zunehmend unübersichtlich.[42] Der 29. Abschnitt des StGB

[35] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 157 f.
[36] Vgl. *Satzger*, EnWZ 2023, 337 (338); *Saliger/Linert*, in: SSW-StGB, Vor § 324 Rn. 3.
[37] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 5; *Börner*, Umweltstrafrecht, 2020, Rn. 1.
[38] Vgl. *Börner*, Umweltstrafrecht, Rn. 1; *Krell,* Umweltstrafrecht, Rn. 20.
[39] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 67; *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, Rn. 76 ff.; *Saliger/Linert* in: SSW-StGB, Vor § 324 Rn. 6.
[40] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 5; *Börner*, Umweltstrafrecht, Rn. 1.
[41] *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, Rn. 7; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger, 30. Aufl. (2023), Vor § 324 Rn. 3.
[42] *Ransiek*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vor §§ 324 ff. Rn. 17; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), Vor § 324 Rn. 4; *Krell*, GA 2023, 81 (82).

regelt die umweltschützenden Normen im Kernstrafrecht. Das Nebenstrafrecht bleibt aus Platzgründen in der Analyse außer Betracht. Die §§ 324 ff. StGB schützen u.a. Gewässer, Boden und Luft. In § 330 StGB findet sich ein Qualifikationstatbestand, der u.a. das Konglomerat der Rechtsgüter der §§ 324-329 StGB vereint und damit einem Ökozidtatbestand im deutschen Recht am nächsten kommt.[43] Einen expliziten Ökozidtatbestand gibt es bis jetzt noch nicht. Es findet ein nur fragmentarischer Schutz von Ökosystemen statt. Mit der Umsetzung der EU RL 2024/1203 wird sich der Schutz ausweiten. Die Europäisierung des Umweltstrafrechts ist in vollem Gange.[44] Das jetzige deutsche Umweltstrafrecht steht insbesondere deshalb in der Kritik, weil ein starkes Gefälle bei der Sanktionierung von kleinen Verstößen im Verhältnis zu Verstößen großen Ausmaßes herrscht.[45] Grund dafür ist, dass die Verfolgung der Umweltdelikte als opferlose Kontrolldelikte stark abhängig von der Erstattung von Anzeigen durch Umweltbehörden und Bürgern und Bürgerinnen ist.[46] Der Grund für die Ungleichverteilung liegt damit vor allem in der unterschiedlichen Erfassung und Kontrolldichte durch Behörden und Bürger und Bürgerinnen.[47] Diese Problematik greift die neue EU RL 2024/1203 auf, die einen stärkeren Schutz von Anzeigeerstattenden und eine stärkere Kooperation der Behörden im Rahmen der Verfolgung von Umweltstraftaten vorsieht.

4. Zwischenergebnis

Im Völkerstrafrecht, im EU-Recht und im deutschen Recht gibt es bis jetzt noch keinen vereinheitlichten Ökozidtatbestand de lege lata. Im IStGH-Statut fehlt insbesondere eine Sanktion von schweren Umweltschädigungen zu Friedenszeiten. Die Richtlinie EU RL 2024/1203 wird mit Umsetzung in den Mitgliedstaaten mindestens zur Sanktionierung von ökozidähnlichen Verhaltensweisen führen. Die Umsetzung der Richtlinie EU RL 2024/1203 in Deutschland kann den bis jetzt nur bruchstückhaften Schutz der Umwelt ausweiten. Ein expliziter Ökozidtatbestand ist aber nicht geplant.

IV. Ökozidtatbestand de lege ferenda

Ob wir einen Ökozidtatbestand de lege ferenda brauchen, bemisst sich danach, ob das Strafrecht ein geeignetes Instrument darstellt und ob ein weiterer, über die aktuelle Rechtslage hinausgehender Regelungsbedarf im Völkerstrafrecht, EU-Recht und in Deutschland besteht. Zudem ist insbesondere die Geeignetheit des IEP-Entwurfs als konkreter Vorschlag für einen völkerrechtlichen Ökozidtatbestand de lege ferenda zu untersuchen.

1. Strafrecht als geeignetes Instrument

Strafrechtsnormen dienen unter anderem der Sicherung schützenswerter Rechtsgüter.[48] Ohne schützenswertes Rechtsgut wäre das Erfordernis einer Strafnorm schwer zu legitimieren.[49] In der Frage nach der Notwendigkeit eines Ökozidtatbestands kommt das Rechtsgut der Umwelt in Betracht.[50] Die Umwelt und seine Medien Wasser,

[43] Vgl. *Albrecht*, Ökozid: Umweltschutz durch Strafrecht?, green legal impact, 1.2.2023, online abrufbar unter: https://www.greenlegal.eu/oekozid/ (zuletzt abgerufen am 31.5.2024).
[44] *Saliger/Linert*, in: SSW-StGB, Vor §§ 324 ff. Rn. 81; *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 22.
[45] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 529; *Krell*, GA 2023, 81 (84).
[46] *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 527 ff.; *Bohn*, KlimR 2023, 70 (74).
[47] Vgl. *Krell,* Umweltstrafrecht, Rn. 17; *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 530; *Schall*, NJW 1990, 1263 (1270).
[48] *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2023), § 3 Rn. 1 ff.
[49] *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, Rn. 35.
[50] *Bohn*, KlimR 2023, 70 (74).

Luft und Boden, sind in der deutschen Rechtsordnung anerkannte Schutzgüter.[51] Umstritten ist, ob der Umweltbegriff von einem rein öko- oder anthropozentrischen Standpunkt zu betrachten ist[52]. Die generelle Schutzbedürftigkeit der Umwelt ist jedoch anerkannt, ganz gleich, ob sie ihrer selbst wegen oder aus Nutzen für den Menschen erfolgt.[53] Der (anthropozentrische) Umweltschutz findet sogar Niederschlag im Grundgesetz, vgl. Art. 20a GG. Zwar können der Umfang des Umweltbegriffs des Strafrechts und der Umfang der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG nicht gleichgestellt werden, doch ergeben sich Überschneidungen.[54] Das Erfordernis eines geeigneten Rechtsguts ist damit erfüllt. Infolgedessen liegt zumindest ein schützenswertes Rechtsgut für eine Strafnorm vor. Darüber hinaus müsste das Strafrecht als schärfstes Schwert, dass dem Gesetzgeber zur Verfügung steht, als ultima ratio zum Einsatz kommen.[55] Dieses Erfordernis hängt mit dem starken Grundrechtseingriff zusammen, der mit dem Einsatz strafbewehrter Normen einhergeht.[56] Es sind vorrangig zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Möglichkeiten zu erwägen, ebenso wie nicht-juristische Maßnahmen.[57] Es wurden schon diverse Gesetze zum Umwelt- und Klimaschutz wie beispielsweise das BImSchG, KSG und KrWG erlassen. Ob ein Schutz durch die nicht-strafrechtlichen Gesetze ausreicht, ist fraglich.[58] So muss das KSG überarbeitet werden, weil es u.a. nicht den Anforderungen des Art. 20a GG für einen ausreichenden Schutz der Lebensgrundlagen genügt.[59] Bevor zum subsidiär zu nutzenden Instrument des Strafrechts gegriffen wird, können nicht-juristische Maßnahmen in Erwägung gezogen werden.[60] So können Maßnahmen zur Information und Aufklärung zu umweltschonendem Verhalten sowie gezielte Wirtschaftsförderungen von erneuerbaren Energien und die Einrichtung einer geeigneten umweltfreundlichen Infrastruktur geeignete Lösungsansätze darstellen. Eine Implementierung von nicht strafrechtlichen Maßnahmen ist in der EU RL 2024/1203 erfolgt. Gemäß Art. 16 RL 2024/1203 sollen Informations- und Sensibilisierungskampagnen sowie Forschungs- und Bildungsprogramme zur Prävention eingerichtet werden. Solche Maßnahmen werden seit geraumer Zeit schon durch Nichtregierungsorganisationen und Aktivisten und Aktivistinnen durchgeführt. Ob man mit reinen Informations- und Bildungsprojekten einen Strukturwandel schaffen kann, ist allerdings fraglich. Der European Green Deal strebt die Klimaneutralität Europas bis 2050 an.[61] Dieses Ziel ist begrüßenswert, allerdings steht der European Green Deal in der Kritik, weil eine Klimaneutralität bis 2050 zu einer Verfehlung der Ziele des Pariser Abkommens führen würde.[62] Angesichts der Tatsache, dass sich die menschengemachte Klimakatastrophe weiterhin rasant entwickelt, ist davon auszugehen, dass die bisherigen nicht-juristischen Bestrebungen ungenügend sind, um einen erfolgreichen Umweltschutz zu gewährleisten.[63] Ein Grund dafür, dass der Erfolg solcher Maßnahmen in Zukunft erfolgversprechender sein könnte, ist nicht ersichtlich. Allerdings ist der Einsatz von Sanktionsnormen mit dem Ziel, gesellschaftlichen Wandel herbeizuführen,

51 *Heger* in: Lackner/Kühl, Vor § 324 Rn. 7; *Heine/Schnittenhelm*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 324 ff. Rn 8.
52 *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 25 ff.; *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, Rn. 41 ff.
53 *Heger* in: Lackner/Kühl, Vor § 324 Rn. 7; *Fischer*, StGB, Vor § 324 Rn. 3a.
54 *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 1, 102. EL (Stand: 1.9.2023), Art. 20a GG Rn. 9; *Fischer*, StGB, Vor § 324 Rn. 3.
55 *Rengier*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 5 ff.
56 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 97 ff.
57 *Rengier*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 5 ff.
58 *Comes*, KlimR 2023, 361 (365).
59 Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18 -.
60 Vgl. *Schall*, NJW 1990, 1263 (1273).
61 Online abrufbar unter: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de (zuletzt abgerufen am 8.6.2024).
62 *Vorreiter*, Europas Kampf gegen den Klimawandel, Deutschlandfunk, 14.10.2020, online abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/green-deal-europas-kampf-gegen-den-klimawandel-100.html#f (zuletzt abgerufen am 8.6.2024).
63 *Comes*, KlimR 2023, 361 (365).

kritisch zu betrachten.[64] Aus kriminologischer Sicht ist die Wirkung einer Sanktionierung nicht zwingend das erwartete Ausbleiben des abweichenden Verhaltens.[65] So werden trotz existierender Verbotsnormen Straftaten gegen die Umwelt begangen. Aber sollte deswegen automatisch die Sanktionierung gesellschaftlich unerwünschten Verhaltens ausbleiben? Würde man von dem Erlass von Strafgesetzen absehen, nur weil man ihre Nichtbeachtung fürchtet, so würde das Recht dem Unrecht ohne großen Widerstand weichen. Strafrecht ist vielmehr als „Instrument der Freiheitsverteilung“[66] zu verstehen, welches in diesem Fall das Allgemeingut der Umwelt schützen soll. Der Verzicht auf einen Ökozidtatbstand, weil man die Nichtbeachtung fürchtet, ist dementsprechend keine logische Option. Viel entscheidender für die Wirksamkeit und Beachtung eines Straftatbestands ist kriminologisch betrachtet die Entdeckungs- und Verfolgungswahrscheinlichkeit.[67] Würde man einen Ökozidtatbestand mit dem nötigen behördlichen Aufwand verfolgen, so wäre er automatisch effektiver.[68] Dem Bestreben, den Ökozid als Straftatbestand zu etablieren, wird häufig reine Symbolik vorgeworfen.[69] Das Argument, ein Strafgesetz sei nur symbolisch, ist inhaltsarm und vermeidet sachliche Kritik, ist doch jedes Strafgesetz symbolischer Ausdruck gesellschaftlicher Wertungen.[70] Manche Kritik der reinen Symbolik eines solchen Tatbestandes meint vielmehr, dass befürchtet wird, ein solcher Tatbestand sei wenig effektiv.[71] Doch auch wenn die Abschreckungswirkung nicht das gewünschte Ausmaß hat, weil es an einer konsequenten Verfolgung von Umweltstraftaten mangelt, so sollte Verhalten, das der Gesamtgesellschaft schadet, dennoch Ausdruck in seinen Strafgesetzen finden. Gleichzeitig ist dabei allerdings Vorsicht vor einer Überregulierung geboten.[72] Im Strafrecht ist eine fragmentarische Regelung erstrebenswert, die besonders sozialschädliche Verhaltensweisen abdeckt.[73] Ein Ökozidtatbestand de lege ferenda zielt nur auf besonders schwere Schäden an der Umwelt ab, die besonders schädlich für die Gesamtgesellschaft sind - die Gefahr ein Überregulierung ist nicht anzunehmen. Somit ist trotz aller Vorsicht bei der Einführung neuer Straftatbestände die Implementierung eines Ökozidtatbestandes Ausdruck eines konsequenten Umweltschutzes und kann durch seine general- und spezialpräventive Wirkung ein weiteres wirksames Mittel im Kampf gegen Umweltzerstörung und Klimawandel sein.[74] Die bereits verstrichene Zeit im Kampf gegen den Klimawandel und die zunehmende Häufung der Folgen der Klimakatastrophe halten zudem an, möglichst viele wirksame Mittel einzusetzen.[75]

2. Notwendigkeit einer weitergehenden Regelung

Erforderlich ist eine Regelung nur, wenn die Mängel, die de lege lata im Umweltstrafrecht bestehen, durch einen Ökozidtatbestand de lege ferenda behoben werden können. Dabei sind sowohl die Regelungslücken auf internationaler als auch nationaler Ebene zu beleuchten.

64 *Mühre*l, AVR 2022, 322 (338 f.).
65 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (73).
66 *Rössner*, in: HK-GS, StGB, 5. Aufl. (2022), Vor §§ 1 ff. Rn. 1.
67 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (73 f.).
68 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (73 f.).
69 *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021; *Satzger*, EnWZ 2023, 337 (338).
70 Vgl. *Peters*, JR 2020, 414 (414 f.).
71 Vgl. *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021; *Satzger*, EnWZ 2023, 337 (338).
72 Vgl. *Hartmann* in HK-GS, StGB, § 324 Rn. 3; *Schrott*, JN 2023, 207 (221).
73 *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 97.
74 *Comes*, KlimR 2023, 361 (365).
75 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (74); *Comes*, KlimR 2023, 361 (365).

a) Ökozidtatbestand de lege ferenda im Völkerstrafrecht

Ein Ökozidtatbestand im Völkerstrafrecht könnte die Lücken des Umweltschutzes im IStGH-Statut zu Friedenszeiten schließen. Dabei sind mögliche gesetzestechnische Schwierigkeiten der Implementierung einer neuen Norm in das IStGH-Statut aufzuweisen, sowie die Geeignetheit des Vorschlags des IEP zu analysieren.

aa) generelle Eignung einer völkerstrafrechtlichen Regelung

Die Wesensverschiedenheit der Regelungsmaterie der Verbrechen gegen die Menschheit zum Rechtsgut des Ökozids könnte einer Aufnahme des Ökozids in den Verbrechenskatalogs des IStGH-Statuts entgegenstehen[76]. Man könnte annehmen, Eingriffe in die Umwelt außerhalb von bewaffneten Konflikten basierten häufig auf unternehmerischen Entscheidungen durch natürliche und juristische Personen und seien nicht vergleichbar mit staatlich begangenen Verbrechen während bewaffneter Konflikte.[77] Gegen diese Annahme spricht, dass Eingriffe in die Umwelt und deren Ahndung stark mit der Erlaubnis oder Duldung durch staatliche Entscheidungsträger und Entscheidungsträgerinnen zusammenhängt.[78] Zwar sind die unmittelbar Handelnden, auf die eine Neuregelung abzielt, unter anderem Akteure im Wirtschaftsleben, doch auch diese sind an Genehmigungen durch Behörden gebunden oder bei Verstößen Ziel staatlicher Untersuchungen. Kommen Staaten diesen Aufgaben der Durchsetzung der geltenden internationalen und nationalen Umweltschutzregeln nicht nach, so stellt dies sehr wohl ein vergleichbares Systemunrecht dar, gegen das die Weltgemeinschaft ohne wirksame Sanktionsmechanismen machtlos wäre.[79] Die wirtschaftlich motivierte Abholzung des Amazonasregenwaldes in Brasilien durch private Unternehmen soll hier als Beispiel dienen.[80] 94 % der Rodungen in den Jahren von 2000 bis 2020 erfolgten rechtswidrig, wurden jedoch nicht von den zuständigen staatlichen Behörden geahndet.[81] Bei einer so hohen Zahl an illegalen Aktivitäten, die nicht von staatlicher Seite aus verfolgt werden, kann von strukturellen Problemen gesprochen werden.[82] Angesichts des dramatischen Ausmaßes, den ein unzureichender Umweltschutz für die Weltbevölkerung haben wird, kann der Ökozid sehr wohl geeigneter Regelungsgegenstand einer neuen Norm im IStGH-Statut sein.[83] Auch das Argument, die rein wirtschaftliche Betrachtung bei der Begehung eines Ökozids stelle kein vergleichbares Unrecht zu der gezielten Begehung eines Kriegsverbrechens dar[84] verfängt nicht. Den eigenen kurzfristigen Profit über das langfristige Wohlergehen der Weltbevölkerung zu stellen, stellt ein zu ahndendes Unrecht dar. Das Ausmaß dieses Delikts wird oft verkannt, weil häufig erst eine Kumulation von Eingriffen über einen gestreckten Zeitraum zu einem eindrücklichen Schaden führt.[85] Die Relativierung von Ökoziden durch das Hervorheben der meist überwiegenden wirtschaftlichen Motive der Täter und Täterinnen ist gefährlich, denn es bezieht nicht alle Faktoren mit ein. So kostete die Behebung der Schäden, verursacht durch die Klimakrise, seit 2018 allein in Deutschland 80 Milliarden Euro.[86] Bis zum Jahr 2050 wird mit Kosten von 280 bis 900 Millliarden Euro gerechnet.[87] Die Konsequenzen der akkumulierten Folgen von Ökoziden werden in Zukunft immens sein und

76 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (187).
77 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (187).
78 *Schall*, NJW 1990, 1263 (1271).
79 *Seidnitzer*, Ökozid – das Gesetz ändern, die Erde schützen?, NMRZ, 18.10.2021, S. 13.
80 *Seidnitzer*, Ökozid – das Gesetz ändern, die Erde schützen?, NMRZ, 18.10.2021, S. 13.
81 Vgl. WWF, Brasiliens (il)legale Waldzerstörung, 20.5.2021, online abrufbar unter: https://www.wwf.de/2021/mai/brasiliens-illegale-waldzerstoerung (zuletzt abgerufen am 24.5.2024).
82 *Seidnitzer*, Ökozid – das Gesetz ändern, die Erde schützen?, NMRZ, 18.10.2021, S. 13.
83 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (70).
84 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (187).
85 *Saliger/Linert*, in: SSW-StGB, Vor §§ 324 ff. Rn. 70ff.
86 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, gemeinsame Pressemitteilung, 6.3.2023, online abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2023/03/20230306-konsequenter-klimaschutz-und-vorsorgende-klimaanpassung-verhindern-milliardenschaeden.html#:~:text=145%20Milliarden%20Euro%20Schäden%20durch%20die%20Folgen%20der%20Klimakrise%20entstanden,280%20bis%20900%20Milliarden%20Euro (zuletzt abgerufen am 24.5.2024).
87 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, gemeinsame Pressemitteilung, 6.3.2023.

Menschenleben kosten. Auf der UN-Klimakonferenz in Dubai im Jahr 2023 wurden unter anderem Prognosen für die zukünftigen Gesundheits- und Sterblichkeitsrisiken für Menschen basierend auf Umweltverschmutzungen und Klimawandel vorgestellt. Es wird mit einer Übersterblichkeit von 250 000 Toten pro Jahr bis 2050 verursacht durch den Klimawandel gerechnet.[88] Damit steht eine Vielzahl an Menschenleben auf dem Spiel, die durch konsequente internationale und staatliche Bemühungen geschützt werden könnten. Zudem werden die Folgen vor allem Länder im globalen Süden ungleich härter treffen, obwohl diese weniger zu Umweltschäden beitragen als andere Nationen.[89] Diese Asymmetrie in der Auswirkungskraft auf ärmere Länder stellt eine nicht hinnehmbare Ungerechtigkeit dar, für die die internationale Staatengemeinschaft einstehen sollte.[90] Ökozid und die Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind in einigen Punkten sehr ähnlich: das immense Ausmaß an Leid, dass mit der Verwirklichung einhergeht und die strukturelle, finanzielle Übermacht von Tätern und Täterinnen, denen nur mit nationalen und internationalen Kraftanstrengungen die Stirn geboten werden kann. Eine Aufnahme des Ökozids ins Völkerstrafrecht verspricht das Machtgefällte zwischen Tätern und Täterinnen und Opfern abzuschwächen und der Gesellschaft ein weiteres Verteidigungsmittel in die Hand zu geben. Die Gravität des Ökozids steht der der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zumindest auf der Erfolgsseite in nichts nach. Ein Argument gegen die Durchschlagskraft eines Ökozidtatbestandes im IStGH-Statut ist, dass gerade die Nationen, die zu den besonders großen Emittenten gehören, nämlich China, USA, Russland und Indien, keine Vertragsstaaten sind.[91] In eine ähnliche Kerbe schlägt das Argument, einige Vertragsstaaten könnten von der Opt-Out Option Gebrauch machen, so dass der Ökozidtatbestand nicht für alle Staaten gelte.[92] Wenn sich allerdings stets darauf berufen wird, dass andere Nationen nicht von den eigenen Bemühungen erfasst und die eigenen Anstrengungen deswegen nutzlos sind, dann stagniert der Umweltschutz. Ein weiterer Unterschied des Ökozids de lege ferenda zum Umweltstrafrecht de lege lata im Völkerstrafrecht ist die beabsichtigte stärkere Verantwortlichkeit von am Wirtschaftsleben Beteiligten und das Beschränken von Umweltzerstörungen im Zuge einer Profitsteigerung.[93] Diese angestrebte individuelle Verantwortlichkeit verspricht, eine vorher weniger erfasste Täter- und Täterinnengruppe zu einem Umdenken zu zwingen. Wenn der Ökozid nicht mehr als Kollateralschaden rein wirtschaftlicher Überlegungen hinnehmbar ist, sondern von Bedenken einer stärkeren Sanktionierung geleitet wird, kann Umweltschutz gelingen. Eine internationale Regelung würde zu einer einheitlichen Begrenzung v.a. wirtschaftlich motivierter Umweltstraftaten in Friedenszeiten führen. Dies würde das Argument vieler Großkonzerne, sie würden sonst international benachteiligt und in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beschränkt werden, eindämmen. Auch könnte ein Sanktionsgefälle vermindert werden und damit Fälle des sog. Forum Shopping verringert werden. Gegen einen internationalen Ökozidtatbestand könnte auch eine Ungleichbehandlung von Staaten sprechen, die in einem anderen Entwicklungsstatus sind als die Industrieländer.[94] Einige Verhaltensweisen der Industrieländer, die in der Vergangenheit liegen, wären unter einem Ökozidtatbestand de lege ferenda strafbar. Nur weil diese in der Vergangenheit liegen, ist eine Strafbarkeit im Namen des Rückwirkungsverbots ausgeschlossen. Zudem gibt es in Industrienationen schlicht viel weniger Flächen, die noch für einen Ökozid in Frage kommen würden.[95] In anderen Ländern, in denen noch große Flächen

88 IPCC, Fact Sheet – Health, Climate Change Impacts and Risks, 2.2023, online abrufbar unter: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/outreach/IPCC_AR6_WGII_FactSheet_Health.pdf (zuletzt abgerufen am 24.5.2024).
89 *Satzger*, EnWZ 2023, 337 (338).
90 *Satzger*, EnWZ 2023, 337 (338).
91 *Mühre*l, AVR 2022, 322 (350); *Wagner*, ZfIStW 2022, 477 (480).
92 *Wagner*, ZfIStW 2022, 477 (480).
93 *Popoola*, in: Pfaff, Ökozid, 2023, S. 37 (40).
94 *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, 2024, S. 397 (404 f.); *Burchard/Schmidt*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht S. 82 (101 f.); vgl. *Satzger/Maltitz*, ZStW 2021, 1 (28 f.)
95 *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 397 (404).

funktionsfähig sind, besteht damit ein viel höheres Risiko einer Kriminalisierung.[96] Dies könnte die wirtschaftlichen Entwicklungen in den fraglichen Ländern ausbremsen, was zu einer weiteren Benachteiligung und Verschärfung von bereits bestehenden Ungleichheiten führen könnte.[97] Diesem Argument kann entgegengebracht werden, dass die geographische Lage des vom Ökozid betroffenen Gebietes nicht mit dem Aufenthaltsort der eventuellen Täter und Täterinnen gleichzusetzen ist.[98] Auch Täter und Täterinnen, die außerhalb ihres Staatsgebietes Ökozid begehen, wären erfasst. Außerdem muss der Umweltzerstörung aus wirtschaftlichen Gründen, wie bereits dargelegt, Einhalt geboten werden. Das Argument der Ungerechtigkeit gegenüber dem Globalen Süden, den ohnehin die Folgen des Klimawandels härter treffen als den ursprünglich verursachenden Globalen Norden, ist damit aber noch nicht vollständig ausgeräumt. Angesichts der Dringlichkeit einer Veränderung im Umgang mit der Natur und der Unerlässlichkeit von Normen, um die Umwelt zu schützen, bleibt zum Ausgleich der Ungerechtigkeit aber noch ein weiterer Ausweg, als auf schützende Normen zu verzichten. Man könnte an Ausgleichszahlungen aus einem Fonds für Entwicklungsnachteile, die durch einen beschränkenden Ökozidtatbestand entstehen, nachdenken.[99] Sinn und Zweck des IStGH-Statuts ist es zudem, internationale Konflikte zu vermeiden. In absehbarer Zeit wird der Klimawandel zu weiteren internationalen Konflikten führen, wegen möglicher Ressourcenknappheit und Klimamigrationswellen.[100] Wenn jetzt ein Ökozidtatbestand implementiert wird, könnten auch mögliche zukünftige Spannungen vermieden werden, indem schon präventiv klare Regeln geschaffen werden. Ein weiterer Schwachpunkt ist das chronische Vollzugsdefizit des Völkerstrafrechts.[101] Wird eine Norm nur erlassen, aber nicht verfolgt, so verkommt sie zur reinen Formsache und kann mehr Schaden als Nutzen bringen.[102] Nur in Verbindung mit konsequenter Verfolgung kann die Norm ihren Schutzcharakter entfalten.[103] Da die Umwelt als Opfer des Ökozids nicht selbst bei den Behörden Anzeige erstatten kann, ist der Erfolg der Norm von strengen Kontrollen abhängig.[104] Dem ist entgegenzusetzen, dass das Vollzugsdefizit des IStGH-Statuts nicht die Erforderlichkeit der Normen des IStGH-Statuts in Frage stellt. Die Einführung der vier Kernverbrechen war ein historischer Durchbruch und stellt einen internationalen Erfolg dar. Die Erweiterung des Katalogs birgt zwar Risiken, doch sie würde Hoffnung auf eine verstärkte internationale Zusammenarbeit in Krisenzeiten machen. Dies gilt ebenso für die Einführung eines potenziellen neuen Tatbestands, der kriminologisch ein opferloses Kontrolldelikt darstellt.[105]

bb) kritische Würdigung des IEP-Vorschlags

Der Vorschlag des IEP bedarf der besonderen Begutachtung als aktuell bekanntester Entwurf eines internationalen Ökozidtatbestands. Er ist auf mögliche Mängel hin zu untersuchen, um die Geeignetheit dieses Entwurfs als fünftes Kernverbrechen beurteilen zu können.

96 *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 397 (404 f.).
97 *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 397 (404 f.); vgl. *Burchard/Schmidt*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 82 (101 f.); vgl. *Satzger/Maltitz*, ZStW 2021, 1 (28 f.)
98 *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 397 (405).
99 *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 397 (405).
100 *Haverkamp/Langlet*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 473 (473 f.).
101 *Mührel*, AVR 2022, 322 (345).
102 *Mührel*, AVR 2022, 322 (346).
103 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (73 f.).
104 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (74).
105 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (74).

(1) Konzipierung

Im ersten Absatz des vom IEP vorgeschlagenen Art. 8 ter wird der Ökozid definiert und die zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale festgelegt. In einem zweiten Absatz werden die Tatbestandsmerkmale des ersten Absatzes (*wanton, severe, widespread, long-term und environment*) definiert. Dabei bilden "*severe and either widespread or long-term damage"* und *"unlawful"* objektive Tatbestandsmerkmale und "*knowledge that there is a substantial likelihood"* und "*wanton"* subjektive Tatbestandsmerkmale.[106] Der vom IEP vorgeschlagene Ökozidtatbestand bildet damit eine Erweiterung des bereits existierenden Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut und soll zusätzlich Ökozid zu Friedenszeiten bestrafen.[107] Die konkrete Gefahr („*substantial likelihood"*) des Eintritts von Umweltschädigungen reicht nach dem Vorschlag für eine Strafbarkeit aus. Damit ist der Tatbestand des Art. 8 ter als Gefährdungsdelikt konzipiert.[108] Die Umweltschädigung muss dabei schwer („*severe*") und entweder weitreichend („*widespread*") oder langfristig („*long-term*") sein. Diese Eingrenzungskriterien bilden die erste Schwelle (1. Threshold) und sollen den weit gestalteten Tatbestand des Gefährdungsdelikts begrenzen. Zusätzlich eingeschränkt wird dieser weitreichende Tatbestand durch eine zweite Schwelle (2. Threshold) mit dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit („*unlawful*") oder Willkür („*wanton*").[109] Bei der Konzipierung orientierte sich das IEP gleich an mehreren Normen des IStGH-Statuts de lege lata.[110] So ist der Begriff des Ökozids an den des Genozids aus Art. 6 IStGH-Statut angelehnt, der Tatbestandsaufbau allerdings an den des Verbrechens gegen die Menschlichkeit aus Art. 7 IStGH-Statut.[111]

(2) severe and either widespread or long-term damage

Bei dem objektiven Tatbestandsmerkmal „*severe and either widespread or long-term damage"* weicht das IEP von der Formulierung in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut, der Umweltschädigungen im Rahmen von internationalen Konflikten bestraft, ab. In Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut müssen alle drei Tatbestandsmerkmale „*widespread, long-term and severe*" in Summe vorliegen.[112] Im Art. 8 ter hingegen würde das Vorliegen von „*severe*" und alternativ entweder „*widespread*" oder „*long-term damage*" ausreichen.[113] Insoweit ist der Art. 8 ter mit etwas niedrigeren Anforderungen als Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut ausgestaltet.[114] Durch diese unterschiedliche Ausgestaltung kommt es zu Abgrenzungsproblemen zwischen Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut und Art. 8 ter de lege ferenda.[115] Der IEP-Entwurf enthält zur Anwendbarkeit des Art. 8 ter in Kriegszeiten keine weiterführenden Erklärungen. Nach dem Grundsatz lex specialis müsste Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut, der nur bei internationalen bewaffneten Konflikten anwendbar ist, Art. 8 ter, der allgemein Ökozid auch in Friedenszeiten erfasst, als spezielleres Gesetz vorgehen.[116] Nach dem Grundsatz lex posterior derogat lex priori müsste der neue Art. 8 ter de lege ferenda dann vorrangig gegenüber dem älteren Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut anzuwenden sein.[117] Für die unterschiedliche

106 *Mührel*, AVR 2022, 322 (328).
107 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
108 *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021; *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (216).
109 Vgl. Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
110 Vgl. Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
111 *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021.
112 *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Wagner*, ZfIStw, 2022, 477 (482).
113 *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Wagner*, ZfIStw, 2022, 477 (482, 485).
114 *Mührel*, AVR 2022, 322 (328); *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Wagner*, ZfIStw, 2022, 477 (482, 485).
115 *Mührel*, AVR 2022, 322 (328).
116 *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021.
117 *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021.

Ausgestaltung des Wortlautes bei Normen, die beide den Ökozid als Regelungsgegenstand haben, könnte allerdings sprechen, dass im Rahmen von bewaffneten Konflikten ein anderer Schutzgehalt als zu Friedenszeiten durchaus angebracht ist.[118] So würde die anderen Umstände, unter denen Ökozide bei bewaffneten Konflikten begangen werden, durch einen engeren Wortlaut und eine höhere Strafbarkeitsschwelle berücksichtigt.[119] Die niedrigeren Anforderungen des Art.8 ter IStGH-Statut begründet das IEP damit, dass der Tatbestand in einem ersten Schritt möglichst umfassend sein soll, um dann durch die Merkmale „*unlawful*" und „*wanton*" beschränkt zu werden.[120] Dies sei eine bewusste Abweichung von der Formulierung des anderen völkerrechtlichen Tatbestandes, als eine Art Kompromiss zwischen dem noch weiter gefassten Entwurf des ENMOD und dem zu engen Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut und dem ersten Zusatzprotokoll der Genfer Konvention.[121] Gegen die Entscheidung, den Wortlaut des Art. 8 ter im ersten Schritt weiter zu formulieren und dann durch „*unlawful*" und „*wanton*" wieder einzuschränken ist einzuwenden, dass das Erfordernis der Beschränkung bei einer Formulierung wie in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut von vornherein entfallen würde.[122]

(3) unlawful

Die Verwendung des Begriffs „*unlawful*" durch das IEP wirft gleich mehrere Probleme auf. Problematisch beim Erfordernis eines rechtswidrigen Handeln oder Unterlassen ist, dass das IEP dabei auf nationale Regelungen zurückgreifen möchte. Damit treffen unterschiedlichste nationale Regelungsintensitäten aufeinander und es kann zu rechtlichen Widersprüchen kommen.[123] Der Entwurf geht insofern in die falsche Richtung, weil er einen einheitlichen Schutztatbestand nicht gewährleisten kann.[124] Für die Rechtswidrigkeit einer Handlung soll sowohl das nationale als auch das internationale Recht maßgeblich sein.[125] Normkollisionen sind damit vorprogrammiert.[126] Zudem steht die Einbeziehung nationaler Gesetze im Gegensatz zum internationalen Charakter des Ökozidtatbestandes als internationales Verbrechen.[127] Der *IStGH* müsste in der Praxis nationale Gesetze auslegen, was bei fehlender Erfahrung zu weiteren Anwendungsschwierigkeiten führen würde und die Verfolgung von Umweltverbrechen damit noch komplexer machen würde, anstatt diese zu vereinfachen.[128] Problematisch ist, dass die einzelnen Mitgliedstaaten direkten Einfluss darauf nehmen könnten, wie weit der Umfang des erlaubten Verhaltens sein soll.[129] Folge davon könnten Wertungswidersprüche und Rechtsunsicherheiten sein.[130] Dies würde dem ursprünglichen Sinn und Zweck eines einheitlichen Ökozidtatbestandes, einen einheitlichen Tatbestand zu kreieren, zuwiderlaufen und seinerseits sog. Forum Shopping begünstigen.[131] Zudem könnte dies zu Szenarien führen, in denen national rechtmäßige Handlungen eigentlich gegen Völkerstrafrecht verstoßen und gleichzeitig je nach Tatort straflos oder strafbar sind.[132] Weiterhin könnte die Sorge vor strafrechtlichen Konsequenzen zu einer Abkehr von bereits bestehenden umweltschützenden Normen führen.[133] Das hätte die Konsequenz, dass der vorgeschlagene

118 Vgl. *Heller*, Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of „Ecocide" (That Isn't), OpinioJuris, 23.6.2021.
119 Vgl. *Heller*, Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of „Ecocide" (That Isn't), OpinioJuris, 23.6.2021.
120 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
121 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
122 *Mührel*, AVR 2022, 322 (328 f.).
123 *Mührel*, AVR 2022, 322 (329).
124 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (72).
125 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
126 Vgl. *Zimmermann*, in: Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht, S. 397 (402).
127 *Wagner*, ZfIStw, 2022, 477 (482).
128 *Mührel*, AVR 2022, 322 (330).
129 *Bock*, ZRP 2021, 187 (188).
130 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Bohn*, in: Pfaff, Ökozid, S. 83 (84).
131 Vgl. *Bohn*, KlimR. 2023, 70 (70).
132 Vgl. *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Mührel* AVR 2022, 322 (330).
133 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (70).

Art. 8 ter nicht die intendierte Verbesserung des Umweltschutzes bewirken würde, sondern das genaue Gegenteil.[134] Weitere Bedenken entstehen, weil nur bereits illegale Handlungen vom Ökozid erfasst sein sollen.[135] Damit erfolgt keine materielle Erweiterung des bestehenden Schutzes.[136] Es wird nur ein größeres internationales Anwendungsgebiet erfasst. Diese Folge der Schmälerung des Schutzes ist zunächst überraschend. Bezieht man so viele Umweltschutznormen wie möglich mit in den Begriff „*unlawful*" ein, so könnte man zunächst meinen, dass müsste den Schutzumfang automatisch erweitern und die Norm stärken, doch das Missbrauchspotenzial erhöht sich durch diese Einbeziehung immens, genauso wie die Rechtsunsicherheit und -ungleichheit.

(4) knowledge that there is a substantial likelihood

Das subjektive Tatbestandsmerkmal „*knowledge that there is a substantial likelihood*" wird vom IEP abweichend von den sonst im IStGH-Statut geltenden Vorsatzregeln in Art. 30 IStGH-Statut ausgestaltet.[137] Diese Abweichung vom Grundsatz des Art. 30 IStGH-Statut begründet das IEP damit, dass Vorsatz für Ökozid schlicht eine zu strenge Voraussetzung wäre.[138] Dieser wäre selten nachzuweisen und würde die Anwendbarkeit des Art. 8 ter zu stark einengen.[139] Würde hier eine Angleichung an die anderen Kernverbrechen und deren Systematik um jeden Preis erfolgen, so würde dies das Ziel des Umweltschutzes gefährden. Die Beweisanforderungen des Art. 30 IStGH-Statut sind für Ökozide schlicht zu hoch und Art. 8 ter würde Gefahr laufen, wegen Beweisschwierigkeiten leerzulaufen.[140]

(5) wanton

Das subjektive Tatbestandsmerkmal „*wanton*" soll Verhaltensweisen abdecken, die nicht rechtswidrig sind und sonst nicht von der Norm erfasst wären. Art. 8 Abs. 2 Buchst. a ter nennt als Definition „*reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated*"[141]. Damit liegt es am IStGH, die Abwägung der Verhältnismäßigkeit von sozialen und wirtschaftlichen Vorteilen der Umweltschädigung vorzunehmen.[142] Dem Spruchkörper des *IStGH* wird es jedoch am nötigen Fachwissen fehlen, so dass ein Urteil kaum ohne eine Vielzahl von Gutachten auskommen wird.[143] Außerdem könnte eine erneute Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den *IStGH* zu Widersprüchen zu nationalen Gesetzen führen, bei denen bereits soziale und wirtschaftliche Abwägungen vorgenommen wurden.[144] In der praktischen Anwendung wird es zudem schwierig werden, Willkür tatsächlich nachweisen zu können.[145]

(6) Bestimmtheitsgebot

Kritisch zu betrachten ist weiterhin die Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe des Art. 8 ter und die Einführung

134 *Bohn*, KlimR, 2023, 70 (70).
135 *Bohn*, KlimR. 2023, 70 (72).
136 *Bohn*, KlimR 2023, 70 (72).
137 *Mühre*l, AVR 2022, 322 (331); *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021.
138 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
139 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
140 *Mühre*l, AVR 2022, 322 (330).
141 Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Definition of Ecocide, 6.2021.
142 *Wagner*, ZfIStw, 2022, 477 (484).
143 *Mühre*l, AVR 2022, 322 (334).
144 *Mühre*l, AVR 2022, 322 (334).
145 *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Heller*, Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of „Ecocide" (That Isn't), OpinioJuris, 23.6.2021; *Ambos*, Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?, FAZ, 2.7.2021.

teilweise neuer Begriffe, mit einem gleichzeitigen Verzicht der Einführung von Regelbeispielen.[146] So könnten Regelbeispiele zu einer unnötigen Begrenzung des Anwendungsbereichs führen und nicht die Vielzahl der in der Praxis möglichen Fälle abdecken.[147] Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass durch den Verzicht der Konkretisierung durch Regelbeispiele in Kombination mit unbestimmten Rechtsbegriffen der Auslegung durch Gerichte eine zu große Rolle zukommen würde. An die Bestimmtheit von Strafgesetzen sind besonders hohe Anforderungen zu stellen, damit jeder und jede weiß, mit welchem Verhalten eine Strafbarkeit einhergeht.[148] Sonst droht ein Verstoß gegen Art. 22 IStGH-Statut.[149] Zum Vergleich ist der Entwurf des Promise Institute for Human Rights der University of California, Los Angeles (UCLA) heranzuziehen, der einen Ökozidtatbestand unter Zuhilfenahme von Regelbeispielen und einem Auffangtatbestand formulierte.[150] Damit wird der Tatbestand hinreichend konkretisiert, ohne Gefahr zu laufen, eine Regelungslücke zu schaffen. [151] Das Argument, Regelbeispiele würden zu einer Lücke führen, greift damit nicht.

cc) Zwischenergebnis

Das Völkerstrafrecht ist zwar grundsätzlich geeignet für einen Ökozidtatbestand de lege ferenda, doch der Vorschlag des IEP für einen Art. 8 ter leidet an erheblichen juristischen Mängeln. Insbesondere die fehlende Bestimmtheit und die daraus folgende Verlagerung der Ausfüllung der Norm auf den *IStGH*, sowie das Tatbestandsmerkmal „*unlawful*", das an nationale Illegalität anknüpft, gefährden die Effektivität der Norm.

b) Ökozidtatbestand de lege ferenda in der EU

Die Erweiterung des Schutzes der Umwelt in Verbindung mit gezielten Vorgaben hinschlich der Kooperation von Verfolgungsbehörden und Präventionsmaßnahmen in der neuen EU RL 2024/1203 erscheint vielversprechend. Aus formeller Hinsicht sind die Maßnahmen, insbesondere der Qualifikationstatbestand des Art. 3 Abs. 3, positiv zu bewerten. Im Gegensatz zu dem Ökozidtatbestand des IEP ist in der EU RL 2024/1203 nur eine Strafbarkeit bei rechtswidrigem Verhalten möglich. Zudem führt die Bedingung der Rechtswidrigkeit durch die (fortschreitende) Harmonisierung des EU-Rechts innerhalb der EU nicht zu Normkollisionen wie es bei dem IEP-Entwurf der Fall wäre.[152] Eine Einführung eines expliziten Ökozidtatbestandes hätte zwar stärkere Signalwirkung, wäre aber nicht zwingend effektiver und weiter gefasst als die aktuellen Vorgaben für die Mitgliedstaaten. Ob die Richtlinie weitreichend genug ist, wird sich in nächster Zeit in der Praxis zeigen. Die Notwendigkeit eines expliziten Ökozidtatbestandes de lege ferenda ist hier eher fraglich.

c) Ökozidtatbestand de lege ferenda in Deutschland

Ein Ökozidtatbestand de lege ferenda im Völkerstrafrecht als auch im EU-Recht würde sich ebenfalls auf das deutsche Umweltstrafrecht auswirken. Das deutsche Umweltstrafrecht steht wegen seiner Unübersichtlichkeit in der Kritik.[153] Ein einheitlicher Ökozidtatbestand könnte hier ein erster Schritt zur Vereinfachung des komplizierten

146 *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (216); *Mühret*, AVR 2022, 322 (334); *Kersting*, On Symbolism and Beyond, Defining Ecocide, Völkerrechtsblog, 8.7.2021, online abrufbar unter: https://voelkerrechtsblog.org/de/on-symbolism-and-beyond/ (zuletzt abgerufen am 10.6.2024).
147 *Kersting*, On Symbolism and Beyond, Defining Ecocide, Völkerrechtsblog, 8.7.2021.
148 *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 5 Rn. 11.
149 *Wagner*, ZfIStw, 2022, 477 (486).
150 The Promise Institute for Human Rights (UCLA) Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide, 9.4.2021, S. 2 f.
151 *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (217).
152 Vgl. *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (217).
153 Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 529; *Krell*, GA 2023, 81 (84).

Umweltstrafrechts sein und der vielseits kritisierten „Selektivität der Strafverfolgung“[154] entgegenwirken. Der Ökozidtatbestand de lege ferenda wäre vor allem auf die bis jetzt weniger ins Visier geratenen großen Konzerne gerichtet und würde die Ahndung von mehr als nur Bagatelldelikten ermöglichen.[155] Die Umsetzung der EU RL 2024/1203 könnte hier Abhilfe schaffen. So würde die Verwaltungsakzessorietät etwas gelockert und insbesondere die Verfolgung durch die Behörden intensiviert, was eine bessere Durchschlagskraft des deutschen Umweltstrafrechts verspricht. Wird die neue EU-Richtlinie in Deutschland erfolgreich umgesetzt, so dürfte hier ebenfalls eine ausreichende Kriminalisierung von Umweltstraftätern und Umweltstraftäterinnen entstehen.

d) Zwischenergebnis

Die neue EU-Richtlinie ist vielversprechend und dürfte den Schutz der Umwelt in der Praxis stärken. Ein darüberhinausgehender Ökozidtatbestand scheint nicht zwingend erforderlich. Insbesondere, weil die Richtlinie EU RL 2024/1203 einen ganzheitlichen Ansatz verfolgt, der die tatsächliche Entdeckungs- und Vollzugswahrscheinlichkeit deutlich erhöht. Auch die Festlegung einer Finanzierung und Datenerfassung dürfte durchaus die Erfolgsaussichten der Richtline erhöhen. Das deutsche Umweltstrafrecht wird durch die Richtline anzupassen sein. Die positiven Effekte dürften hier die gleichen sein. Ein völkerstrafrechtlicher Ökozidtatbestand, wie ihn das IEP vorsieht, scheint wenig geeignet, die gewünschten Effekte zu erzielen. Leidet der Entwurf doch an erheblichen Mängeln, die die Wirksamkeit des Ökozidtatbestandes untergraben würden.[156] Das heißt allerdings nicht, dass ein völkerstrafrechtlicher Ökozidtatbestand grundsätzlich ungeeignet wäre, das Ziel eines besseren Umweltschutzes zu erreichen.[157] Für einen völkerstrafrechtlichen Ökozidtatbestand spricht vor allem die aktuelle Lücke des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt außerhalb internationaler bewaffneter Konflikte, das große Machtgefälle zwischen den Akteuren und die bisher unzureichende praktische Umsetzung anderer internationaler nicht-strafrechtlicher Bemühungen im Umweltschutz.

V. Fazit

Angesichts der schweren Umweltschädigungen, wie beispielsweise den Rodungen im Amazonas-Regenwald, die Auswirkungen auf das globale Klima haben, ist der Einsatz aller verfügbaren Steuerungsinstrumente zur Verhinderung weiterer Schäden erforderlich. Ohne einen völkerstrafrechtlichen Sanktionsmechanismus wäre die Weltgemeinschaft weitgehend machtlos gegenüber groben Missachtungen von Umweltschutzvorschriften außerhalb internationaler bewaffneter Konflikte, die von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b Ziff. (iv) IStGH-Statut abgedeckt sind. Auch wenn zahlreiche internationale Abkommen wie beispielsweise UNCLOS oder CITES einen gewissen Umweltschutz versprechen, bleibt dieser hinter einem umfassenden Ökozidtatbestand de lege ferenda zurück. Bei dem Entwurf eines Ökozidtatbestandes greift das IEP auf eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe ohne Verwendung von Regelbeispielen zurück und überlässt dabei die konkrete Auslegung der Norm dem *IStGH*. Dies führt zu einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot. Demgegenüber ist der UCLA-Entwurf, der Regelbeispiele vorsieht, vorzugswürdig. Zudem würde das Tatbestandsmerkmal „*unlawful*“ im IEP-Entwurf unter Einbeziehung nationaler Gesetze zu Normkollisionen führen. Es besteht ein großes Missbrauchspotential, wenn durch nationale Gesetze

[154] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 60.
[155] Vgl. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 60.
[156] *Bock*, ZRP 2021, 187 (188); *Mührel*, AVR 2022, 322 (350 f.); *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (218).
[157] *Bohn*, KlimR 2023, 70 (74).

auf den Schutzumfang eines völkerrechtlichen Tatbestandes eingewirkt werden könnte. Der völkerrechtliche Charakter der Norm, der eigentlich losgelöst von nationalen Gegebenheiten bestehen sollte, würde beeinträchtigt. Außerdem könnte der bezweckte Schutz der Umwelt sogar verringert werden, wenn einzelne Staaten aus Sorge vor einer Kriminalisierung ihre Umweltschutzgesetze lockern würden. Das Argument, das Völkerrecht leide unter einem Vollzugsdefizit und ein Ökozidtatbestand im IStGH-Statut sei deshalb ineffektiv, kann dagegen nicht überzeugen. Damit würde man die Legitimität der anderen Kriegsverbrechen, die im IStGH-Statut unter Strafe gestellt sind, in Frage stellen. Die Tatsache, dass die größten Emittenten USA, China, Indien und Russland keine Vertragsstaaten sind, ebenso wie die Befürchtung, dass viele Vertragsstaaten die Opt-Out Option nutzen könnten, sollte nicht gegen eine Verankerung des Ökozidtatbestandes im IStGH-Statut sprechen. Beruft man sich stets auf die unzureichenden Bemühungen anderer Staaten, stagniert der Umweltschutz insgesamt. Nicht von der Hand zu weisen ist der Einwand, ein Ökozidtatbestand könne die Ungleichheiten zwischen Globalem Norden und Globalem Süden verstärken. Dem Gewinnstreben zum Preis einer unversehrten Umwelt ist dennoch eine Absage zu erteilen. Durch die Einführung eines Fonds könnten die Asymmetrien zwischen den historisch hauptverantwortlichen Umweltschädigern des Globalen Nordens und den Geschädigten des Globalen Südens ausgeglichen werden. Trotz der generellen Geeignetheit des Strafrechts als Instrument, vermag der Einsatz des Strafrechts allein allerdings nicht den erhofften Effekt zu erzielen. Deswegen ist auf alle verfügbaren Instrumente in einem orchestrierten Verfahren zurückzugreifen. Die Aufklärung über umweltfreundliches Verhalten, der Ausbau einer umweltschonenden Infrastruktur und die gezielte wirtschaftliche Förderung erneuerbarer Energien stellen dabei beispielsweise geeignete Schritte dar. In Art. 16 EU RL 2024/1203 ist zudem die Etablierung von Informations- und Sensibilisierungskampagnen festgelegt. Außerdem gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei Straftaten gegen die Umwelt um Kontrolldelikte handelt und es einer konsequenten Ermittlung bedarf, um Verstöße aufzudecken. Dies findet Niederschlag in der Konzipierung der neuen EU-Richtlinie, bei der eine stärkere Kooperation von Verfolgungsbehörden vorgesehen ist, sowie ein stärkerer Schutz von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen, Art. 14 EU RL 2024/1203. Dies könnte die Anzeigebereitschaft insgesamt erhöhen. Gleichzeitig soll die Einziehung von Taterträgen mit anschließender Nutzung dieser Mittel, zur Herstellung des Ursprungszustandes erfolgen, Art. 10 EU RL 2024/1203 und Erwägungsgrund 49. Die Richtlinie setzt auf ein breites Spektrum an Maßnahmen. Die Umsetzung der Richtlinie könnte in Deutschland dazu führen, dass die Verfolgungsasymmetrie zwischen Bagatellen und schweren Umweltstraftaten beseitigt wird. Für einen zielführenden Umweltschutz sollte kein begriffliches Greenwashing durch die isolierte Einführung eines Ökozidtatbestandes betrieben werden, sondern eine ernsthafte Durchsetzung des Rechts de lege lata, bei weiterer Fortentwicklung des Rechts de lege ferenda, unter Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Maßnahmen erfolgen.

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

KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift JuP

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Louisa Liers

Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung – Vorfeldkriminalisierung um jeden Preis?

Universität zu Köln
Fachbereich Rechtswissenschaft
Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann
Abgabedatum: 13.6.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung **24**
II. Überblick zur Richtlinie und deren Umsetzung **25**
1. Kernregelungen *25*
2. Ausgangslage im deutschen Strafgesetzbuch *26*
III. Die Umsetzung der Terrorismusrichtlinie **27**
1. Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG *27*
a) § 89a Abs. 2 StGB-E *27*
aa) Kritik *27*
bb) Stellungnahme *29*
b) § 89a Abs. 1 StGB-E *29*
aa) Kritik *29*
bb) Stellungnahme *30*
c) Umsetzung in der Strafprozessordnung *31*
2. Verhältnismäßigkeit und Gesinnungsstrafrecht *32*
a) Kritik *32*
b) BGH: Erfordernis einer einschränkenden Auslegung *33*
c) Stellungnahme *33*
3. Umsetzungsbedarf oder Symbolstrafrecht? *34*
a) Symbolstrafrecht *34*
b) Wirksamkeit der Regelungen *35*
c) Die Regelungen in der Praxis *36*
d) Umsetzung im Einzelnen *37*
aa) Versuchsstrafbarkeit § 89a Abs. 2a StGB-E *37*
bb) Versuchte Anstiftung § 89a Abs. 2b StGB-E *38*
cc) Der Ausreise- und Einreisetatbestand nach § 89a Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 StGB-E *38*
(1) Buchstabe a *38*
(2) Buchstabe b *39*
dd) Androhung einer terroristischen Straftat § 89a StGB-E *40*
ee) Stellungnahme *41*
IV. Fazit **41**

I. Einleitung

„Erhöhte Vorsicht in Deutschland aufgrund von Terrorismus geboten" – diese Reisewarnung ist seit dem 01. Mai 2024 auf der Internetseite des US-Außenministeriums zu lesen.[1]
Terrorismus ist kein neues Problem für unsere Gesellschaft und auch die Gesetzgeber und Rechtsanwender setzen sich bereits seit Jahrzehnten mit diesem Thema auseinander.
In der Bundesrepublik Deutschland ereigneten sich in den letzten Jahrzehnten einige schwere terroristische Anschläge und Straftaten.
Aufzuzählen sind beispielsweise der Anschlag auf das Münchener Oktoberfest 1980,[2] die Taten der RAF-Gruppe in den 1970er Jahren[3] oder der Anschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt 2016.[4] Anschläge und Straftaten dieser Art treffen ebenfalls andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union, so etwa der islamistische Anschlag in Paris im November 2015, sowie ein Anschlag in Barcelona im August 2017.[5]
Sowohl Deutschland als auch die Europäische Union haben in den letzten Jahrzehnten auf eben diese Vorfälle mit dem Erlass neuer Vorschriften, insbesondere Strafvorschriften, zur Terrorismusbekämpfung reagiert.[6] Eine der in diesem Kontext durch die Europäische Union erlassene Vorschrift ist die Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung (im Folgenden Terrorismusrichtlinie).[7] Ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Terrorismusrichtlinie wurde am 24. Mai 2024 an den Bundesrat weitergeleitet, nachdem die Umsetzungsfrist bereits seit dem 08. September 2018 abgelaufen ist.[8]
Sowohl die Terrorismusrichtlinie als auch der Regierungsentwurf beinhalten Vorschriften, durch welche das strafbare Handeln im terroristischen Kontext weiter ausgedehnt und in das Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung gerückt wird.[9]
Begründet wird der Erlass der Vorschriften vor allem mit der zunehmenden Bedrohung durch Terrorismus sowie dessen grenzüberschreitenden Charakter, welcher einer entschlossenen und koordinierten Reaktion sowie Zusammenarbeit innerhalb und zwischen den Mitgliedstaaten bei der Terrorismusbekämpfung bedarf.[10]

Die Frage, die sich vor diesem Hintergrund stellt, ist, ob der Erlass neuer Strafvorschriften im deutschen Terrorismusstrafrecht tatsächlich der Bekämpfung von Terrorismus dient. Vielmehr könnte es sich bei dieser Gesetzgebung auch um eine Vorfeldkriminalisierung handeln, deren Normen mit den tragenden Verfassungsprinzipien Deutschlands und der geltenden Strafrechtsdogmatik nicht in Einklang zu bringen sind.

---

1 Vgl. US Department of State, German Travel Advisory, 1.5.2024, online abrufbar unter: https://travel.state.gov/content/travel/en/traveladvisories/traveladvisories/germany-travel-advisory.html (zuletzt abgerufen am 13.6.2024); diese Reisewarnung wurde auch für andere europäische Staaten, wie zum Beispiel Frankreich, Spanien, Italien und die Niederlande, bereits im Sommer 2023 erteilt.
2 *Heger*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 2019, S. 47 (60).
3 *Metzler*, in: Petzsche/Heger/Metzler Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 25 (30 f.).
4 *Zöller*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 177 (191).
5 *Straßer/Lenk*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 327 (328).
6 Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten v. 12.6.2015, durch welches § 89a Abs. 2a sowie § 89c StGB eingeführt wurden; Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus v. 19.12.1976, welches § 129a StGB einführte; Richtlinie (EU) 2015/849 zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.
7 Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates.
8 Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2017/541; ein vorheriger Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz erging am 22.11.2023.
9 *Engelstätter*, GSZ 2019, 95 (95); *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (157); *Zöller,* Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung v. 22.12.2023, S. 2, online abrufbar unter: https://cms-cdn.lmu.de/media/03-jura/02-lehrstuehle/zoeller/downloads/stellungnahme-idris-22.12.23.pdf (zuletzt abgerufen am 31.7.2024).
10 Erwägungsgründe (4) und (7) der Richtlinie (EU) 2017/541; BR-Drs. 240/24, S. 10.

Diesen Fragestellungen soll im Folgenden anhand der genaueren Betrachtung des Regierungsentwurfes als Umsetzung der Terrorismusrichtlinie nachgegangen werden. Der Fokus wird hierbei auf die Vorschrift des § 89a StGB-E gelegt.

Da bereits die geltenden Normen des Terrorismusstrafrechts im Strafgesetzbuch kontrovers diskutiert wurden,[11] wird untersucht, inwiefern sich diese Kritik auch auf den Regierungsentwurf fortführen lässt. Zudem wird der Umsetzungsbedarf der Regelungen des § 89a StGB-E näher beleuchtet. Vor dieser tiefergehenden Analyse wird ein kurzer Überblick zum Regierungsentwurf gegeben.

II. Überblick zur Richtlinie und deren Umsetzung

1. Kernregelungen

Die Terrorismusrichtlinie beinhaltet laut der Begründung des Regierungsentwurfes drei elementare Bestandteile.[12] Eine Kernregelung sei die Definition terroristischer Straftaten in Art. 3. Zudem statuiert Art. 9 der Terrorismusrichtlinie Regelungen zur Ausreise in Risikogebiete sowie der Rückreise aus diesen Gebieten.

Ein weiterer Bestandteil der Terrorismusrichtlinie seien die Vorschriften zur Terrorismusfinanzierung in Art. 11. Hintergrund der Regelungen ist die zunehmende Gefahr von ausländischen terroristischen Kämpfern (sogenannten „Foreign Terrorist Fighters“)[13] als auch von Einzeltätern, die sich von ausländischen terroristischen Vereinigungen inspirieren oder anweisen lassen, aber selbst von Europa aus agieren.[14]

Zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben werden schwerpunktmäßig die §§ 89a und 89c StGB geändert.[15]

Im Folgenden sind die wichtigsten Änderungen des § 89a StGB dargestellt.

In Abs. 1 des § 89a StGB-E wird der Straftatenkatalog ausgeweitet sowie die Definition einer terroristischen Straftat geregelt. Hiermit werden die Vorgaben des Artikel 3 der Terrorismusrichtlinie umgesetzt.[16]

Mithin ist in § 89a StGB fortan nicht mehr die Strafbarkeit der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, sondern die Strafbarkeit der Vorbereitung einer terroristischen Straftat sowie der Versuch der Anstiftung und der Androhung statuiert.[17]

Aus dem Regierungsentwurf ergibt sich, dass diese Terminologie auch in allen weiteren betroffenen Vorschriften angepasst wird.

Der Straftatenkatalog des § 89a Abs. 1 S. 2 StGB-E wird um die Vorschriften der §§ 224, 310, 328 StGB sowie § 52 WaffG ergänzt. Zudem wird die Androhung einer terroristischen Straftat mit in diesen Katalog aufgenommen. Dies entspricht den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 Buchst. j der Terrorismusrichtlinie.[18]

Die Definition einer terroristischen Straftat folgt aus § 89a Abs. 1 S. 2 StGB-E, indem eine der dort normierten Taten dazu bestimmt ist, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen

---

11 Nachweise in *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 89a Rn. 4; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 129a Rn. 32-37.

12 BR-Drs. 240/24, S. 10.

13 Als solche gelten Personen, welche für terroristische Zwecke ins Ausland reisen. Diese Personen wurden mit verübten oder geplanten Anschlägen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Verbindung gebracht, Erwägungsgrund (4) der Richtlinie (EU) 2017/541.

14 BR-Drs. 240/24, S. 10; Erwägungsgrund 4 der Richtlinie (EU) 2017/541.

15 BR-Drs. 240/24, S. 2 des Vorblatts.

16 BR-Drs. 240/24, S. 11, 17.

17 BR-Drs. 240/24, S. 11, 17.

18 BR-Drs. 240/24, S. 17, 18.

Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.
Durch die Übernahme der Staatsschutzklausel der §§ 89c, 129a StGB wurde den spezifischen Eigenschaften einer terroristischen Straftat, welche Art. 3 Abs. 1 und 2 der Terrorismusrichtlinie festlegt, Rechnung getragen, mithin die Definition der terroristischen Straftat an die europarechtlichen Vorgaben angeglichen.[19]

Art. 9 der Terrorismusrichtlinie sieht eine Strafbarkeit für Reisen für terroristische Zwecke vor. Zur Umsetzung dieser Vorgabe wird in § 89a Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a StGB-E die bisherige Strafbarkeit bei Sachverhalten mit Auslandsbezug erweitert, indem künftig neben der Begehung einer terroristischen Straftat oder der Ausbildung hierzu auch die Beteiligung an solchen erfasst wird. In § 89a Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b StGB-E wird eine Strafbarkeit für Reisen in das Ausland zwecks Anschlusses an eine terroristische Vereinigung oder Unterstützung einer solchen eingeführt. Spiegelbildlich zu Nr. 4 wird in § 89a Abs. 2 Nr. 5 Buchst. a und b StGB-E die Strafbarkeit der Einreise nach Deutschland in terroristischer Absicht geregelt.[20]

In § 89a Abs. 2a StGB-E wird die von Art. 14 Abs. 3 der Terrorismusrichtlinie vorgesehene Versuchsstrafbarkeit für eine terroristische Straftat nach § 89a Abs. 1 und 2 StGB-E eingeführt.
Der § 89a Abs. 2b StGB-E regelt die versuchte Anstiftung zur Begehung einer terroristischen Straftat. Hiermit wird Art. 6 iVm Art. 14 Abs. 3 der Terrorismusrichtlinie umgesetzt.[21]

2. Ausgangslage im deutschen Strafgesetzbuch
Die wesentlichen Vorschriften im deutschen Terrorismusstrafrecht sind die §§ 129a, 129b StGB sowie §§ 89a, 89b und 89c StGB.[22]
Die Bundesregierung ist der Meinung, das deutsche Strafrecht sei durch diese Regelungen im Bereich der Terrorismusbekämpfung gut aufgestellt.[23]
Auch in der Literatur wird vertreten, die wesentlichen Tatbestände der Terrorismusrichtlinie seien bereits im deutschen Strafgesetzbuch geregelt.[24]
Dennoch hat die Europäische Union Defizite in der Umsetzung der Terrorismusrichtlinie gerügt. Der Regierungsentwurf soll diese Defizite nun unter Wahrung der deutschen Strafrechtssystematik ausräumen.[25]
Die Bundesregierung leitet ihren Gesetzesentwurf unter dem Hinweis der besonderen Eilbedürftigkeit an den Bundesrat weiter. Der Grund hierfür ist das bereits durch die Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren.[26]
In der nachfolgenden tiefergehenden Untersuchung des Regierungsentwurfes als Umsetzung der Terrorismusrichtlinie ist zu beachten, dass für den deutschen Gesetzgeber bei vielen Regelungen aufgrund der europarechtlichen Vorgaben kaum Spielraum bei der Umsetzung besteht. Um gewisse Kritikpunkte des Regierungsentwurfes zu

19 BR-Drs. 240/24, S. 18.
20 BR-Drs. 240/24, S. 19, 20.
21 BR-Drs. 240/24, S. 20.
22 BR-Drs. 240/24, S. 1 des Vorblatts.
23 BR-Drs. 240/24, S. 11.
24 *Engelstätter*, GSZ 2019, 95 (97).
25 BR-Drs. 240/24, S. 11: Rüge zu Defiziten bei der Umsetzung der Richtlinie 2017/541 durch begründete Stellungnahme v. 19.4.2023, Rüge zu Defiziten bei der Versuchsstrafbarkeit durch Mahnschreiben v. 14.7.2023; ebenfalls zu Defiziten bei der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541: Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat gemäß Artikel 29 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2006/671/JI des Rates v. 30.9.2020.
26 BR-Drs. 240/24, Eingangsblatt; Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Vertretung in Deutschland, 19.4.2023, online abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-deutschland-muss-bei-regeln-fur-saisonarbeitskrafte-und-2023-04-19_de (zuletzt abgerufen am 13.6.2024).

vermeiden, hätte man bereits bei den Verhandlungen über die Terrorismusrichtlinie intervenieren müssen. Folglich ist Deutschland zur Umsetzung der Vorgaben in der Terrorismusrichtlinie juristisch verpflichtet. Auch wenn eine solche Umsetzungspflicht bezüglich der grundsätzlichen Regelung der Vorgaben besteht, so bleibt ein Spielraum der Mitgliedstaaten für die Art der Umsetzung.[27]
Ob sich der Regierungsentwurf bei diesem Spielraum an die verfassungsrechtlichen Prinzipien und deutsche Strafrechtsdogmatik hält, ist im Folgenden näher zu beleuchten.

III. Die Umsetzung der Terrorismusrichtlinie

1. Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG

a) § 89a Abs. 2 StGB-E

aa) Kritik

Die geltende Fassung des § 89a Abs. 2 StGB wurde im Hinblick auf die in § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB genannten Begriffe „zur Ausführung der Tat erforderliche besondere Vorrichtungen“ und „sonstige Fertigkeiten“ sowie die in § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB genannten Begriffe „Gegenstände oder Stoffe (…), die für die Herstellung von Waffen, Stoffen oder Vorrichtungen der in Nr. 1 bezeichneten Art wesentlich sind“ bereits unter Bestimmtheitsgesichtspunkten kritisiert.[28]
Der Regierungsentwurf übernimmt diese Begriffe unverändert, sodass sich die Kritik übertragen lässt.
Im Hinblick auf den Begriff „zur Ausführung der Tat erforderlichen besonderen Vorrichtungen“ aus § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird vertreten, dass sich aufgrund der tatbestandlichen Weite nicht ohne Weiteres bestimmen lässt, welche Vorrichtungen vom Tatbestand erfasst sind.[29]
Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG fordert jedoch, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret umschreibt, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.[30]
Insbesondere bei Straftatbeständen, wie beispielsweise § 89a StGB-E, welche zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit führen, ist die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes oft problematisch. Die in den Vorschriften umschriebenen Vorbereitungshandlungen bedürfen einer präzisen Beschreibung des Unrechts sowie eines klaren Normbefehls, dies bereitet jedoch im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung Schwierigkeiten.[31]
Durch eine systematische Auslegung kann jedenfalls der Begriff der „zur Ausführung der Tat erforderlichen besonderen Vorrichtung“ an die Auslegung im Rahmen des § 310 Abs. 1 StGB angeknüpft werden. Demnach fallen unter „besondere“ Vorrichtungen keine allgemeinen, alltäglichen Gegenstände. Die Vorrichtungen sind ferner „erforderlich“, wenn sie einen Bezug zu der in Aussicht genommenen Tat aufweisen.[32]
Hingegen ist ein solcher systematischer Vergleich bei dem Begriff der „sonstigen Fertigkeiten“ nicht möglich, da der Begriff durch den Erlass des § 89a StGB neu in das Strafgesetzbuch eingeführt wurde. Mithin kann sich keine nähere Bestimmung des Begriffes aus Zuhilfenahme anderer Normen des Strafgesetzesbuches ergeben.[33]

---

27 *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (158); *Zöller* (Fn. 9), S. 2.
28 Dazu siehe sogleich.
29 *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, S. 176, 177.
30 *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 53; BVerfGE 126, 170 (195).
31 *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 176.
32 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 41.
33 *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, 2012, S. 316; *Petzsche,* Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 178.

Angesichts dessen kommen die Stimmen in der Literatur zu verschiedenen Schlussfolgerungen.
Zum einen wird vertreten, das Tatbestandsmerkmal „sonstige Fertigkeiten“ sei nicht mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.[34]
Andere hingegen fordern eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung, indem ein vergleichbarer Unrechtsgehalt vorliegen muss. Ein solcher läge etwa nicht bei der Vornahme von Sprach- oder Flugunterricht vor.[35]
Wiederum andere stehen einer solchen einschränkenden Auslegung kritisch gegenüber. Würde man Fähigkeiten vom Tatbestand ausnehmen, welche auch zu legalen Zwecken eingesetzt werden können, führe dies dazu, dass auch besonders gefährlich einsetzbare Fertigkeiten wie das Steuern eines Flugzeuges vom Tatbestand ausgenommen wären.[36]

Ebenfalls durch den Regierungsentwurf übernommen wurde der Begriff „Gegenstände oder Stoffe (…), die für die Herstellung von Waffen, Stoffen oder Vorrichtungen der in Nr. 1 bezeichneten Art wesentlich sind“ in § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB. Auch dieser Begriff wurde in der Literatur als zu unbestimmt angesehen, indem sich beispielsweise die Frage stellte, ob eine zum Putzen geeignete Salzsäure oder ein Paket Nägel unter den Tatbestand fallen.[37]
Sowohl die Gesetzesbegründung zum damaligen Erlass des § 89a StGB als auch eine Entscheidung des *BGH* geben dem Rechtsanwender Kriterien an die Hand, um eine Wesentlichkeit subsumieren zu können, letztlich soll jedoch auf eine Gesamtschau des Einzelfalles abgestellt werden.[38]
Eine trennscharfe Eingrenzung dessen, was als wesentlich im Sinne des § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB anzusehen ist, ist mithin kaum zu leisten.[39]
Dies wird besonders erkennbar, wenn man betrachtet, dass laut der Gesetzesbegründung sowie der Entscheidung des *BGH* keine alltäglichen Gegenstände von § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB erfasst werden sollen, ein Koffer als ein solcher alltäglicher Gegenstand jedoch kaum als unwesentlich für den Bau einer Kofferbombe gelten kann.[40]

Im Gegensatz zu dieser Kritik ist der *BGH* der Auffassung, die Anforderungen des Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG seien im Rahmen des § 89a StGB erfüllt.[41]
Der *BGH* führt aus, aufgrund der gebotenen Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen sei es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein könne, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand falle oder nicht. Es gebe kein allgemeines Kriterium für den erforderlichen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit bei Straftatbeständen, vielmehr sei eine Gesamtbetrachtung im Einzelfall notwendig.[42]
Auch in Bezug auf § 89a Abs. 2 Nr. 3 sei eine Auslegung möglich, etwa dahingehend, dass keine Alltagsgegenstände vom Tatbestand erfasst sind.[43]
Dass diese Auslegung jedoch nicht zu einem eindeutigen Begriffsverständnis von „wesentlich“ im Rahmen des § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB führt, hat sich an dem Beispiel des Koffers gezeigt.

34 *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 42.
35 *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 316; *Petzsche,* Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 178.
36 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 43.
37 *Petzsche,* Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 179; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 50.
38 BGHSt 65, 176 (180 Rn. 11); BT-Drs. 16/12428, S. 15.
39 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 49.
40 BGHSt 65, 176 (180 Rn. 11); *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 50; BT-Drs. 16/12428, S. 15.
41 BGHSt 62, 102 (110, 111 Rn. 27); BGHSt 59, 218 (221 Rn. 8).
42 BGHSt 59, 218 (222, 223 Rn. 9).
43 BGHSt 59, 218 (224, Rn. 13).

bb) Stellungnahme

Bei § 89a StGB handelt es sich um eine Norm, welche bereits vielseitig dafür kritisiert wurde, neutrale Handlungen tatbestandlich zu erfassen und mithin zu pönalisieren.[44] Dies gilt ebenfalls für den Regierungsentwurf, indem dieser eine Vielzahl der Formulierungen übernimmt sowie weitere Tatbestände hinzufügt.

Die vorhandenen Auslegungszweifel führen nun jedoch gerade zu der Frage, ob neutrale Handlungen, wie z.B. der Besuch einer Flugschule oder der Kauf von Nägeln, vom Tatbestand des § 89a StGB-E erfasst sind.

Diesen Unklarheiten bei der Gesetzesauslegung können, wie dargestellt, auch die Auslegungskriterien des *BGH* nicht vollständig abhelfen.

Vor diesem Hintergrund ist es zu bedauern, dass den Auslegungszweifeln im Rahmen des Regierungsentwurfes aus gesetzgeberischer Sicht nicht entgegengewirkt wurde.

Es wäre mithin zu begrüßen, dem Rechtsanwender bei Erlass des Gesetzes durch eine Gesetzesbegründung konkretere Leitlinien für die Bestimmung der Begrifflichkeiten in § 89a Abs. 2 Nr. 1 und 3 StGB-E an die Hand zu geben.[45]

Der Regierungsentwurf gibt hierauf zurzeit jedoch keinen Hinweis.

b) § 89a Abs. 1 StGB-E

aa) Kritik

Der Regierungsentwurf statuiert zudem Ergänzungen des § 89a StGB, welche aber gleichwohl Bedenken bezüglich der Bestimmtheit im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG aufwerfen.

In § 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB-E soll fortan das Zufügen einer „Körperverletzung nach § 224 und eine Körperverletzung, die einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art“ als terroristische Straftat gelten.

Die Formulierung ist keine Unbekannte im Strafgesetzbuch und findet sich, ausgenommen der Strafbarkeit nach § 224 StGB, bereits in § 129a Abs. 2 Nr. 1 StGB.[46]

Bei der gewählten Formulierung „schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art“ erschließt sich nicht ohne Weiteres, welche Fälle außerhalb der §§ 224, 226 StGB von der Tatbestandsalternative des § 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB-E umfasst sein sollen.[47]

Die in § 226 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB geregelten schweren Folgen umfassen schwerwiegende und nachhaltige Verletzungen.[48] § 224 StGB erfasst ebenfalls Tatmodalitäten, welche die Gefahr erheblicher Verletzungen bergen.[49] Zudem kann eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB sowohl durch körperliche als auch seelische Einwirkungen hervorgerufen werden, wobei sich seelische Beeinträchtigungen nach herrschender Meinung in einer Verschlechterung des körperlichen Zustands zeigen müssen.[50] Dies gilt demnach auch für § 224 StGB als

44 *Petzsche*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 209 (214); *Bützler*, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, 2017, S. 251; *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, 2019, S. 382; *Puschke*, KriPoZ 2018, 101 (106).

45 Ähnlich auch gefordert im Bericht der European Union Agency for Fundamental Rights von 2022 über die Auswirkungen der Richtlinie (EU) 2017/541 auf die Grundrechte und Grundfreiheiten, S. 4, online abrufbar unter: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-directive-combating-terrorism-summary_de.pdf (zuletzt abgerufen am 13.06.2024).

46 Ein Hinzufügen des § 224 StGB in den Straftatenkatalog des § 129 Abs. 2 StGB-E soll nach dem Regierungsentwurf erfolgen, BR-Drs. 240/24, S. 25.

47 Ähnlich *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (161).

48 *Paeffgen/Böse/Eidam,* in: NK-StGB, § 226 Rn. 5 und 20.

49 *Paeffgen/Böse/Eidam,* in: NK-StGB, § 224 Rn. 2.

50 *Paeffgen/Böse/Eidam,* in: NK-StGB, § 223 Rn. 3.

Qualifikation des § 223 StGB.[51]
Folglich scheinen keine Fälle denkbar welche unter „schwere körperliche oder seelische Schäden“ zu subsumieren sind und zeitgleich nicht von den Tatbeständen der §§ 224, 226 StGB erfasst werden.[52]
Dies ist problematisch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG. Dieses umfasst ein Verschleifungs- und Entgrenzungsverbot für den Rechtsanwender, wonach einzelne Tatbestandsmerkmale nicht so ausgelegt werden dürfen, dass sie vollständig in anderen aufgehen, um der gesetzgeberischen Differenzierung Rechnung zu tragen.[53]
Durch die Formulierung „insbesondere der in § 226 bezeichneten Art“ sowie die Pönalisierung des § 224 StGB im selben Satzteil liegt es jedoch nahe, dass der Rechtsanwender die Auslegungskriterien der beiden Vorschriften heranzieht und somit die Gefahr besteht, dass die Tatbestandsmerkmale „schwere körperliche oder seelische Schäden“ identisch zu den Tatbeständen der §§ 224 und 226 StGB ausgelegt werden.
Es ist bereits unklar, worin eine gesetzgeberische Differenzierung in § 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB-E gesehen werden kann. Einer solchen könnte der Rechtsanwender allenfalls Rechnung tragen, indem unter seelischen Schäden auch solche ohne eigenen messbaren Krankheitswert subsumiert werden.
Dies würde jedoch der geltenden Dogmatik der Körperverletzungstatbestände widersprechen, wonach auch seelische Beeinträchtigungen körperliche Auswirkungen haben müssen.[54]

bb) Stellungnahme

Die Formulierung der § 89a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-E birgt somit entweder die Gefahr den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gerecht zu werden oder mit der geltenden Strafrechtsdogmatik zu brechen.
Mithin ist die Vorschrift zu überarbeiten. Es empfiehlt sich, die Formulierung auf die Tatbestände der §§ 224, 226 StGB zu begrenzen.[55]
Dies ist nicht zuletzt auch aufgrund der allgemeinen durch das Bestimmtheitsgebot im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG gebotenen Normenklarheit[56] sowohl für den Rechtsanwender als auch den Normadressaten von Vorteil.
Eine solche Neuformulierung der Vorschriften würde auch nicht gegen das Erfordernis des Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Terrorismusrichtlinie sprechen, wonach Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit einer Person als terroristische Straftat gelten sollen. Dem Artikel sowie den Erwägungsgründen der Terrorismusrichtlinie sind keine näheren Kriterien für die Ausgestaltung zu entnehmen.
Dem Telos des Art. 3 der Terrorismusrichtlinie ist zu entnehmen, dass allgemein schwere Straftaten als terroristische Straftaten einzuordnen sind, ein Vergleich mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a (Angriffe auf das Leben einer Person, die zum Tode führen können) und c (Entführung und Geiselnahme) zeigt, dass es sich auch bei den Angriffen auf die körperliche Unversehrtheit nach Buchstabe b um schwerwiegendere Straftaten handeln muss.[57] Dem ist jedoch mit der Aufnahme der §§ 224, 226 StGB im Straftatenkatalog des § 89a Abs. 1 StGB-E Rechnung getragen. Einer Strafbarkeit für darüberhinausgehende „schwere körperliche oder seelische Schäden“ bedarf es nicht.

---

51 *Paeffgen/Böse/Eidam,* in: NK-StGB, § 224 Rn. 2.
52 Ähnlich *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (161).
53 *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 69.
54 *Paeffgen/Böse/Eidam,* in: NK-StGB, § 223 Rn. 3.
55 *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (161).
56 *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 63.
57 Ähnlich *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (161).

c) Umsetzung in der Strafprozessordnung

Ohne tiefer auf die Umsetzung der Terrorismusrichtlinie in der Strafprozessordnung einzugehen, ist die grundsätzliche Kritik zu beachten, dass durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit, wie sie § 89a StGB-E innewohnt, der Anknüpfungspunkt für strafverfahrensrechtliche Überwachungen immer weiter ins Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung rücken.[58]

Zudem werde durch die Erweiterung der materiellen Strafbarkeit ein „Türöffner" für strafprozessuale Grundrechtseingriffe geschaffen.[59]

Diese Kritik erklärt sich vor allem dadurch, dass es sich etwa bei den Ermittlungsmaßnahmen iS der §§ 100a ff. StPO um besonders grundrechtsrelevante Maßnahmen handelt,[60]welche den Verdacht des Vorliegens einer besonders schweren Straftat erfordern.

Es ließe sich demnach wohl kaum rechtfertigen, wenn die Erweiterung der materiellen Strafbarkeit in § 89a StGB-E ebenfalls eine Erweiterung der strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse beinhalten würde. Beispielsweise wäre es nicht haltbar, wenn gemäß § 100a Abs. 1 iVm Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a StPO die heimliche Telekommunikationsüberwachung einer Person erfolgen würde, welche im Verdacht steht, eine Körperverletzung gemäß § 224 StGB im Sinne einer terroristischen Straftat des § 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB-E zu begehen.[61] Der Mangel einer solchen Regelungen im deutschen Recht wurde jedoch von der Europäischen Kommission angemerkt.[62]

Der Regierungsentwurf hingegen hat der Kritik Rechnung getragen, indem in § 100a StPO-E nur die Tatbestandsalternativen des § 89a StGB-E aufgenommen werden, welche bereits unter seiner derzeitigen Fassung von den Ermittlungsbefugnissen umfasst sind. Der Regierungsentwurf erkennt dabei selbst an, dass eine Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse mit Blick auf die erhebliche Beeinträchtigung der Grundrechte, die mit solchen eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen einhergeht, nicht geboten ist. Zudem bestünden bereits jetzt ausreichend wirksame Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung.[63]

Mithin wurde die materiell-rechtliche Strafbarkeit erweitert, nicht jedoch die strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse. Dieses Vorgehen ist im Hinblick auf die ohnehin schon bestehende Kritik zu begrüßen.

Nichtsdestotrotz weist auch diese Regelung des Regierungsentwurfes Probleme bezüglich des Bestimmtheitsgebotes nach Art. 103 Abs. 2 GG auf.

Um sicherzustellen, dass die Ermittlungsbefugnisse der StPO auch zukünftig nur die bereits jetzt enthaltenen Tatbestandsvarianten des § 89a StGB umfassen, wurde beispielsweise die Vorschrift des § 100a StPO umständlich neu gefasst. § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a StPO umfasst unter anderem Straftaten nach den §§ 87 bis 89a, 89c Abs. 1 bis 4. Zukünftig soll dieser Passus in „ §§ 87 bis 89, 89a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 1. und. 2. Alt. und Nr. 3 jeweils iVm Abs. 2 Nr. 1, 2, 3 und 4 Buchst. a, Abs. 2a iVm Abs. 1 S. 2 Nr. 1 1. und 2. Alternative und Nr. 3 jeweils iVm Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a, Abs. 3 und 4, § 89c Abs. 1, 3 und 4 mit Ausnahme der Finanzierung von Handlungen nach § 89a Abs. 1 Satz 2 Nr. 9, Abs. 2 Nr. 2, 4 Buchst. b und Nr. 2" geändert werden.

Dass eine solche Regelung sehr unübersichtlich und schwer nachvollziehbar sowohl für den Rechtsanwender als auch den Normadressaten ist, liegt auf der Hand.

Eine vom Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Normenklarheit im Sinne eines erkennbaren und

58 *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 40.
59 *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 380.
60 *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. (2023), § 100a Rn. 36.
61 *Puschke* sieht ebenfalls eine geringere Wertigkeit des Rechtsguts des § 224 StGB im Vergleich zu den anderen in § 89a Abs. 1 StGB-E enthaltenen Rechtsgütern, siehe KriPoZ 2018, 101 (104).
62 Europäische Kommission (Fn. 25), S. 17.
63 BR-Drs. 240/24, S. 27.

verständlichen Wortlautes stellt der § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a StPO-E in jedem Falle nicht dar.[64]
Letztlich hängt diese komplizierte Regelungssystematik jedoch mit der Systematik des § 89a StGB-E zusammen. Folglich müsste, um eine übersichtlichere Regelung in § 100a StPO-E zu erreichen, ebenfalls die Systematik des § 89a StGB-E überdacht werden.

2. Verhältnismäßigkeit und Gesinnungsstrafrecht

a) Kritik

Der Tatbestand des § 89a StGB pönalisiert Handlungen weit vor dem Eintritt einer tatsächlichen Rechtsgutverletzung und wird mithin unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kritisiert.[65]
Beispielsweise wird der Ausreisetatbestand des § 89a Abs. 2a StGB als „Vorbereitung der Vorbereitung" bezeichnet.[66]
Insbesondere die Pönalisierung neutraler Handlungen, welche erst unter Bezug auf subjektive Tatbestandselemente zu einer Strafbarkeit führen, wird von einigen Stimmen in der Literatur als Gesinnungsstrafrecht bezeichnet.[67]
Der Regierungsentwurf übernimmt den Ausreisetatbestand in § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB-E und erweitert diesen sogar noch. Im Rahmen der Tatbestände des § 89a Abs. 2 StGB-E können ebenfalls neutrale Handlungen im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung umfasst sein.[68]
Die Kritik lässt sich folglich auch auf die Tatbestandsfassungen des Regierungsentwurfes übertragen.

Bedenken bezüglich der Verhältnismäßigkeit des Ausreisetatbestandes nach § 89a Abs. 2 Nr. 4 Buchstabe a StGB-E ergeben sich aufgrund des frühen Anknüpfungspunktes der pönalisierten Handlung. So könnte beispielsweise bereits an die Fahrt zum Flughafen, um im Ausland an einer Ausbildung für terroristische Fertigkeiten teilzunehmen, angeknüpft werden.[69]
Noch drastischer liegt der Fall bei einer Versuchsstrafbarkeit, welche in diesem Falle bereits vorläge, wenn der Flieger kurzfristig gecancelt wird.[70]
Dass dies einen äußerst frühen Zeitpunkt sowohl für eine Rechtsgutsgefährdung als auch eine Strafbarkeit darstellt sollte sich auch dem Gesetzgeber aufdrängen. Die betroffene Person müsste zunächst Ausreisen, eine etwaige Ausbildung absolvieren und sodann zurück nach Deutschland einreisen. Ab diesem Zeitpunkt müssten gegebenenfalls noch konkrete Vorbereitungen für die Tat getroffen werden, beispielsweise der Bau einer Bombe oder das Auskundschaften von Tatort und Tatzeit.
Mithin sind bis zu einer konkreten Rechtsgutgefährdung noch zahlreiche Zwischenschritte sowie Willensentschlüsse erforderlich. Eine konkrete Gefahr besteht allein in der Ausreise noch nicht. Zudem kann der Entschluss, eine terroristische Straftat zu begehen, während des gesamten Zeitraums aufgegeben werden.[71]

---

64 *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 69.
65 *Puschke*, KriPoZ 2018, 101 (106), (108); *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 175, 176.
66 *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, S. 163, 444.
67 *Bützler*, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, S. 251; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 248; *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, S. 426 f.; dagegen *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 185.
68 *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 50; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 316.
69 *Puschke*, KriPoZ 2018, 101 (106), welcher bereits an das Öffnen der Haustür anknüpft. Seine Ausführungen beziehen sich auf die geltende Fassung des Ausreisetatbestandes, § 89a Abs. 2a StGB.
70 Zu den näheren Anforderungen an eine Versuchsstrafbarkeit nach § 89a Abs. 2a StGB, siehe BGHSt 62, 102 (104 Rn. 7).
71 *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, S. 430, 434, 437, 439.

Diese Kritikpunkte lassen sich auch auf den geplanten § 89a Abs. 2 Nr. 5 Buchstabe a StGB-E übertragen. Insbesondere die Einreise nach Deutschland, um eine Ausbildung für terroristische Zwecke durchzuführen bedarf noch wesentlicher Zwischenschritte bis zu einer konkreten Rechtsgutgefährdung. Bei dieser Tatbestandsalternative ist zudem bereits der Anwendungsbereich zweifelhaft, da Deutschland bisher nicht für seine terroristischen Ausbildungslager bekannt ist.[72]

Für eine Ausreisestrafbarkeit wird argumentiert, es sei die letzte Möglichkeit einzugreifen.[73] Dieses Argument greift jedoch bei der Einreisestrafbarkeit nicht, da sich der potenzielle Täter hier im Inland aufhält.[74]

b) BGH: Erfordernis einer einschränkenden Auslegung

Zwar bezeichnet auch der *BGH* den Ausreisetatbestand des § 89a Abs. 2a StGB sowie dessen Versuch als „Versuch der Vorbereitung zur Vorbereitung“ und ist der Ansicht, der Tatbestand läge im Grenzbereich des verfassungsrechtlich Zulässigen.[75]

Im Ergebnis stellt der § 89a Abs. 2a StGB jedoch nach Auffassung des *BGH* weder Gesinnungsstrafrecht dar, noch ist er unvereinbar mit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[76]

Letzteres gelte jedoch nur im Hinblick auf die durch den *Senat* vorgenommene verfassungskonforme Auslegung. Der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit des § 89a Abs. 2a StGB soll dadurch entgegnet werden, dass der Täter bei der Vornahme einer in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlung bereits fest entschlossen sein muss, eine Tat nach Abs. 1 zu begehen.[77] Die Begründung für eine Verhältnismäßigkeit des § 89a Abs. 2a StGB erschöpft sich darüber hinaus jedoch lediglich in der Wiedergabe der Gesetzesbegründung. Es müsse der erheblichen Gefahr der aus dem Ausland wiederkehrenden Personen begegnet werden und der effektiven Bekämpfung von terroristischen Straftaten käme ein großes Gewicht zu.[78]

Gesinnungsstrafrecht liegt nach Auffassung des *Senats* erst vor, wenn sich die auf eine Deliktsbegehung bezogene innere Vorstellung des Täters nicht in einer äußeren Handlung manifestiert.[79]

Hingegen wird in der Literatur argumentiert, die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht sei erreicht, wenn ein Straftatbestand an sozialadäquate Handlungen anknüpft, um eine Person wegen ihrer subjektiven Absichten, Planungen und Vorstellungen bestrafen zu können. Die subjektiven Unrechtselemente seien dann erst strafbarkeitsbegründend.[80]

c) Stellungnahme

Trotz der anhaltenden Kritik führt das Erfordernis, dass der Täter fest entschlossen sein muss, im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung zu einer Einschränkung des in § 89a StGB normierten strafbaren Handelns. Bei einer derart ausgedehnten Vorfeldstrafbarkeit, wie sie durch § 89a StGB besteht, ist eine solche Einschränkung in jedem Fall wünschenswert.

Angesichts dessen gibt der Regierungsentwurf an, dass die Weiterverwendung der vorigen Gesetzessystematik dazu dienen solle, die dabei aufgestellten Kriterien auch künftig anzuwenden. Mithin müsse der Täter zur Wahrung

---

72 *Petzsche* (Fn. 44), S. 209 (224), mit dem Hinweis, dass solche Fälle aber zumindest denkbar sind, wie das Beispiel der Hamburger Terrorzelle zeigt.
73 BGHSt 62, 102 (113).
74 *Petzsche* (Fn. 44), S. 209 (225).
75 BGHSt 62, 102 (112 Rn. 34; 113 Rn. 36).
76 BGHSt 62, 102 (110 Rn. 26; 112 Rn. 33; 114 Rn. 37).
77 BGHSt 62, 102 (110 Rn. 26; 112 Rn. 35); BGHSt 59, 218 (239, 240 Rn. 45).
78 BGHSt 62, 102 (113 Rn. 36); BT-Drs. 18/4087, S. 6, S. 7.
79 BGHSt 62, 102 (114 Rn. 39).
80 *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, S. 426; Ähnlich auch *Puschke*, KriPoZ 2018, 101 (106 f.).

der Verfassungsmäßigkeit der Norm bei Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB-E normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der entsprechenden terroristischen Straftat bereits fest entschlossen sein.[81]
Das Absichtskriterium wird jedoch nicht ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen.
Dieses Vorgehen wirft Fragen auf. Wenn bei Anwendung der Tatbestände des § 89a Abs. 2 StGB-E der Täter ohnehin weiterhin fest entschlossen sein muss, warum hat man dieses nicht direkt in den Gesetzeswortlaut aufgenommen?
Eine solche Regelung wäre in jedem Falle zu begrüßen.[82]
Darüber hinaus könnte der Gesetzgeber dem Rechtsanwender Kriterien zum Nachweis des Absichtserfordernisses im Einzelfall an die Hand geben. Damit könnte zum einen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Nachweis des subjektiven Tatbestandes laut der Europäischen Kommission in einigen Mitgliedsstaaten als problematisch gilt.[83] Zwar scheint dies in Deutschland, wie aus zwei Urteilen des *OLG Düsseldorf* und *OLG Frankfurt* hervorgeht, nicht der Fall zu sein,[84]schaden würde es jedoch sicherlich nicht.
Zum anderen könnte der Kritik, dass trotz verfassungskonformer Auslegung noch von Gesinnungsstrafrecht die Rede ist, entgegengewirkt werden. Denn auch im Falle der Verurteilung durch die *OLGe* wurde zum Nachweis des Absichtskriteriums auf die Gesinnung der Täter abgestellt.[85] Eine Untersuchung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte über die Umsetzung der Terrorismusrichtlinie in den Mitgliedstaaten empfiehlt ebenfalls geeignete Leitlinien und Schulungen anzubieten, um sicherzustellen, dass für die erforderliche Absichtsfeststellung objektive Kriterien entwickelt und angewendet werden.[86]

3. Umsetzungsbedarf oder Symbolstrafrecht?

a) Symbolstrafrecht

Das Terrorismusstrafrecht im deutschen Strafgesetzbuch, mithin insbesondere auch die Vorschrift des § 89a StGB, ist dem Vorwurf ausgesetzt, Symbolstrafrecht darzustellen.[87]
Symbolisches Strafrecht liegt zum einen vor, wenn Strafnormen erlassen werden, um dem allgemeinen Unsicherheitsgefühl und der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung zu begegnen, ohne dem eigentlichen Zweck – Straftaten zu ahnden – zu dienen. Auf die Ängste in der Bevölkerung wolle der Gesetzgeber schnell und kostenneutral mit dem Erlass neuer Gesetze reagieren, statt beispielsweise die Qualität der Strafverfolgung zu verbessern und sinnvoll in präventive Maßnahmen zu investieren. Dieses Phänomen werde besonders deutlich im Bereich des Terrorismusstrafrechts.[88]
Zum anderen zeichnet sich Symbolstrafrecht dadurch aus, dass die jeweiligen Normen keinen Beitrag zur Verbesserung eines tatsächlichen Rechtsgutsschutzes leisten. Ein Hinweis auf eine solche Verbesserung ergebe sich aus der Anzahl der Verurteilungen.[89] Vorfeldtatbestände weisen jedoch teilweise geringe Aburteilungszahlen auf.[90]

81 BR-Drs. 240/24, S. 18.
82 *Petzsche/Heger*, KriPoZ 2024, 157 (161); *Zöller* (Fn. 9), S. 7.
83 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat auf der Grundlage von Artikel 29 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates v. 18.11.2021, S. 5.
84 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 15.7.2022 – 5-2 StE 18/17 – 5a – 1/17; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 26.3.2020 – 6 StS 1/19; *Behrenbeck*, Kriminalistik 2024, 241 (248).
85 *Behrenbeck,* Kriminalistik 2024, 241 (247).
86 European Union Agency for Fundamental Rights (Fn. 45), S. 5.
87 *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 254; *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 (8 f.); *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, S. 31 zu Vorfeldstrafrecht im Allgemeinen.
88 *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 (8 f.).
89 *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, S. 251.
90 *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, S. 31.

Auch aufgrund des § 89a StGB ergingen im Jahr 2021 lediglich 8 Verurteilungen.[91] Aus dem zuvor Gesagten ließe sich demnach schlussfolgern, es handele sich um Symbolstrafrecht. Hinzu kommt, dass der Regierungsentwurf selbst angibt, der ganz überwiegende Teil der Taten mit Terrorismusbezug würde in Deutschland unverändert über den Tatbestand des § 129a StGB verfolgt.[92]

Bei näherer Betrachtung der Statistik fällt jedoch auf, dass geringe Verurteilungszahlen auch bei anderen Tatbeständen im Strafgesetzbuch nicht unüblich sind.[93] Zudem hat die Vorschrift des § 89a StGB über die Jahre, insbesondere im Hinblick auf die gestiegene Anzahl der Ermittlungsverfahren in „Foreign Terrorist Fighter"-Fällen, an Bedeutung gewonnen.[94]

Bei der Vorschrift des § 89a StGB-E kann somit nicht eindeutig von Symbolstrafrecht gesprochen werden.

Nichtsdestotrotz sollen die Änderungen der Vorschrift durch den Regierungsentwurf im Hinblick auf ihre Umsetzung und dessen Bedarf im Folgenden anhand einzelner Tatbestände des § 89a StGB-E genauer untersucht werden. Vermag es sich bei der Norm auch nicht um Symbolstrafrecht zu handeln, so muss dennoch kritisch hinterfragt werden, ob der Regierungsentwurf den verbleibenden Umsetzungsspielraum beachtet.

Zuvor wird ein kurzer Ausblick auf die Wirksamkeit der Regelungen des Terrorismusstrafrechts sowie deren Anwendung in der Praxis gegeben.

b) Wirksamkeit der Regelungen

Neben dem Kritikpunkt des Symbolstrafrechts wird das deutsche Terrorismusstrafrecht im Hinblick auf dessen Wirksamkeit zur Terrorismusbekämpfung kritisiert.

Hierzu wird vertreten, ein Umsetzungsbedarf bestehe nicht, da die neuartigen Formen von Terrorismus nicht mithilfe von neuen Gesetzen verhindert werden könnten. Wirksam etwas tun könne man, indem man Wissen sammelt, damit die richtigen Sicherheitsbehörden bei etwaigen Plänen und Vorbereitungen terroristischer Straftaten rechtzeitig reagieren können. Hierfür seien die geltenden Gesetze jedoch ausreichend, man müsse sie nur nutzen. Die Schaffung neuer Gesetze zur Terrorismusbekämpfung verhindere die Befassung mit den eigentlichen Ursachen der Gefahr und der fachgerechten Anwendung bestehender Gesetze.[95]

Tatsächlich stellt sich die Frage, ob beispielsweise ein (extrem radikalisierter) Selbstmordattentäter von der Schaffung neuer Gesetze sowie Kriminalstrafen im Sinne einer Spezialprävention abgeschreckt wird.[96] Vor den erhöhten Sicherheitsbedrohungen solcher Täter sollen die Regelungen der Terrorismusrichtlinie mitunter schützen.[97]

Zudem ist fraglich, ob durch die Schaffung neuer Gesetze einer etwaigen Angst in der Bevölkerung vor terroristischen Straftaten entgegengewirkt werden kann. Ohne hierzu empirische Befunde zu haben, wird sich bei Betroffenen wohl allenfalls durch den Glauben an die fachgerechte Arbeit der jeweiligen Behörden oder die Präsenz von Sicherheitsvorkehrungen beziehungsweise Sicherheitspersonal, ein Sicherheitsgefühl einstellen. Ein solches wird jedoch weniger durch das Wissen hervorgerufen, dass der Gesetzgeber eine weitere Vorschrift im Terrorismusstrafrecht erlassen hat.

---

91 Tabelle 2.1 der vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 3, 2021, S. 26.
92 BR-Drs. 240/24, S. 10.
93 Tabelle 2.1 der vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 3, 2021, S. 26 ff.
94 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 10.
95 *Ströbele*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 11 (21 f.). Der Verfasser geht dabei auf das Beispiel des Falles Amri, Berliner Weihnachtsmarkt 2016, ein bei dem die jeweiligen Behörden über die Gefährlichkeit Amris informiert waren und es dennoch nicht rechtzeitig schafften ihn aus dem Verkehr zu ziehen; ähnlich auch *Heinrich,* KriPoZ 2017, 4 (13).
96 *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, S. 415; *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, S. 31.
97 Erwägungsgrund (4) der Richtlinie (EU) 2017/541; BR-Drs. 240/24, S. 10.

Folglich lässt sich bereits an dieser Stelle sagen, dass mehr Arbeit in die verstärkte und bessere Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden in Deutschland gesteckt werden sollte als in die Schaffung neuer Gesetze. Da es auch hier einige Problemfelder, etwa aufgrund des geltenden Trennungsgebotes,[98] gibt, bedarf dieses Themenfeld einer eigenen Erörterung, die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht geleistet werden kann.
Nicht zuletzt könnte damit auch der Kritik entgegnet werden, durch die Schaffung neuer Strafgesetze komme es zu einer „Verpolizeilichung des Strafprozesses".[99]

c) Die Regelungen in der Praxis

Der Rechtsausschuss des Bundesrates hat bereits im Jahre 2016 den Entwurf der Terrorismusrichtlinie aufgrund der weiten Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorfeld einer Rechtsgutverletzung im Hinblick auf Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte, Gesinnungsstrafrecht, das Bestimmtheitsgebot sowie den Ultima-Ratio-Gedanken kritisiert.[100]
Hingegen begrüßte das Land Niedersachsen den Richtlinienvorschlag mit dem Ziel der effektiveren Verfolgung terroristischer Straftaten, sah jedoch keinen Umsetzungsbedarf eines Ausreisetatbestandes. Zudem wurden Bedenken geäußert, dass die Ausdehnung der Strafbarkeit von Auslandsreisen für die Strafverfolgungsbehörden zu einem deutlich erhöhten Ermittlungsaufwand mit hohem Sach- und Personaleinsatz führen würde. Außerdem würde die überwiegende Mehrzahl der Fälle aufgrund mangelnder Beweisbarkeit erfolglos verlaufen.[101]
Dem ist entgegenzuhalten, dass die Umsetzung der Terrorismusrichtlinie von Rechtsanwendern, mithin auch etwaigen Ermittlungsbehörden, begrüßt wird.
Die Gewerkschaft der Polizei begrüßt in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf insbesondere die Erweiterung des Straftatenkataloges sowie die Einführung eines Ein- und Ausreisetatbestandes.[102]
Der Bund Deutscher Kriminalbeamter (BDK) ist der Auffassung, die Umsetzung schließt bisherige Lücken im Bereich der Strafverfolgung und wird durch die Möglichkeit frühzeitiger zielgerichteter Ermittlungen dazu beitragen, die Gefahr der Begehung terroristischer Gewalttaten weiter zu minimieren.[103]
Insbesondere die Regelungen zu den „Foreign Fighters" seien längst überfällig gewesen. Nach Einschätzung einiger Mitglieder des BDK hätten sich mit der früheren Umsetzung dieser Regelung in der Vergangenheit einige Ausreisen verhindern lassen bzw. die Rückreise zu entsprechenden Strafverfahren geführt.[104]
In keiner der beiden Stellungnahmen finden sich Bedenken bezüglich eines höheren Ermittlungsaufwandes im Rahmen der Erweiterung des § 89a StGB-E.
Der BDK äußert Bedenken eines höheren Geschäftsanfalls bei dem Generalbundesanwalt bzw. den Generalstaatsanwaltschaften lediglich im Hinblick auf die Einfügung des § 224 StGB in den Straftatenkatalog des § 129a Abs. 2 StGB-E, wohingegen die Einfügung im Rahmen des § 89a Abs. 1 StGB-E begrüßt wird.[105]

98 *Bergemann*, in: Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. (2021), Kapitel H Rn. 9-11.
99 BR-Drs. 643/1/15, S. 2; ähnlich *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 (7), (8), *Puschke*, KriPoZ 2018, 101 (108); *Zweigle*, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, S. 351.
100 BR-Drs 643/1/15, als Empfehlung der Ausschüsse für den Bundesrat zu einer Stellungnahme für einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, die im Jahre 2017 erlassene Richtline (EU) 2017/541.
101 BR-Drs. 643/2/15, S. 2.
102 GdP, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung, 28.12.2023, S. 2, online abrufbar unter: zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung (zuletzt abgerufen am 5.9.2024).
103 BDK, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung, 22.12.2023, S. 2, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2024/02/1222_Stellungnahme_Umsetzung_Terrorismus_RL_BDK.pdf (zuletzt abgerufen am 5.9.2024).
104 BDK, Stellungnahme, 22.12.2023, S. 2.
105 BDK, Stellungnahme, 22.12.2023, S. 2 f.

Aus Schätzungen des Regierungsentwurfs geht hervor, dass die Umsetzung des Gesetzesvorhaben zu einem Anstieg von 5 % der Ermittlungsverfahren (entspricht 36, 5 mehr Verfahren) des Generalbundesanwalts sowie 5 % der Ermittlungsverfahren (entspricht 20 Verfahren) der Staatsanwaltschaften im Terrorismusbereich pro Jahr führt.[106]

Zwar folgt hierdurch ein Mehrbedarf an Personalmitteln, von einem deutlichen erhöhten Ermittlungsaufwand kann jedoch nicht gesprochen werden. Zumal ein solcher von den betroffenen Behörden befürwortet wird.

Wie sich die tatsächlichen Zahlen der Verfahren sowie deren Erfolg darstellen wird, bleibt abzuwarten.

d) Umsetzung im Einzelnen

aa) Versuchsstrafbarkeit § 89a Abs. 2a StGB-E

In § 89a Abs. 2a StGB-E soll fortan der Versuch einer terroristischen Straftat geregelt sein. Dies folgt aus einer Umsetzung des Art. 14 Abs. 3 der Terrorismusrichtlinie.

Damit wird beispielsweise der Ausreisetatbestand, welcher bisher als Unternehmensdelikt ausgestaltet war, in ein Vollendungs- und Versuchsdelikt umgestaltet.[107]

Nicht von Art. 14 Abs. 3 der Terrorismusrichtlinie vorgesehene Versuchsstrafbarkeiten werden auch vom Anwendungsbereich des § 89a Abs. 2a StGB-E ausgenommen.[108] Dennoch wird auf nahezu alle Vorbereitungshandlungen des § 89a Abs. 2 StGB-E Bezug genommen.

Hieraus ergeben sich Anwendungsfälle, welche die zuvor aufgeführte Kritik, der § 89a StGB-E pönalisiere neutrale Handlungen weit im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, nicht deutlicher machen könnte.

Beispielsweise der bereits geschilderte Fall des kurzfristig gecancelten Fliegers ins Ausbildungscamp. Aber auch der Regierungsentwurf selbst, nennt als möglichen Anwendungsfall den versuchten Ankauf eines Bauteils der in § 89a Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB-E genannten Objekte.[109]

Dabei ist zu beachten, dass der Versuch der Ausreise zu den in § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB-E genannten Zwecken, bereits in der jetzigen Fassung des § 89a Abs. 2a StGB unter Strafe steht. Dies folgt aus der Ausgestaltung der Norm als Unternehmensdelikt im Sine des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB.[110]

Nichtsdestotrotz kommt es durch Bezugnahme des § 89a Abs. 2a StGB-E auf nahezu alle Vorbereitungshandlungen des § 89a Abs. 2 StGB-E und die Ergänzung dieser Handlungen durch den Einreisetatbestand sowie den erweiterten Straftatenkatalog des § 89a Abs. 1 StGB-E zu einer Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit. Um Art. 14 Abs. 3 der Terrorismusrichtlinie gerecht zu werden, bedarf es bedauerlicherweise einer solchen, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bedenklichen Ausweitung.[111]

Auffassungen, welche keinen Umsetzungsbedarf dieser Vorgabe sehen,[112] verkennen, dass lediglich der geltende Ausreisetatbestand als Unternehmensdelikt ausgestaltet ist, und mithin eine Versuchsstrafbarkeit gegeben ist, nicht jedoch die Vorbereitungshandlungen in § 89a Abs. 2 StGB.[113]

---

106 BR-Drs. 240/24, S. 13, S. 14, die Anzahl der Verurteilungen nach §§ 89a, 89c, 129a StGB soll in der Folge um ein Prozent steigen.
107 BR-Drs. 240/24, S. 19.
108 BR-Drs. 240/24, S. 4, S. 20.
109 BR-Drs. 240/24, S. 20.
110 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 53.
111 *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (159), (163); *Zöller* (Fn. 9), S. 6.
112 *Engelstätter,* GSZ 2019, 95 (97).
113 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 9.

bb) Versuchte Anstiftung § 89a Abs. 2b StGB-E

Zur Umsetzung des Art. 6 iVm Art. 14 Abs. 3 der Terrorismusrichtlinie wird in § 89a Abs. 2b StGB-E der Versuch der Anstiftung zu einer terroristischen Straftat pönalisiert. Dies war bisher nur über die Vorschrift des § 30 Abs. 1 StGB möglich. Dieser regelt jedoch nur die versuchte Anstiftung zu Verbrechen. Der Straftatenkatalog des § 89a Abs. 1 StGB-E umfasst allerdings auch zahlreiche Vergehen. Dieses Umsetzungsdefizit wird mithin durch den neu eingefügten Abs. 2b behoben.[114]

Anzumerken ist hierbei, dass Art. 6 der Terrorismusrichtlinie, welcher das Anwerben für terroristische Zwecke regelt, nicht nur die Anstiftung, sondern auch die Beihilfe umfasst. Mithin müsste auch der Versuch der Beihilfe geregelt werden. Der Regierungsentwurf erkennt dieses Regelungsbedürfnis zwar, trifft jedoch keine entsprechende Vorschrift.[115]

Die Hinnahme dieses Umsetzungsdefizits ist sehr zu begrüßen.

Während die Regelung einer versuchten Anstiftung zu Vergehen, wie ein Vergleich mit § 159 StGB zeigt, noch mit der Dogmatik des Strafgesetzbuches zu vereinbaren ist,[116] wäre dies bei einer versuchten Beihilfe für Verbrechen und erst recht für Vergehen nicht der Fall. Wäre eine solche Regelung vom Strafgesetzgeber grundsätzlich vorgesehen, wäre sie in § 30 StGB oder anderer Stelle bereits aufgenommen.[117]

Eine Begründung, warum von der Regelung abgesehen wurde, gibt der Regierungsentwurf nicht. Es bleibt folglich zu hoffen, dass auch im weiteren Gesetzgebungsprozess von einer solchen Regelung abgesehen wird.

cc) Der Ausreise- und Einreisetatbestand nach § 89a Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 StGB-E

Der neu geregelte Ausreise- sowie Einreisetatbestand dient der Umsetzung des Art. 9 der Terrorismusrichtlinie.[118] Demnach sollen Reisen mit dem Ziel, eine terroristische Straftat zu begehen oder zu dieser beizutragen, eine Ausbildung für terroristische Zwecke durchzuführen oder zu absolvieren, oder dem Ziel, sich an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung zu beteiligen, strafbar sein. Während die ersten beiden Zielsetzungen jeweils in Buchst. a von § 89a Abs. 2 Nr. 4 und 5 StGB-E normiert wird, ist letztere jeweils in Buchst. b normiert.

(1) Buchst. a

Bezüglich der Umsetzung des § 89a Abs. 2 Nr. 4 und 5 Buchstabe a StGB-E zeigen sich bei näherer Betrachtung Zweifel bei der Auslegung. Nach dem jeweiligen Tatbestand ist die Aus- beziehungsweise Einreise um „eine terroristische Straftat oder eine in Nr. 1 genannte Handlung zu begehen oder sich an einer solchen zu beteiligen“ strafbar.

Es fragt sich jedoch, worin eine Beteiligung an einer der in Nr. 1 genannten Handlungen gesehen werden kann. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB-E regelt das Unterweisen und Sich-Unterweisen-lassen.[119]

Eine Beteiligung beim Sich-Unterweisen-lassen, also eine Beteiligung des Auszubildenden an seiner Ausbildung, ist schon aus faktischen Gründen nicht möglich. Eine Beteiligung an einer fremden Ausbildung, also beispielsweise als Gehilfe eines Ausbilders, ist zwar denkbar, es fragt sich jedoch, ob diese Fälle nicht auch über die Beihilfestrafbarkeit erfasst werden können.

Ebenfalls denkbar wäre eine Erfassung über § 129a Abs. 5 StGB-E, indem in der Regel davon ausgegangen werden

[114] BR-Drs. 240/24, S. 20.
[115] BR-Drs. 240/24, S. 20.
[116] *Zöller* (Fn. 9), S. 6, S. 7; hingegen kritisch: *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (164).
[117] *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (164).
[118] BR-Drs. 240/24, S. 19.
[119] BR-Drs. 240/24, S. 3, S. 18.

kann, dass etwaige Ausbilder Teil einer terroristischen Vereinigung sind.[120] Ohne diese Möglichkeiten der Tatbestandserfassung aufgrund des Umfangs der Ausführungen näher prüfen zu können, lässt sich jedoch in jedem Falle sagen, dass die Fassung der § 89a Abs.2 Nr. 4 und 5 Buchst. a StGB-E sprachlich missglückt ist. Die Vorschriften sollten dahingehend geändert werden, dass die Beteiligungsvariante nur für die Begehung terroristischer Straftaten gilt. Dies wäre auch mit Art. 9 der Terrorismusrichtlinie zu vereinbaren, welcher lediglich die Strafbarkeit für das Ziel eine terroristische Ausbildung durchzuführen oder zu absolvieren fordert, nicht jedoch für eine Beteiligung hieran.

Die Bundesregierung scheint dies verkannt zu haben. Hierfür spricht neben der missverständlichen Fassung der Reisetatbestände die Begründung des Regierungsentwurfes. Demnach wird davon ausgegangen, die Richtlinie erfordere die Pönalisierung von Begehung oder Beteiligung an einer terroristischen Ausbildung.[121]

(2) Buchst. b

In Buchst. b des § 89a Abs. 2 Nr. 4 und 5 soll fortan die Aus- beziehungsweise Einreise um „sich an einer Vereinigung im Sinne des § 129a, auch in Verbindung mit § 129b, als Mitglied zu beteiligen oder um solche Vereinigungen zu unterstützen“ unter Strafe gestellt sein.

Die Umsetzung wirft jedoch die Frage auf, ob es einer solchen expliziten Regelung im Rahmen des §89a Abs. 2 StGB-E tatsächlich bedarf, oder ob mögliche Anwendungsfälle nicht bereits von § 129a StGB-E umfasst sind.

Es wird vertreten, dass die Ausreisevariante bereits hinreichend über § 129a Abs. 5 StGB erfasst sei. Es könne davon ausgegangen werden, dass der Täter, der ausreist, um sich an Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung zu beteiligen, einen hinreichenden Bezug zu dieser hat, um zumindest eine Unterstützungshandlung im Sinne des § 129a Abs. 5 StGB darzustellen. Gleiches gelte für den Einreisetatbestand.[122]

Dagegen wird angeführt, Handlungen zur Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung können nicht unter den Tatbestand des § 129a Abs. 5 StGB subsumiert werden, da allein die Ausreise mit dem Ziel des Anschlusses noch nicht die für eine Unterstützungstat erforderliche objektiv förderliche Wirkung für die Vereinigung darstellen. Zudem können solche Fälle in der Regel nicht über § 30 Abs. 2 StGB erfasst werden, da die Rechtsprechung hieran hohe Anforderungen stellt und es nicht sicher ist, dass der Ausreisewillige bereits vor der Ausreise Kontakt zu der Vereinigung aufgenommen hat.[123]

Diese Auffassung lässt jedoch außer Acht, dass man durch eine europarechtskonforme weite Auslegung des § 129a Abs. 5 StGB die Fälle der Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung erfassen könnte.[124]

Die Kritik des Berichtes der Kommission bezog sich darauf, die Ausreise mit dem Ziel der Teilnahme an Aktivitäten terroristischer Vereinigungen sei mangels ausdrücklicher Bezugnahme nicht ausreichend umgesetzt.[125]

Die Regierung hat dieser Kritik nun durch § 89a Abs. 2 Nr. 4 Buchstabe b StGB-E Rechnung getragen, verkennt dabei jedoch allem Anschein nach, dass ein Umsetzungsspielraum besteht. Die Erfassung der besagten Ausreisefälle über § 129 Abs. 5 StGB-E im Wege einer europarechtskonformen Auslegung wäre im Vergleich zu einer Neuregelung im Rahmen des §89a StGB-E die mildere Variante. Die europarechtlich geforderte Strafbarkeit des Verhaltens wäre jedoch auch in diesem Rahmen gegeben, sodass Art. 9 Abs. 1 der Terrorismusrichtlinie erfüllt

120 Ähnlich in Bezug auf die Ein- bzw. Ausreise mit dem Ziel eine terroristische Vereinigung zu unterstützen: *Petzsche*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 222-224.
121 BR-Drs. 240/24, S. 19.
122 *Petzsche* (Fn. 44), S. 209 (223).
123 *Engelstätter,* GSZ 2019, 95 (98), (99).
124 *Petzsche* (Fn. 44), S. 209 (223); *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (162).
125 *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (162); Europäische Kommission (Fn. 25), S. 10.

wäre. Von einer ausdrücklichen Bezeichnung kann im Hinblick auf die Wahrung der deutschen Strafrechtsdogmatik abgesehen werden.

Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, einer Regelung des Einreisetatbestandes hätte es grundsätzlich nicht bedurft. Eine Strafbarkeitslücke bestehe im Ergebnis nur für den Zeitraum zwischen Einreise des Täters und dem unmittelbaren Ansetzen zu terroristischen Straftaten. Die Mehrheit der Fälle werden weiterhin von § 129a StGB erfasst.[126] Zudem gebe auch die Terrorismusrichtlinie nicht vor, das Reisen an sich unter Strafe zu stellen.[127]
Dafür spricht auch der Regierungsentwurf, welcher einen Anwendungsfall in der Einreise sog. „Hit-Teams" sieht. Darunter versteht sich eine paramilitärisch ausgebildete Gruppe von Kämpfern einer terroristischen Vereinigung, die gezielt in ein Land einreist, um dort einen terroristischen Anschlag zu verüben. Diese Fälle seien jedoch bereits von den §§ 129a und 129b StGB umfasst.[128]
Der Umsetzungsbedarf der Reisetatbestände ist mithin durchaus zweifelhaft. Aufgrund der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit und damit einhergehenden Problemen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spricht viel dafür, dieses Umsetzungsdefizit hinzunehmen.[129] Nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass der „Ultima-Ratio-Gedanke" des Strafrechts solche strafrechtlichen Lücken gerade fordert.[130] Dennoch ist die Umsetzung dieser Vorfeldstrafbarkeit europarechtlich gefordert. Der Gesetzgeber sollte aber zumindest die oben aufzeigten Spielräume im Rahmen der Umsetzung des Art. 9 der Terrorismusrichtlinie beachten.

dd) Androhung einer terroristischen Straftat § 89a StGB-E

Die Regelungstechnik des § 89a Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 8 StGB-E lässt vermuten, dass die Regierung ohne tiefergehende Prüfung des Umsetzungsbedürfnisses die Vorgaben der Terrorismusrichtlinie abgearbeitet hat.
Art. 3 Abs. 1 Buchst. j der Terrorismusrichtlinie fordert auch, die Drohung einer der in Art. 3 genannten terroristischen Straftaten als eine solche einzustufen. Dies wird durch § 89a Abs. 1 Nr. 9 StGB-E erfüllt.[131] Die Vorbereitung einer terroristischen Straftat ist jedoch gemäß § 89a Abs. 1 S. 1 StGB-E nur in den Fällen der Nr. 1 bis 8 strafbar. Demnach gilt die Androhung als terroristische Straftat, ihre Vorbereitung ist aber nicht strafbar. Gemäß § 89a Abs. 8 StGB-E ist lediglich die Vollendung mit Strafe bedroht.
Daraus lässt sich schließen, dass die bloße Vorbereitung einer Androhung terroristischer Straftaten auch der Regierung zu weit geht. Im Übrigen ist dies auch nicht von der Terrorismusrichtlinie gefordert.[132]
Im Hinblick auf diese komplizierte Regelungstechnik fragt sich, warum die Regierung nicht eine Aufnahme des Androhens einer terroristischen Straftat in den Straftatenkatalog des § 126 StGB geprüft hat.[133] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie diese Möglichkeit selbst erkannt hat. In der Begründung des Regierungsentwurfes heißt es, die Androhung von Straftaten sei im deutschen Strafrecht bisher in § 126 StGB geregelt, dessen Katalog die meisten der in § 89a Abs. 1 StGB definierten Taten enthält.[134] Statt nun die nicht enthaltenen und von Art. 3 der Terrorismusrichtlinie geforderten Tatbestände in den Katalog des § 126 StGB aufzunehmen, hat sich die Regierung für die komplizierte Regelung des § 89a Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 8 StGB-E entschieden.
Darüber hinaus erscheint der Strafrahmen des § 126 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit

126 *Petzsche* (Fn. 44), S. 209 (224).
127 *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (162); Erwägungsgrund (12) der Richtlinie (EU) 2017/541.
128 BR-Drs. 240/24, S. 20.
129 *Petzsche* (Fn. 44), S. 209 (225).
130 *Heinrich,* KriPoZ 2017, 4 (5).
131 BR-Drs. 240/24, S. 21.
132 *Zöller* (Fn. 9), S. 4.
133 *Zöller* (Fn. 9), S. 4, S. 5.
134 BR-Drs. 240/24, S. 21.

Geldstrafe angemessener als die in § 89a Abs. 8 StGB-E angedrohten drei Monate bis zu fünf Jahren. Immerhin ist dies auch der Strafrahmen des in § 89a Abs. 5 StGB-E geregelten minder schweren Falles.[135]
Ein weiteres Beispiel für einen allem Anschein nach von der Bundesregierung nicht näher geprüften Umsetzungsbedürfnis ist § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB-E. Demnach wurde, wie in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f der Terrorismusrichtlinie aufgeführt, „die Forschung zur Entwicklung oder Herstellung von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen nach den §§ 19 und 20 des Kriegswaffenkontrollgesetz“ in die Vorschrift aufgenommen.[136] Der Regierungsentwurf gibt jedoch selbst an, dass die angegebenen Normen des Kriegswaffenkontrollgesetzes eine eigene Strafbarkeit für das Entwickeln und Herstellen vorsehen und die Tathandlungen in der Rechtspraxis auch das Forschen umfassen.[137]

ee) Stellungnahme
Im Hinblick auf die einzelnen Umsetzungen der Vorgaben der Terrorismusrichtlinie durch den Regierungsentwurf, kommt das Gefühl auf, die Bundesregierung wolle um jeden Preis Strafgesetze schaffen. Die einzelnen Regelungen des Regierungsentwurfs machen den Anschein, dass die Vorgaben der Terrorismusrichtlinie sowie die von der Europäischen Kommission kritisierten Umsetzungsdefizite ohne genauere Prüfung einfach umgesetzt worden sind. Dies zeigt sich insbesondere dadurch, dass der Regierungsentwurf mehrfach selbst erkennt, dass etwaige Tatbestände bereits im Strafgesetzbuch oder Nebenstrafrecht geregelt sind, man diese nun aber, ohne hierfür eine weitere Begründung zu liefern, vollständig an die Vorgaben der Terrorismusrichtlinie anpassen wolle.

IV. Fazit

Nach der tiefergehenden Untersuchung des Regierungsentwurfes als Umsetzung der Terrorismusrichtlinie lässt sich sagen, dass sich auch der Regierungsentwurf in das kritikwürdige Terrorismusstrafrecht in Deutschland einreiht.
Durch die Übernahme vieler Formulierung des § 89a StGB sowie die Neuregelungen beispielsweise des Aus- und Einreisetatbestandes durch den Regierungsentwurf gilt die Kritik an der ausgedehnten Vorfeldstrafbarkeit der Norm und deren Unvereinbarkeit mit tragenden Verfassungsprinzipien im Rahmen des § 89a StGB-E weiter.
Obgleich viele der Regelungen des Regierungsentwurfes durch die Terrorismusrichtlinie verpflichtend sind, so verbleibt ein Umsetzungsspielraum. Diesen hat die Bundesregierung jedoch nicht ausgereizt. Lediglich an einigen wenigen Punkten sieht sie von einer Umsetzung ab, was der grundsätzlichen Kritik am Regierungsentwurf aber gewiss nicht abzuhelfen vermag.
So hat die Bundesregierung beispielsweise nicht die Möglichkeit genutzt, die bestehende Kritik am § 89a StGB im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG bei Erlass des Regierungsentwurfes zu berücksichtigen. Vielmehr wurden durch die Neufassung weitere Probleme im Hinblick auf die Bestimmtheit der Norm geschaffen. Einige Regelungen erscheinen unverständlich und unstimmig. Dies lässt den Eindruck entstehen, die Bundesregierung habe sich bei dem Erlass des Regierungsentwurfes keine Mühe gegeben. Zudem kommt es zu weiteren Auslegungszweifeln im Rahmen des § 89a StGB-E, wodurch die Kritik bezüglich der Bestimmtheit der Norm nur zunimmt.
Die Möglichkeit, im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des § 89a StGB-E von gesetzgeberischer Seite mehr

135 *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (165).
136 Nach *Petzsche/Heger,* KriPoZ 2024, 157 (162), mag diese Umsetzung zumindest der Übersichtlichkeit dienen.
137 BR-Drs. 240/24, S. 19.

Klarheit zu schaffen und die Strafbarkeit durch den Wortlaut der Norm einzuschränken, wurde ebenfalls nicht ergriffen. Vor allem die genauere Betrachtung der einzelnen Tatbestände des § 89a StGB-E hat gezeigt, dass die Bundesregierung deren Umsetzungsbedarf nicht ausreichend geprüft, sondern vielmehr die Kritikpunkte der Europäischen Kommission zu den Umsetzungsdefiziten stur abgearbeitet hat. Tragende Verfassungsprinzipien und die deutsche Strafrechtsdogmatik scheinen dabei nur an zweiter Stelle zu stehen. Nicht zuletzt ist die Wirksamkeit des § 89a StGB-E im Hinblick auf eine Spezialprävention und damit eine tatsächliche Terrorismusbekämpfung zweifelhaft.

Folglich lässt sich zusammenfassend sagen, dass es sich bei dem Regierungsentwurf um eine Vorfeldkriminalisierung um jeden Preis handelt. Abzuwarten bleibt, ob der Bundesrat ebenso vorgeht und den Regierungsentwurf uneingeschränkt annimmt, oder ob er die Kritik, welcher er bereits 2016 in Bezug auf den Entwurf der Terrorismusrichtlinie äußerte, nun auch in Bezug auf den Regierungsentwurf hegt. Immerhin besteht der Unterschied, dass mittlerweile ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland anhängig ist. Eine Beratung des Bundesrates zum Regierungsentwurf ist zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls noch nicht erfolgt.[138]

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

[138] Stand: 13.6.2024.

KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift JuP

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Paula Schnabel

„Nein heißt nein“ oder „ja heißt ja“ im Sexualstrafrecht? Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Autonomie

Universität zu Köln
Fachbereich Rechtswissenschaft
Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann
Abgabedatum: 14.5.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung **46**
II. Die sexuelle Autonomie oder sexuelle Selbstbestimmung **46**
III. „Nein heißt nein" die aktuelle Rechtslage **47**
1. § 177 StGB de lege lata *47*
a) Historie *47*
b) Systematik *48*
c) § 177 Abs. 1 StGB *48*
aa) Objektiver Tatbestand *49*
(1) Sexuelle Handlungen *49*
(2) Gegen den erkennbaren Willen *49*
bb) Subjektiver Tatbestand *50*
d) § 177 Abs. 2 StGB *50*
aa) §177 Abs. 2 Nr. 1 StGB *50*
bb) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB *50*
cc) § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB *51*
dd) § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB *51*
ee) § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB *51*
2. Kritik *51*
a) Normative Betrachtung des § 177 StGB *51*
aa) Umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch § 177 Abs. 1 gewährleistet? *51*
bb) Schließung von Strafbarkeitslücken durch § 177 Abs. 2 StGB? *53*
b) Probleme in der Praxis *54*
aa) Aktives Opferverhalten und der entgegenstehende Wille *54*
bb) Ambivalentes Verhalten trotz verbal kommunizierter Ablehnung *55*
cc) Intimbeziehung als Einverständnis? *56*
dd) Zusammenfassend zu den Entscheidungen *57*
3. Zwischenfazit: aktueller Schutz der sexuellen Selbstbestimmung *57*
IV. Kriminologische Erkenntnisse zu Sexualdelikten **57**
1. Sexualdelikte im Hellfeld *58*
2. Sexualdelikte im Dunkelfeld *58*
3. Zwischenfazit kriminologische Erkenntnisse *59*
V. „Ja heißt ja"- *de lege ferenda*? **59**
1. Ausgestaltung des Modells im deutschen Strafrecht *60*
2. Kritische Auseinandersetzung mit einer Umsetzung im deutschen Strafrecht *60*
a) Erforderlichkeit für den effektiven Schutz der sexuellen Selbstbestimmung? *61*
b) Fehlende Opferobliegenheit *61*
c) Verfassungsmäßigkeit *62*
d) Systematische Gesichtspunkte *62*
e) Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen und in dubio pro reo *63*
f) Gesellschaftliche Risiken *63*

3. Zwischenfazit *64*

VI. Fazit **65**

I. Einleitung

Kaum ein Bereich im besonderen Teil des StGB ist derart Gegenstand von anhaltenden, kontrovers geführten Debatten wie der 13. Abschnitt mit den Normen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung.[1] Sei es die konkrete Ausgestaltung des 13. Abschnitts oder auch die Diskussion um die Strafrahmen.[2] Das Sexualstrafrecht hat diverse Änderungen erfahren, die sog. „nein heißt nein"-Lösung in § 177 Abs. 1 StGB ist seit 2016 im StGB verankert.[3] Somit macht sich strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder vornehmen lässt. Immer wieder werden allerdings Stimmen laut, die eine „ja heißt ja"-Lösung fordern,[4] einige Länder haben diese bereits umgesetzt.[5] Wegen eines Vorschlags für eine neue EU-Richtlinie[6] hat die Diskussion wieder mehr Aufmerksamkeit erlangt.[7] Die Richtlinie hatte unter anderem eine EU-weite „ja heißt ja"-Lösung bei der Strafbarkeit von Vergewaltigungen zum Gegenstand, dieser Teil wurde allerdings unter anderem auf Wunsch der Bundesrepublik vor Beschluss der Richtlinie wieder gestrichen.[8] Man hatte erhebliche Zweifel daran, dass diese Regelung von der Kompetenzgrundlage der EU nach Art. 83 Abs. 1 AEUV umfasst gewesen sei.[9] Nachdem der Kern der „nein heißt nein"-Regelung sich in § 177 Abs. 1 StGB befindet, ist § 177 StGB die wesentliche Norm, die Gegenstand dieser Arbeit sein wird.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, mit Blick auf die Systematik des § 177 StGB unter Betrachtung der aktuellen Rechtslage, als auch durch die Analyse der dem Sexualstrafrecht immanenten Probleme sowohl in der Rechtsanwendungspraxis als auch in der Kriminologie eine Entscheidung dahingehend zu treffen, ob das aktuelle „nein heißt nein"-Modell die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit ausreichend schützt, oder ob dies durch eine „ja heißt ja"-Lösung besser und umfassender erreicht werden könnte.

II. Die sexuelle Autonomie oder sexuelle Selbstbestimmung

Zunächst soll eine Annäherung an die rechtliche Dimension der sexuellen Selbstbestimmung/Autonomie vorgenommen werden.

Autonomie und Selbstbestimmung werden von einigen Autor:innen zunächst als Synonyme verwendet.[10] Der Begriff der Autonomie ist allerdings eher im philosophischen Kontext verankert.[11] In dieser Arbeit wird davon aus-

1 Exemplarisch: *Hoven/Dyer*, ZStW 2020, 250; *Bezjak*, ZStW 2018, 303.
2 U. a.: *Hoven/Rostalski*, Sexualdelikte härter bestrafen, FAZ, 27.12.2023, online abrufbar unter: https://www.faz.net/einspruch/sexualdelikte-uebergriffe-haerter-bestrafen-19410131.html (zuletzt abgerufen am 15.8.2024).
3 BGBl. 2016 I Nr. 52.
4 DJB, Stellungnahme 23-02, 8.3.2022, S. 9 f., online abrufbar unter: https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st23-02_EP-Haeusliche_Gewalt.pdf (zuletzt abgerufen am 15.8.2024); *Kempe*, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 230 ff.
5 So in Schweden, *Bigalke,* Schweden verschärft das Sexualstrafrecht, SZ Online, 19.12.2017, online abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/leben/sexualstrafrecht-schweden-verschaerft-das-sexualstrafrecht-1.3797911 (zuletzt abgerufen am 7.5.2024); Spanien, „nur ja heißt ja": Spanien verschärft Sexualstrafrecht, beck-aktuell, 27.5.2022, online abrufbar unter: https://beck-onli-ne.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2023370.htm&anchor=Y-300-Z-BECKLINK-N-2023370 (zuletzt abgerufen am 7.5.2024).
6 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, COM/2022/105 final.
7 Bspw. *Hoven,* ZRP 2022, 118 ff.; *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 ff.
8 *Bauer-Babef,* EU nimmt erste Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen an, euractiv.de, 25.4.2024, online abrufbar unter: https://www.euractiv.de/section/gesundheit/news/eu-nimmt-erste-richtlinie-zur-bekaempfung-von-gewalt-gegen-frauen-an/ (zuletzt abgerufen am 11.5.2024).
9 Zur Diskussion um die Kompetenzgrundlage kritisch: *Çelebi/Koop/Melchior,* Deutschlands Blockade beim Gewaltschutz, Verfassungsblog, 10.1.2024, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/deutschlands-blockade-beim-europaweiten-gewaltschutz/ (zuletzt abgerufen am 15.8.2024).
10 *Vavra,* Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 109; *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (854).
11 *Heusinger von Waldegge*, Hegel-Jahrbuch 2017, 197 (197).

gegangen, dass es sich dem Grunde nach um Synonyme handelt, die Selbstbestimmung aber eher im rechtswissenschaftlichen Kontext verwendet wird.

Die sexuelle Selbstbestimmung erfordert zunächst einmal die Auseinandersetzung mit der Frage, was als selbstbestimmtes Handeln im Bereich des Sexuellen zu verstehen ist.

Sexuell selbstbestimmt handelt, wer frei darüber entscheidet ob, wann, mit wem und in welcher Art und Weise er oder sie an sexuellen Handlungen teilnimmt.[12] Es ist dabei entscheidend, dass alle an der sexuellen Handlung Partizipierenden sich hierzu frei entschieden haben.[13] Verfassungsrechtlich ist die sexuelle Selbstbestimmung verankert im allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG,[14] wobei sie explizit als Teilaspekt der Menschenwürde verstanden wird.[15] Dies ergibt sich daraus, dass sie als Teil der Intimsphäre gesehen wird und daher einen besonderen Autonomieschutz genießen soll.[16] Niemand soll bloßes Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe werden.[17] Die sexuelle Selbstbestimmung ist sowohl in Form einer positiven Freiheit als auch in Form einer negativen Freiheit ausgeprägt.[18] Die positive Freiheit meint hierbei die freie Entscheidung sexuelle Handlungen vorzunehmen und die negative Freiheit meint die Freiheit nicht den sexuellen Handlungen anderer Menschen ausgesetzt zu sein, die nicht dem eigenen Willen entsprechen.[19] Der 13. Abschnitt ist auf den Schutz der negativen Freiheit beschränkt, er soll eine Garantiefunktion dahingehend übernehmen, dass ein Abwehrrecht gegen fremdbestimmte sexuelle Handlungen, die nicht dem eigenen Willen entsprechen, anerkannt wird.[20] Die sexuelle Selbstbestimmung ist kein einheitliches Rechtsgut, sondern wird vielmehr durch die Vorschriften im 13. Abschnitt konkretisiert.[21] Es sind sowohl körperliche als auch nicht-körperliche Eingriffe denkbar,[22] im Rahmen des § 177 StGB sind allerdings körperliche sexuelle Handlungen relevant.[23]

III. „Nein heißt nein“ die aktuelle Rechtslage

1. § 177 StGB de lege lata

Im Folgenden soll die geltende Rechtslage des § 177 StGB dargestellt und kritisch eingeordnet werden.

a) Historie

Durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016 kam es zu grundlegenden Änderungen im § 177 StGB. Zuvor erforderte der § 177 StGB noch ein Nötigungselement, welches durch die „nein heißt nein“-Lösung abgelöst wurde.[24] Die Gesetzesänderung, die dies zum Gegenstand hatte, wurde durch die Unterzeichnung der sog. Istanbul-Konvention 2011 mit ausgelöst. In Art. 36 der Konvention heißt es:

12 *Sick/Renzikowski*, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (604); *Wolters,* in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 177 Rn. 6.
13 *Klamer*, „Nein heißt Nein“ – und jetzt?, 2023, S. 18; *Sick/Renzikowski,* in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (604).
14 *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. Aufl. (2024), Art. 2 Rn. 200.
15 *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 1.
16 *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 177 Rn. 11.
17 *Sick/Renzikowski*, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (603).
18 *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (859).
19 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 7 f.; *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. (2023), Vor § 174 Rn. 34.
20 *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (859).
21 BT-Drs. 7/514, S. 12.
22 *Hörnle,* in: LK-StGB, Vor § 174 Rn. 49 f.
23 *Hörnle,* in: LK-StGB, Vor § 174 Rn. 49; wobei dies nicht zwingend Körperkontakt zwischen Täter:in und Opfer voraussetzt.
24 BGBl. 2016 I Nr. 52.

„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".*[25]
2. ***Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will […]****".*[26]

In dem Referentenentwurf wurde betont, dass mit § 177 Abs. 1 Nr. 3 a.F. StGB bereits nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen unter Strafe stehen würden, man aber mit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) der Konvention noch besser gerecht werden wolle.[27] Allerdings ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission zum Sexualstrafrecht gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinsichtlich der Umsetzung von Art. 36 der Konvention sahen.[28]
Auch vor der umfassenden Reform 2016 waren die Vorschriften des 13. Abschnitts im stetigen Wandel. Bis 1997 war notwendiges Tatbestandsmerkmal der Vergewaltigung die Außerehelichkeit, eine Vergewaltigung in der Ehe war daher nicht möglich.[29] Erst 1997 wurde nach einer kontrovers geführten Diskussion beschlossen, das Tatbestandsmerkmal zu streichen.[30]

b) Systematik
§ 177 StGB ist so aufgebaut, dass § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB die Grundtatbestände des Angriffs auf die sexuelle Selbstbestimmung darstellen.[31] Es handelt sich bei § 177 StGB um ein sog. „Kombinationsmodell"[32], da durch Abs. 2 kein reines „nein heißt nein"-Modell gewählt wurde, sondern in § 177 Abs. 2 StGB auch ein „ja heißt ja"-Modell verankert ist.[33] Grundgedanke des Systems ist, dass § 177 Abs. 1 StGB die Äußerung der Ablehnung als „hinreichende Bedingung"[34] für die Strafbarkeit sexueller Handlungen ist, in § 177 Abs. 2 StGB aber deutlich wird, dass es sich nicht um eine notwendige Bedingung handelt, da dort Umstände berücksichtigt werden, die eine Äußerung der Ablehnung unmöglich machen.[35] § 177 Abs. 3 StGB stellt für alle Tatbestände des § 177 StGB eine Regelung über die Versuchsstrafbarkeit dar. § 177 Abs. 4, 5, 7 und 8 StGB stellen Verbrechensqualifikationen zu Abs. 1 und 2 dar, während § 177 Abs. 6 StGB Regelbeispiele normiert und damit eine Strafzumessungsregel ist.[36] Den Abschluss bildet § 177 Abs. 9 StGB mit den minder schweren Fällen.

c) § 177 Abs. 1 StGB
Die „nein heißt nein"-Lösung ist in § 177 Abs. 1 StGB verankert. Der Tatbestand erfordert eine sexuelle Handlung

25 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.5.2011, CETS 210, S. 10, Fettschreibung durch *Verf.*
26 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.5.2011, CETS 210, S. 10, Fettschreibung durch *Verf.*
27 Referentenentwurf v. 15.3.2016, S. 1.
28 Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 53; so auch *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015, S. 8, 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 7.5.2024).
29 Wortlaut der alten Fassung des § 177 StGB: „Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft."
30 Hinsichtlich der Diskussion siehe u.a. BT-Plenarprotokoll 13/175, S. 15785- 15797; Verkündung durch BGBl. 1997 I, Nr. 45, Verkündung am 1.7.1997.
31 *Hörnle,* NStZ 2017, 13 (14 f.); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 8.
32 *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 8
33 *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 8.
34 *Hörnle,* NStZ 2017, 13 (15).
35 *Hörnle,* NStZ 2017,13 (15).
36 *Heger,* in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2021), § 177 Rn. 2 f.; *Schumann*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023) § 177 Rn. 6.

gegen den erkennbaren Willen des Opfers.[37]

aa) Objektiver Tatbestand

Im objektiven Tatbestand erfordert § 177 Abs.1 StGB zunächst eine sexuelle Handlung, die gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person vorgenommen wird.

(1) Sexuelle Handlungen

Als Tathandlung muss eine sexuelle Handlung vorliegen. Sexuelle Handlungen sind solche, die objektiv als sexuell zu erkennen sind.[38] Entscheidend ist, dass die Handlung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einen Sexualbezug herstellen lässt.[39] Die sexuelle Handlung muss nach § 184h Nr. 1 StGB „von einiger Erheblichkeit" sein.[40]

Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB unterscheidet hier vier Tatvarianten:

Der/die Täter:in nimmt eine Handlung an dem Opfer vor, dies setzt in der Tatvariante die Berührung des Körpers des Opfers voraus (Var. 1).[41]

Der/die Täter:in lässt Handlungen von dem Opfer selbst vornehmen (Var. 2), Der/die Täter:in muss hier zur Vornahme der sexuellen Handlung explizit aufgefordert haben.[42]

Bestimmung zu sexuellen Handlungen an einem Dritten (Var. 3), hierbei ist Körperkontakt des Opfers mit dem Dritten erforderlich.[43] Das Bestimmen des Opfers erfordert die „kommunikative Einwirkung durch explizite Aufforderung".[44] Hierbei ist kein nötigender Zwang erforderlich.[45]

Bestimmen zur Duldung sexueller Handlungen von einem Dritten (Var. 4). Im Unterschied zu Var. 3 ist bei der Duldung einer Handlung keine eigene Körperbewegung des Opfers erforderlich.[46]

(2) Gegen den erkennbaren Willen

Die Tathandlung muss gegen den Willen des Tatopfers erfolgen und der entgegenstehende Wille muss auch erkennbar gewesen sein.[47] Hierbei ist entscheidend, dass sich die Erkennbarkeit auf die konkrete sexuelle Handlung erstreckt.[48] Die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens wird aus Sicht eines objektiven Dritten bestimmt.[49] Allein der entgegenstehende Wille des Opfers ist nicht ausreichend, die Weigerung muss entweder ausdrücklich oder konkludent gegenüber dem/der Täter:in erklärt werden, dies kann auch durch Weinen, Sträuben oder Abwehren der Handlung geschehen.[50] Wenn das Opfer, welches den Sexualkontakt grundsätzlich erkennbar ablehnt, dem Verlangen des Täters/der Täterin nachkommt, um so ggfs. die sexuelle Handlung zu verkürzen oder auch weil es davon ausgeht, den eigenen Willen gegenüber dem/der Täter:in nicht durchsetzen zu können, kann die Handlung

37 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 10.
38 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 16.
39 *Noltenius*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. (2023), § 177 Rn. 10.
40 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 46; *Hörnle,* in: LK-StGB, § 177 Rn. 17.
41 *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 177 StGB Rn. 7; *Noltenius,* in: SK-StGB, § 177 Rn. 10.
42 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 23.
43 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 17.
44 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 25.
45 *Renzikowski* merkt an dieser Stelle an, dass es ein Widerspruch sei eine Person zu einer Handlung zu bringen, ohne hierbei Zwang anzuwenden, es sei immer eine Form von Einschüchterung erforderlich, was dann auch gleichzeitig eine Nötigung darstelle, siehe hierzu: *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 55; zustimmend hierzu auch *Fischer*, StGB, § 177 StGB Rn. 15 f.; a.A. u.a. *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 24 f.
46 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 26.
47 *Schumann*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 8; *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 29.
48 *Fischer*, StGB, § 177 StGB Rn. 9a.
49 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; *Fischer*, StGB, § 177 StGB Rn. 11; *Schumann,* in: NK-StGB, § 177 Rn. 8; BT-Drs. 18/9097 S. 22.
50 *Renzikowski,,* in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15); BT-Drs. 18/9097, S. 23.

trotzdem erkennbar ungewollt sein.[51] Dies gilt sogar dann, wenn das Opfer selbst um eine schonendere Form der sexuellen Handlung oder auch um die Verwendung eines Kondoms bittet, das lässt eine Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens nicht automatisch entfallen.[52]
Aus der Gesetzesbegründung zum 50. StrÄndG ergibt sich außerdem, dass ambivalentes Opferverhalten nicht von § 177 StGB umfasst sein soll.[53] Sobald aufgrund von ambivalentem Opferverhalten Zweifel am Gegenwillen bestehen, wirkt dies zugunsten des Beschuldigten.[54]

bb) Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand ist vom Täter/von der Täterin zumindest Eventualvorsatz hinsichtlich des entgegenstehenden Willens in Bezug auf die sexuelle Handlung erforderlich. Nach der Gesetzesbegründung ist der subjektive Tatbestand erfüllt, wenn „der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die sexuelle Handlung gegen den objektiv erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers geschieht."[55] Der/die Täter:in muss mithin den Gegenwillen des Opfers erkennen, es reicht nicht, wenn er ihn hätte erkennen können.[56]

d) § 177 Abs. 2 StGB

§ 177 Abs. 2 StGB zählt Fälle auf, in denen sich der/die Täter:in strafbar macht, ohne dass ein entgegenstehender Wille kommuniziert wurde.[57] Es handelt sich um einen Auffangtatbestand, der aufgrund von besonderen situativen Umständen die Obliegenheit des Opfers, seinen entgegenstehenden Willen zu kommunizieren, entfallen lässt.[58] Hier sind verschiedene Konstellationen verankert.

aa) §177 Abs. 2 Nr. 1 StGB

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB umfasst Situationen, in denen der/die Täter:in ausnutzt, dass das Opfer nicht in der Lage ist einen entgegenstehenden Willen zu kommunizieren. Eine solche Lage ist anzunehmen bei Schlaf, Bewusstlosigkeit oder auch wenn ihre Willensbildung oder kognitiven Fähigkeiten erheblich eingeschränkt sind.[59] In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass „das Opfer zur Bildung oder Äußerung des Willens absolut unfähig sein [muss]".[60]

bb) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB

§ 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB regelt Fälle, in denen der/die Täterin eine sexuelle Handlung am Opfer vornimmt und dabei ausnutzt, dass dieses aufgrund seines psychischen oder körperlichen Zustands erheblich in der Willensbildung und -äußerung eingeschränkt ist, es sei denn, er/sie hat sich der Zustimmung versichert.[61]
Im Gegensatz zu Abs. 2 Nr. 1 StGB sind die Opfer hier nicht unfähig ihren Willen zu bilden oder zu äußern, sondern sie sind in dieser Fähigkeit aufgrund ihrer körperlichen oder psychischen Verfassung nur erheblich eingeschränkt.[62] In § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist eine „ja heißt ja"-Lösung verankert, die es vor allem Personen, die in

51 *Noltenius,* in: SK-StGB, § 177 Rn. 12; *Hörnle,* in: LK-StGB, § 177 Rn. 33.
52 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 33.
53 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
54 *Schumann*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 10; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 53.
55 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
56 *El Ghazi,* ZIS 2017, 157 (165).
57 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
58 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 53.
59 *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (16).
60 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
61 *Kempe* (Fn. 4), S. 286.
62 *Klamer* (Fn. 13), S. 92.

der Fähigkeit zur Willensäußerung eingeschränkt sind, ermöglichen soll, ihre Sexualität auszuleben, ohne dabei eine Strafbarkeit des Partners zu riskieren.[63] Mit dem Erfordernis der vorherigen Zustimmung soll die höhere Schutzwürdigkeit dieser Personen zum Ausdruck kommen.[64]

cc) § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB

Durch § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB werden Fälle geregelt, in denen der/die Täter:in einen Überraschungsmoment ausnutzt.[65] Nach der Gesetzesbegründung liegt ein solches Ausnutzen dann vor, wenn der sexuelle Angriff das Opfer unvorbereitet trifft und es daher nicht mit einem solchen Angriff rechnet und der/die Täter:in diesen Umstand bewusst ausnutzt.[66]

dd) § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB

Durch § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB sind Fälle erfasst, in denen der/die Täter:in eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Hierbei ist es entscheidend, dass das Übel aus objektiver Sicht droht, es kommt somit nicht auf die Befürchtung des Opfers an.[67] Hiervon sollen vor allem sog. „Klima der Gewalt"-Fälle[68] erfasst sein, der/die Täter:in dem Opfer also nicht ausdrücklich mit einem empfindlichen Übel drohen muss, es aber schon in der Vergangenheit zu Gewaltanwendungen durch den/die Täter:in kam.[69] Die Vorschrift erfordert ihrem Wortlaut nach außerdem Widerstand als Auslöser für das empfindliche Übel.

ee) § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB

Hier ist die sexuelle Nötigung enthalten. Erforderlich ist, dass der /die Täter:in das Opfer durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu der sexuellen Handlung nötigt.

2. Kritik

§ 177 StGB wird im Folgenden einer umfassenden kritischen Betrachtung unterzogen. Hierbei werden normative Kritikpunkte angeführt und im Anschluss wird ein Blick auf die aktuelle Rechtspraxis geworfen.

a) Normative Betrachtung des § 177 StGB

Zunächst werden einige Kritikpunkte betrachtet, die sich unmittelbar aus der geltenden Rechtslage ergeben.

aa) Umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch § 177 Abs. 1 gewährleistet?

Es stellt sich die Frage, inwieweit § 177 StGB einen umfassenden Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung gewährleisten kann.

Aus der Formulierung „gegen den erkennbaren Willen" ergibt sich zwangsläufig, dass Passivität sowie der Umstand, dass der Wille nicht verbal oder nonverbal eindeutig kommuniziert wurde, nicht den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt.[70] Dem Gesetzgeber nach sei es dem Opfer zumutbar, den entgegenstehenden Willen zu

63 *Eisele*, RPsych 2017, 7 (16); BT-Drs. 18/9097 S. 24.
64 *Eisele*, RPsych, 2017, 7 (16).
65 *Schumann*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 23; zur Notwendigkeit einer solchen Sanktionsnorm schon *Grieger/Clemm/Eckhardt/Hartmann*, Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken, bff, 2014, S. 17 ff., online abrufbar unter: https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/studien-und-positionspapiere/bff-fallanalyse-was-ihnen-widerfahren-ist-ist-in-deutschland-nicht-strafbar.html (zuletzt abgerufen am 1.5.2024).
66 BT-Drs. 18/9097, S. 25.
67 *Bezjak*, JZ 2016, 557 (564).
68 BT-Drs. 18/9097 S. 26.
69 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 96.
70 Hierzu *El-Ghazi,* ZIS 2017, 157 (162).

äußern.[71]

Fraglich ist, ob dies immer der Fall ist. Wenn Täter:in und Opfer beispielsweise eine vorherige Beziehungshistorie haben (welche auch durch gewalttätige Beziehungsmuster geprägt sein kann, aber nicht muss) und das Opfer aus Erfahrung weiß, dass ein „nein“ nicht akzeptiert wird oder klar ist, dass dies die sowieso schon ungewollte sexuelle Handlung unangenehmer machen wird oder zeitlich in die Länge zieht, kann hier eine Willensäußerung für das Opfer nicht in Frage kommen.[72] Denkbar sind auch solche Fälle, in denen der/die Täter:in aus vorherigen Begegnungen oder einem Gespräch mit dem Opfer weiß, dass dies mit ihm/ihr keine sexuellen Handlungen vornehmen möchte.[73] Diese Fälle machen deutlich, dass das Opfer auch dann in seiner sexuellen Selbstbestimmung verletzt sein kann, wenn es keinen entgegenstehenden Willen kommuniziert hat. Dies könnte eine Schwachstelle des § 177 Abs. 1 StGB aufzeigen. Oft ist in Beziehungsdynamiken in der konkreten Situation der Einsatz eines Nötigungsmittels nicht erforderlich, dem Opfer kann allerdings bekannt sein, dass dies in der Vergangenheit geschehen ist, es gegebenenfalls schon zu Gewaltanwendungen oder ähnlichem gekommen ist, dann scheint ein entgegenstehender Wille durchaus naheliegend.[74] Der objektive Dritte wird den entgegenstehenden Willen aller Wahrscheinlichkeit nach nicht als erkennbar wahrnehmen, der/die Täter:in selbst könnte sich der Wirkung allerdings durchaus bewusst sein.[75] Es ist daher fraglich, ob es im Rahmen des § 177 StGB für die Erkennbarkeit auch auf das Sonderwissen des Täters/der Täterin ankommen kann.

Einerseits wird vertreten, dass es bei der Beurteilung der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens nur auf den objektiven Dritten ankomme, sog. Sonderwissen des Täters/der Täterin hinsichtlich des Willens mithin unerheblich sei.[76]

Andererseits wird vertreten, bei der Bewertung des entgegenstehenden Willens über den Gesetzeswortlaut hinaus den Gesamtkontext der Beziehung von Täter:in und Opfer sowie vorangegangene Verhaltensweisen mit einzubeziehen.[77]

Es scheint auf der einen Seite plausibel, den objektiven Dritten hier mit dem Wissen des Täters/der Täterin auszustatten, da dieser/diese in manchen Fällen eben eine erweiterte Kenntnis der Umstände hat.[78]

Problematisch kann dieser Ansatz allerdings dann sein, wenn von der Art der Beziehung, die Täter:in und Opfer zueinander haben, auf den Willen der Person geschlossen wird. So formuliert *Renzikowski* beispielsweise, „in Beziehungen muss etwa ein „Nein“ noch keine endgültige Ablehnung sein“.[79]

Doch auch in Intim- und Paarbeziehungen besteht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Es sollte daher im Wege der Gesamtbetrachtung nicht dazu führen, dass an sexuelle Übergriffe in Paar- und Intimbeziehungen höhere Anforderungen an die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willen des Opfers gestellt werden.

Diese Problematik zeigt auf, dass sich aus der Perspektive des objektiven Dritten durchaus auch eigene Probleme entwickeln, wenngleich die Perspektive des objektiven Dritten insoweit opferschützend ist, als dass versucht wird, dem Einlassgeschick des/der Täter:in Einhalt zu gebieten. Es ist im Strafprozess somit nicht ausreichend, wenn sich der/die Täter:in darauf beruft, er habe den entgegenstehenden Willen nicht erkannt, da dies im objektiven Tatbestand immer auch aus Sicht des Dritten zu beurteilen ist.

---

71 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
72 Vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 19, die dieses Problem nicht in Bezug auf die aktuelle Fassung des § 177 StGB formuliert.
73 *May,* JR 2019, 130 (135).
74 *Hörnle*, GA 2015, 313 (325).
75 Vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 19; sie beschreibt diese Fallkonstellation, allerdings nicht anhand der aktuellen Fassung des § 177 StGB.
76 *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187).
77 *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 177 Rn. 9; *Renzkowski*, in: Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 9 Rn. 25.
78 So auch *May*, JR 2019, 130 (137).
79 *Renzikowski,* in: Handbuch des Strafrechts, § 9 Rn. 25.

Ebenfalls problematisch könnte an dieser Stelle sein, dass die Bewertung dessen, was als „offensichtlich erkennbar entgegenstehender Wille“ eingeordnet wird, unter Umständen auch unter dem Einfluss stereotypischer und geschlechtsspezifischer Vorurteile stehen kann.[80] Ebenso könnten sich aus Sicht des objektiven Dritten in dieser Kommunikation kulturell geprägte Interpretationsmuster wiederfinden.[81] Rechtsanwender:innen sollten daher „kritisch reflektieren“ inwieweit ihre Betrachtungsweisen hiervon gegebenenfalls beeinflusst werden.[82]

In Hinblick auf sexuelle Täuschungen lässt sich für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung anmerken, dass § 177 Abs. 1 StGB wohl vor solchen Täuschungen, die die körperliche Sphäre betreffen, schützt.[83] So hat der *BGH* erst jüngst festgestellt, dass das sog. Stealthing unter § 177 Abs. 1 StGB zu fassen sei.[84] Hier lag eine Täuschung der sexuellen Handlung zu Grunde, welche die körperliche Dimension des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigt hat.[85] Ob und inwieweit der Schutz vor sexuellen Täuschungen von § 177 Abs. 1 StGB umfasst ist und welche Grenzen im Einzelnen hier zu ziehen sind, ist höchst umstritten und soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.[86]

bb) Schließung von Strafbarkeitslücken durch § 177 Abs. 2 StGB?

Mit der aktuellen Regelung des § 177 Abs. 1 StGB ist die Regelung von Spezialfällen in Form des § 177 Abs. 2 StGB durchaus erforderlich, um die Schutzlücken des Abs. 1 zu schließen.[87]

Kritisiert wird § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB vor allem unter dem Gesichtspunkt der Andersbehandlung von Menschen mit Behinderung.[88] Ziel der Regelung sollte unter anderem sein, Menschen mit Behinderung das Ausleben ihrer Sexualität zu ermöglichen, ohne dass sich der/die Partner:in strafbar macht.[89] Allerdings ist fraglich, ob es hierfür einer gesonderten Regelung bedarf, oder ob Menschen mit Einschränkungen ebenso in der Lage sein können, selbstbestimmt einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu kommunizieren.[90] Hierbei scheint vor allem der Widerspruch eine Rolle zu spielen, dass der Gesetzgeber einerseits die Äußerung eines entgegenstehenden Willens nicht für möglich halten will, andererseits aber eine Zustimmung für möglich hält.[91] Diese Unterscheidung scheint insoweit nicht schlüssig.[92] Unter anderem aus diesen Gründen empfahl die Reformkommission auch die Streichung des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB.[93] Dies scheint aus den genannten Gründen durchaus nachvollziehbar.

In Fällen,[94] in denen der Täter/die Täterin erkennt, dass das Opfer sich nicht traut seinen entgegenstehenden Willen zu äußern, dies für einen objektiven Dritten allerdings nicht erkennbar ist, könnte § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB diese Strafbarkeitslücke schließen. Die Norm soll explizit sog. „Klima der Gewalt“-Fälle umfassen, bei denen eine explizite Drohung durch den/die Täter:in nicht ausgesprochen wurde.[95] Allerdings knüpft § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB daran an, dass dem Opfer objektiv ein empfindliches Übel drohen muss. Es scheint allerdings durchaus Fälle zu

80 Hierzu *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 20.
81 *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 45.
82 *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 20; ausführlicher zur Thematik des Vergewaltigungsmythos auch *Lembke*, ZFRS 2014, 253 (265 ff.); ebenso *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 24 ff.
83 *Camargo*, ZStW 2022, 315 (390); a.A. wohl *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).
84 *BGH,* Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22; unter Stealthing wird das heimliche Abziehen des Kondoms gegen den Willen des /der Sexualpartner:in verstanden.
85 *Camargo*, ZStW 2022, 315 (354, 375).
86 Umfassend hierzu: *Camargo*, ZStW 2022, 315; *Vavra*, ZIS 2018, 611; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.
87 *Eisele*, RPsych 2017, 7 (14).
88 Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 64 f.
89 *Eisele*, RPsych 2017, 7 (14).
90 *Bezjak*, KJ 2016, 557 (563).
91 *Bezjak*, KJ 2016, 557 (563f.).
92 *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187); *Fischer,* § 177 StGB, Rn. 33.
93 Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 15.
94 siehe C.II. 1. a.
95 *Eisele*, RPsych 2017, 7 (18).

geben, in denen dies objektiv nicht gegeben ist, das Opfer sich allerdings rein subjektiv bedroht fühlt und dies dem/der Täter:in auch bekannt ist.[96] Die Rechtsgüter des Opfers müssen daher nach der gesetzgeberischen Konzeption objektiv gefährdet sein, wenn es sich dem/der Täter:in widersetzt.[97] Dies ist vor allem dann problematisch, wenn in Beziehungen, in denen es zwar oft zu Gewaltanwendungen kommt, auch immer wieder Phasen der Versöhnung mit einvernehmlichen Sexualkontakten vorkommen.[98] Es muss in solchen Fällen also analysiert werden, dass im konkreten Fall *wieder* ein „Klima der Gewalt" herrscht.[99] Mithin wird hinsichtlich § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB teilweise vertreten, dass er wohl durchaus Fälle erfasse, welche Abs. 1 nicht erfassen kann. *Hörnle* geht allerdings davon aus, dass dies eher in Extremfällen der Fall sein wird.[100]

b) Probleme in der Praxis

Wie sich diese Rechtslage in der Praxis auswirkt und ob und gegebenenfalls welche Schutzlücken sich hierbei ergeben, soll anhand von ausgewählten Urteilen aufgezeigt werden.

aa) Aktives Opferverhalten und der entgegenstehende Wille

Der *1. Senat* des *BGH* hatte sich 2018 in der folgenden Entscheidung dazu geäußert, wie sich aktives Opferverhalten der Geschädigten auf den erkennbar entgegenstehenden Willen auswirkt.[101]

Der Angeklagte war Chefarzt in einer Klinik, die Nebenklägerin medizinische Fachangestellte.[102] Zwar war sie dem Angeklagten nicht unterstellt, er konnte aufgrund seiner Stellung als Chefarzt allerdings dennoch Einfluss auf ihre Tätigkeit nehmen.[103] Der Angeklagte und die Nebenklägerin nahmen einvernehmliche sexuelle Handlungen am Arbeitsplatz vor, wobei die Nebenklägerin dies innerlich ablehnte, es dem Angeklagten allerdings nicht mitteilte.[104] Bei dem in Rede stehenden Vorfall bat der Angeklagte die Nebenklägerin wieder um die Ausführung einer sexuellen Handlung, diese lehnte sie mit dem Hinweis, dass sie nun einen Freund habe, ab.[105] Er drängte sie allerdings trotzdem zur Ausführung der sexuellen Handlung, was sie letztlich auch tat.[106] Das *LG Bamberg* hatte zunächst einen Fall des § 177 Abs. 1 StGB angenommen.[107] Der Angeklagte habe den entgegenstehenden Willen der Nebenklägerin zumindest billigend in Kauf genommen und sich über diesen hinweggesetzt.[108] Die Nebenklägerin habe durch die Aussage, sie wolle den Oralverkehr nicht durchführen, weil sie einen Freund habe, ihren entgegenstehenden Willen klar zum Ausdruck gebracht.[109] Die kurze aktive Mitwirkung an der sexuellen Handlung habe auch nicht aus der Sicht eines objektiven Dritten zur Aufgabe ihres entgegenstehenden Willens geführt.[110] Dies sah der *BGH* bei seiner Bewertung der Revision anders. Nach Ansicht des *BGH* müsse es in der Gesamtschau entlastend bewertet werden, dass die sexuelle Handlung vom Opfer ausging, hierin habe der Angeklagte eine Aufgabe des entgegenstehenden Willens sehen können.[111] Rechtlich geht es hier um die Frage, ob die aktive Handlung

96 *Bezjak*, KJ 2016, 557 (564).
97 *Kempe* (Fn. 4), S. 295.
98 *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (18).
99 *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (18); *Vavra* (Fn. 10), S. 448.
100 *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (18), sie benennt dies hier mit „Beziehungen mit konsistenten Praktiken der Unterjochung".
101 *BGH*, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 290/18 (*LG Bamberg*); hierzu auch: *Heinemann,* KriPoZ JuP 2021, 62 (73).
102 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717).
103 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717).
104 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717).
105 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717).
106 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717).
107 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717 Rn. 14).
108 *BGH*, NStZ 2019, 717 (717 Rn. 14).
109 *BGH,* NStZ 2019, 717 (717 f.).
110 *LG Bamberg*, Urt. v. 07.12.2017 - 33 KLS 1105 Js 520/17, BeckRS 2017, 143429, Rn. 48.
111 *BGH,* NStZ 2019, 717 (718 Rn. 20).

des Opfers dazu führt, dass auch eine selbstbestimmte Handlung angenommen werden kann.[112] Mit Verweis auf den Gesetzeswortlaut kann dies grundsätzlich nicht angenommen werden, allerdings gibt es einige Stimmen in der Literatur, die ausschließen, dass eine aktive Handlung ohne Zwang gegen den Willen sein könne.[113] Nach Auffassung des *BGH* sei die vorherige verbale Ablehnung durch die entgegenstehende Handlung „entkräftet" worden.[114] In einem solchen Fall sei eine möglichst umfassende Beweiswürdigung erforderlich, insbesondere auch in Hinblick darauf, ob der Angeklagte hier von einem entgegenstehenden Willen ausgehen konnte.[115] An diesem Beispiel zeigt sich die Schwierigkeit der Beweiswürdigung bei einem Fall des § 177 Abs. 1 Alt. 2 StGB, wenn die sexuelle Handlung von dem Opfer selbst vorgenommen wird.

Eine neuere Entscheidung des *KG Berlin* schlägt dahingehend einen etwas anderen Weg ein.[116] Auch hier handelte es sich um einen Fall, in dem das Opfer zunächst verbal seine Ablehnung kundtat und letztlich doch den Oralverkehr an dem Täter vornahm.[117] Das *KG* statuiert hier, dass im Vergleich zum vorherigen Fall entscheidend gewesen sei, dass die Nebenklägerin unmittelbar vor Vornahme der sexuellen Handlung nochmals ihren entgegenstehenden Willen geäußert habe und daher das aktive Verhalten nicht den Schluss auf eine Willensänderung zuließ.[118]

Der schmale Grat, der hier nach Ansicht des *KG* gezogen wird, ist Folgender: bei dem Fall in Bamberg „mochte sich dem objektiven Beobachter die Frage der Überredung des Opfers zu einer schließlich freiwilligen Handlung aufgedrängt haben", während dies im Berliner Fall wohl nicht der Fall war.[119]

bb) Ambivalentes Verhalten trotz verbal kommunizierter Ablehnung

Im folgenden Fall hatte sich der *1. Senat* des *BGH* damit auseinandergesetzt, wie mit einer verbal kommunizierten Ablehnung im Rahmen eines „ambivalenten Verhaltens" umzugehen sei.[120]

Der Angeklagte und die Geschädigte nahmen zunächst einvernehmlich sexuelle Handlungen vor, der Geschädigte fing allerdings dann an, Gewalt in Form von Schlägen auf den Intimbereich der Geschädigten anzuwenden, woraufhin sie äußerte, dass „dies nichts für sie sei".[121] Im weiteren Verlauf kam es zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr bei dem der Angeklagte der Geschädigten in die Brüste biss, wodurch diese vor Schmerzen aufschrie.[122] Trotz der mehrfachen Äußerung der Geschädigten, der Angeklagte solle aufhören und dem Versuch ihrerseits ihn von sich wegzudrücken, fuhr der Angeklagte fort.[123] Das *LG Traunstein* hatte den Angeklagten zunächst wegen Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 1, 6 S. 2 Nr. 1 StGB schuldig gesprochen, dieses Urteil hob der *BGH* nach Revision des Angeklagten auf.[124] Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Geschädigte nicht prinzipiell mit dem Geschlechtsverkehr einverstanden gewesen sei und sich ihre verbale Äußerung und physische Gegenwehr nicht lediglich auf die Schläge und Bisse bezog.[125] Auch hinsichtlich des Vorsatzes hatte der *BGH* Zweifel, die sich unter anderem daraus ergaben, dass die Geschädigte zunächst der sexuellen Handlung zustimmte.[126] Der *Senat* hatte daher Zweifel daran, dass der Angeklagte billigend in Kauf genommen hatte, dass die Geschädigte mit der sexuellen Handlung nicht einverstanden war.

112 *Hörnle*, NStZ 2019, 439 (449).
113 *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (335); *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 55.
114 *BGH*, NStZ 2019, 717 (718 Rn. 19).
115 *BGH*, NStZ 2019, 717 (718 Rn. 20).
116 *KG Berlin,* Urt. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23.
117 *KG Berlin*, Urt. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23.
118 *KG Berlin*, Urt. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23, Rn. 19 f.
119 *KG Berlin*, Urt. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23, Rn. 20.
120 *BGH*, Beschl. v. 4.12.2018 − 1 StR 546/18 (*LG Traunstein*).
121 *BGH*, NStZ 2019, 407 (407).
122 *BGH*, NStZ 2019, 407 (407).
123 *BGH*, NStZ 2019, 407 (408).
124 *BGH*, NStZ 2019, 407 (408 Rn. 6).
125 *BGH*, NStZ 2019, 407 (408 Rn. 9).
126 *BGH*, NStZ 2019, 407 (408 Rn. 11).

Nicht unerwähnt soll an dieser Stelle eine Entscheidung des *6. Senats* des *BGH* bleiben.[127] Der *6. Senat* konstatiert zwar, es handele sich nicht um einen vergleichbaren Sachverhalt, allerdings hatten auch hier der Angeklagte und die Nebenklägerin zunächst einvernehmlichen Geschlechtsverkehr, als der Angeklagte anfing die Nebenklägerin zu schlagen, woraufhin sie äußerte, „das sei zu heftig, er solle aufhören".[128] Nachdem der Angeklagte nicht aufhörte, wehrte sie sich ebenfalls körperlich gegen ihn.[129] Anders als im vorherigen Fall konstatierte der *BGH* „[d]ie Nebenkl. forderte damit nicht nur ein Ende der Gewalt, sondern ebenso das Unterlassen weiterer sexueller Handlungen".[130] Dies lässt zumindest den Schluss darauf zu, dass unter den *Senaten* Uneinigkeit hinsichtlich des Umgangs mit solchen Fällen besteht.

cc) Intimbeziehung als Einverständnis?

Im Folgenden hatte der *BGH* sich mit einem Fall auseinandergesetzt, bei dem er Teile seiner Argumentation auf die ambivalente Beziehung von der Nebenklägerin und dem Angeklagten stützte.[131]

Im vorliegenden Fall hatten der Angeklagte und die Nebenklägerin eine seit 2007 andauernde Liebesbeziehung, die auch ein „intensives Sexualleben" beinhaltete.[132] Am fraglichen Tag kam es zunächst zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr.[133] Nachdem die Nebenklägerin unbekleidet neben dem Angeklagten einschlief, nahm dieser sexuelle Handlungen an der schlafenden Partnerin vor, wovon er Fotos machte und ihr diese zukommen ließ.[134]

Das *LG* hatte den Angeklagten zunächst gem. § 177 Abs. 1, 6 StGB verurteilt, es ging davon aus, dass die Handlungen an der schlafenden Nebenklägerin nicht ihrem Wilen entsprachen und dem Angeklagten dies bewusst gewesen sei.[135] Der *BGH* hob dieses Urteil auf, das *LG* hätte bei der Beweiswürdigung keine umfassende Gesamtwürdigung iS des § 261 StPO vorgenommen.[136] Insbesondere habe es unberücksichtigt gelassen, dass bei längeren Intimbeziehungen auch der sonstigen Interaktion erhebliche Bedeutung zukomme, daher müsse in der Beweiswürdigung besonders gewissenhaft geprüft werden, ob der Angeklagte „subjektiv vom Vorliegen eines Einverständnisses seiner Partnerin ausging."[137] Zwar hatte die Nebenklägerin über WhatsApp dem Angeklagten kommuniziert, dass sie keine sexuellen Handlungen wolle während sie schlafe und er dies auch nicht fotografieren solle, allerdings sei die Textnachricht auch in einem Kontext eines „konfliktgeladenen Wortwechsels" gefallen, weswegen daraus nicht klar auf eine „ablehnende Grundhaltung" der Nebenklägerin geschlossen werden könne.[138] Das Gericht hätte „die Ambivalenz der Beziehung und des Intimlebens" unberücksichtigt gelassen.[139]

Zum einen ist fraglich, warum das Gericht an dieser Stelle nicht auf einen Fall des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB abstellte, zum anderen scheint der *BGH* für die Beantwortung der Frage, ob die sexuelle Handlung mit oder ohne Einverständnis erfolgte bei der Gesamtbetrachtung auf die Paarbeziehung abzustellen.[140] Eine umfassende Beweiswürdigung und auch Gesamtschau im Einzelfall scheinen durchaus geboten. Es scheint allerdings nicht zeitgemäß, aus dem Vorhandensein einer Intimbeziehung zwischen Täter:in und Opfer in der Beweiswürdigung auf

127 *BGH*, NStZ-RR 2022, 73.
128 *BGH*, NStZ-RR, 2022, 73 (73).
129 *BGH*, NStZ-RR 2022, 73.
130 *BGH*, NStZ-RR 2022, 73 (74).
131 *BGH,* Beschl. v. 23.3.2021 – 1 StR 50/21 (*LG München II*).
132 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).
133 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).
134 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).
135 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).
136 *BGH,* NStZ-RR 2021, 218 (218).
137 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).
138 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).
139 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (219).
140 *BGH*, NStZ-RR 2021, 218 (218).

ein Einverständnis zu einer sexuellen Handlung zu schließen.[141] Dies gilt vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass ein Großteil der Sexualdelikte im sozialen Nahraum passieren.[142]

dd) Zusammenfassend zu den Entscheidungen

Die Entscheidungen machen deutlich, dass innerhalb der Rechtsprechung noch Uneinigkeit vor allem in Hinblick auf die Beweiswürdigung bei dem erkennbar entgegenstehenden Willen bestehen. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei aktivem Opferverhalten in § 177 Abs. 1 Var. 2 StGB, der Grat dessen, wann im Einzelfall ein entgegenstehender Wille als „überholt" angesehen werden kann und wann nicht, scheint hier recht schmal zu sein, wie die Entscheidung des *BGH* im Vergleich zum *KG* zeigen. Ebenfalls zeigen sich Probleme in Bezug auf den Täter:innenvorsatz hinsichtlich der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens. Diese können sich unter anderem aus der meist vorliegenden Aussage-gegen-Aussage-Konstellation ergeben. Es drängt sich die Frage auf, welches Verhalten es in den einzelnen Fällen von den Geschädigten bedurft hätte, damit der *BGH* einen erkennbar entgegenstehenden Willen angenommen hätte, der auch vom Vorsatz des Täters umfasst ist. Dies kann nur mit einer sehr ausführlichen Befragung der/des Geschädigten einhergehen, was von Opfern sexualisierter Gewalt nicht selten als äußerst traumatisch sowie retraumatisierend empfunden wird.[143]

3. Zwischenfazit: aktueller Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber mit der Konstruktion des § 177 Abs. 1 und 2 versucht hat, einen möglichst umfassenden Schutz vor Eingriffen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht zu schaffen. Allerdings gibt es auch mit der aktuellen Lösung nach wie vor Fallkonstellationen, in denen man von einer Schutzlücke sprechen kann. Zu nennen sind hier Fälle, die mangels erkennbaren entgegenstehenden Willens weder unter Abs. 1 zu fassen sind, allerdings im Rahmen einer von Gewalt und Versöhnung geprägten Beziehung wohl auch nicht unter § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB zu subsumieren sind.[144] Ebenfalls sind solche Fälle nach wie vor unklar, in denen keine Gewaltdynamik besteht, der/die Täter:in aber trotzdem Kenntnis von der Ablehnung der sexuellen Handlung hatte, dies allerdings nicht objektiv erkennbar war.[145] Positiv kann an dieser Stelle indes gewertet werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung sich des Problems des Stealthing angenommen hat und durch seine Rechtsprechung hier den Anwendungsbereich des § 177 Abs. 1 StGB klar aufgezeigt hat.[146] Allerdings zeigen die genannten Entscheidungen auch Probleme auf, die insbesondere die Beweisbarkeit und die Anforderungen an die einzelnen Tatbestandsmerkmale bei Sexualdelikten sowie die Schwierigkeit bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen betreffen.

IV. Kriminologische Erkenntnisse zu Sexualdelikten

Neben der materiellen Rechtslage ist es hilfreich, die kriminologischen Erkenntnisse zum Hell- und Dunkelfeld in Bezug auf sexualisierte zu betrachten. So können sich Probleme und deliktsspezifische Erkenntnisse ergeben, die mit dem Blick nur auf das materielle Recht nicht sichtbar werden würden. Es folgt ein Überblick über das Hell-

141 Ähnlich hierzu auch *Klamer* (Fn. 13), S. 136.
142 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, 2023, S.119, siehe zu den kriminologischen Erkenntnissen, wo auch dieser Aspekt noch einmal aufgegriffen wird unter D.
143 *Acker*, NK 2021, 489 (490); *Acker* spricht hier das Problem der sog. sekundären Viktimisierung durch das Strafverfahren an; so auch *Heinemann,* KriPoZ-JuP 2021, 62 (75).
144 Siehe III. 2. a) bb).
145 Siehe III. 2. a) aa).
146 *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

und Dunkelfeld im Bereich der Sexualdelikte.

1. Sexualdelikte im Hellfeld

Das Hellfeld soll hier vor allem Anhand der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) dargestellt werden. Wichtig ist im Kontext von Daten der PKS zu erwähnen, dass es sich bei der PKS um eine sog. Ausgangsstatistik handelt, dies bedeutet, dass die Daten vor Abgabe des Verfahrens an die Staatsanwaltschaften erhoben werden.[147] Daher können die Daten der PKS keinen Aufschluss darüber geben, wie die Strafverfahren im Einzelnen entschieden werden.

Bei den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung zeigt sich zunächst im Vergleich der Jahre 2016 auf 2017 ein Anstieg von 47.401 auf 56.047 Fälle.[148] Allerdings ist der PKS selbst auch schon zu entnehmen, dass ein Vergleich mit den Zahlen des Vorjahres nur eingeschränkt möglich ist,[149] der Anstieg lässt sich daher vor allem mit der Änderung und Ergänzung der Strafvorschriften erklären.[150] Dieser Anstieg setzt sich allerdings in den darauffolgenden Jahren bei dieser Deliktsgruppe fort. Im Jahr 2023 waren es beispielsweise 126.470 Fälle, während es 2022 noch 118.196 Fälle waren.[151] Schaut man ausschließlich auf die Vergewaltigung, sexuelle Nötigung und die sexuellen Übergriffe, so ist erkennbar, dass seit 2018 ein leichter Anstieg zu verzeichnen ist, der Wert sich aber anfänglich noch unterhalb des deutlich erhöhten Wertes von 2017 bewegt.[152]

Ein kurzer Blick lohnt sich auch auf die Strafverfolgungsstatistik. Diese gibt Aufschluss darüber, wie hoch die Verurteilungsquoten einzelner Delikte sind.[153] Die Verurteilungsquote ergibt sich dadurch, dass man die polizeilich registrierten Fälle mit den vor Gericht verurteilten Täter:innen ins Verhältnis setzt.[154] Die Verurteilungsquote bei sexuellem Übergriff, sexueller Nötigung und Vergewaltigung (gesamt) liegt seit längerer Zeit im Bereich der 11-12 %, wobei hier ein leichter Anstieg seit 2017 zu verzeichnen ist.[155] Die allgemeine Verurteilungsquote betrug 2019 nach allgemeinen Strafrecht 84,2 %.[156]

Allerdings sind die genannten Zahlen aus dem Hellfeld durchaus kritisch zu bewerten, da sie, wie bereits dargestellt, auch Schwankungen enthalten, die auf Änderungen in Strafnormen beruhen und daher eine Vergleichbarkeit miteinander nur bedingt möglich ist.

2. Sexualdelikte im Dunkelfeld

Das Bundeskriminalamt (BKA) hat in seinem Viktimisierungssurvey Sicherheit und Kriminalität in Deutschland (SKiD) 2020 eine umfassende Dunkelfeldstudie durchgeführt, anhand derer auch das Dunkelfeld der Sexualdelikte umfassend betrachtet werden konnte. Wichtig anzumerken ist, dass bei den erfassten Delikten im Dunkelfeld der hier analysierte Deliktsbereich nicht wie in § 177 StGB „sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“ lautet, sondern „sexueller Missbrauch und Vergewaltigung“.

In Hinblick auf die Sexualdelikte insgesamt ist zunächst einmal festzuhalten, dass die Anzeigebereitschaft bei 1 %

147 *Neubacher*, Kriminologie, 5. Aufl. (2023), S. 60.
148 BKA, PKS 2017, Band 4, 2.2, Tabelle 01.
149 BKA, PKS 2017, Band 4, Vorbemerkungen, S. 9.
150 *Klamer* (Fn. 13), S. 187.
151 BKA, PKS 2023, Grundtabelle 01, Anzahl der polizeilich registrierten Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.
152 BKA, PKS 2023, Grundtabelle 01, Zahlen für Vergewaltigung, sexuelle Nötigung/Übergriffe: 2017: 11.282, 2018: 9.234, 2019: 9.426, 2022: 11.896, 2023: 12.186.
153 Statistisches Bundesamt, Erklärung der Strafverfolgungsstatistik.
154 *Klamer* (Fn. 13), S. 191.
155 *Klamer* (Fn. 13), S. 194, Berechnungen basieren auf: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik; ebenso nachzulesen in: *Kölbel*, StV 2020, 340 (345); seit 2022 werden die Zahlen nicht mehr nach den o.g. Deliktstypen aufgeschlüsselt, sondern nur noch nach „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ und „Vergewaltigung“, weswegen hier eine Vergleichbarkeit nicht mehr möglich ist.
156 Dritter Periodischer Sicherheitsbericht, S. 37.

liegt.[157] Sofern man sich bei den Sexualdelikten auf den Deliktstyp sexueller Missbrauch oder Vergewaltigung fokussieren will, liegt die Anzeigequote bei 9,5 %.[158] Um diese Zahlen einordnen zu können: Bei der Körperverletzung liegt die Anzeigequote bei 33,5 %.[159] Die Gründe dafür, warum Opfer von sexuellem Missbrauch oder Vergewaltigung keine Anzeige erstattet haben, weichen auch erheblich von den Gründen bei anderen Gewaltdelikten ab: 71,4 % haben keine Anzeige erstattet aus Mangel an Beweisen, 38,2 % hatten Angst vor dem/der Täter:in und haben sich daher gegen eine Anzeige entschieden, gleichzeitig stammen 54,7 % der Täter:innen aus dem sozialen Nahraum der Betroffenen.[160] 32,2 % hatten Angst vor dem Gerichtsverfahren.[161] 51,3 % gingen außerdem davon aus, dass die Polizei den Fall nicht hätte aufklären können und haben sich deswegen gegen eine Anzeige entschieden.[162] In einer Dunkelfeldstudie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen (KFN) aus dem Jahr 2014 gaben außerdem die meisten Betroffenen mit 53,1 % an, dass sie keine Anzeige erstatteten, weil ihnen „die Sache peinlich sei."[163] In der Studie des KFN gaben auch 22,9 % an, dass sie Angst vor dem Verfahren hätten.[164]

3. Zwischenfazit kriminologische Erkenntnisse

Die Daten der PKS und der Strafverfolgungsstatistik lassen den Rückschluss darauf zu, dass ein Anstieg bei den Anzeigen zu verzeichnen ist, gleichzeitig aber die Verurteilungsquote (wenn auch leicht ansteigend) relativ niedrig geblieben ist. Dies könnte ein Hinweis auf die weiter oben schon angesprochenen Probleme bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen im Prozess sowie etwaige Beweisschwierigkeiten sein.

Die beiden Studien aus dem Dunkelfeld lassen außerdem vermuten, dass auch mit der neuen Rechtslage die Sorgen der Betroffenen, welche sie von der Anzeigenerstattung abhalten, weiter bestehen. Viele Betroffene scheinen sowohl Angst vor dem/der Täter:in zu haben als auch vor einem bevorstehenden Prozess. Es liegt die Annahme nahe, dass sie davon ausgehen, der Strafprozess könne negative Auswirkungen auf sie haben und es gebe keinen ausreichenden Schutz für sie, wenn sie den Schritt der Anzeige gehen würden. Auch scheinen sich viele von vornhinein sicher zu sein, dass mangels Beweisen eine Anzeigeerstattung nicht sinnvoll erscheint. Dies könnte mit den bei Sexualdelikten typischen Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen einhergehen.

Dies lässt den Schluss zu, dass sich unabhängig von der konkreten rechtlichen Ausgestaltung im Sexualstrafrecht deliktsspezifische Probleme ergeben, die dazu führen, dass das Dunkelfeld höher ist als in anderen Kriminalitätsbereichen und auch die Verurteilungsquote relativ niedrig ist, wenngleich sie in den letzten Jahren leicht angestiegen ist.

V. „Ja heißt ja"- *de lege ferenda*?

Im Folgenden soll als Alternativmodell das „ja heißt ja"-Modell dargestellt werden und es soll eine Einordnung der Kritik sowie der befürwortenden Stimmen erfolgen.

157 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 66.
158 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 66; zu einer ähnlichen Quote kommt auch eine Dunkelfeldstudie des KFN, hier haben 15,5% der Befragten die Tat zur Anzeige gebracht, *Hellmann*, Repräsentativbefragung Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN 2014, S. 147, online abrufbar unter: https://kfn.de/wp-content/uploads/Forschungsberichte/FB_122.pdf (zuletzt abgerufen am 12.5.2024).
159 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 66.
160 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 119.
161 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 92.
162 BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 92.
163 *Hellmann*, Repräsentativbefragung Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN 2014, S. 152, Anm. *Verf.*: bei der Befragung ist allgemein von „sexueller Gewalt" die Rede, den Betroffenen wurde u.a. die Frage gestellt, ob sie schon mal jemand mit körperlicher Gewalt oder unter Androhung von Gewalt zum Beischlaf oder zu beischlafähnlichen Handlungen gezwungen habe.
164 *Hellmann*, Repräsentationsbefragung Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN 2014, S. 152.

1. Ausgestaltung des Modells im deutschen Strafrecht

Als Alternativmodell zur „nein heißt nein"-Lösung wird oft das „ja heißt ja"-Modell genannt.[165] Im Gegensatz zu „nein heißt nein", wo eine generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt verankert ist, ist bei „ja heißt ja" ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verankert.[166] Die handelnde Person darf nur dann (gemeinsame) sexuelle Handlungen vornehmen, wenn eine Erlaubnis der anderen Person vorliegt.[167] Das Modell kann in vielerlei Hinsicht umgesetzt werden, daher gibt es auch unterschiedliche Ansätze zu den konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung der Zustimmung.[168] Uneinigkeit besteht dahingehend, wie die Zustimmung rechtlich ausgestaltet sein sollte, als tatbestandsausschließendes Einverständnis oder als rechtfertigende Einwilligung.[169] Bei der rechtfertigenden Einwilligung wird kritisiert, dass es sich dann bei der sexuellen Handlung mit Zustimmung um eine tatbestandliche Handlung handele, welche „nur" auf Rechtfertigungsebene entfiele.[170] Die Ausgestaltung als Einverständnis würde außerdem den Wortlaut der Istanbul-Konvention exakter umsetzen.[171] Im Gegensatz zur Ausgestaltung als Einverständnis wird bei der Einwilligung indes positiv bewertet, dass an die Existenz einer wirksamen rechtfertigenden Einwilligung hohe Anforderungen zu stellen sind.[172] Die rechtfertigende Einwilligung ist nämlich auszuschließen, wenn Willensmängel vorliegen, wobei im Einzelnen umstritten ist, welche Willensmängel erforderlich sind.[173] Daher wird auch vertreten, die Einwilligungsregeln auf das tatbestandsausschließende Einverständnis zu übertragen.[174] Um einen dogmatischen Anknüpfungspunkt an das Einverständnis zu vermeiden, wird in diesem Zusammenhang vertreten, auf die Wortwahl „ohne Zustimmung" zurückzugreifen, so könne man die Anwendung der Einwilligungsregeln für möglich erklären, ohne den Bezug zu einem Rechtfertigungsgrund zwingend herzustellen.[175] Unter diesem Gesichtspunkt scheint die Formulierung „ohne Zustimmung" vorzugswürdig.[176] Ebenfalls wird hier davon ausgegangen, dass auch bei einem „ja heißt ja"-Modell eine konkludente Zustimmung, wie dies in der aktuellen Rechtslage mit dem entgegenstehenden Willen der Fall ist, möglich ist.[177]

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des „ja heißt ja"-Modells wäre die Folge eines solchen Modells, dass die Person, die in die Rechtsphäre eines anderen dringt, sich dessen Zustimmung versichern muss.[178] Es käme also zu einer Verschiebung der Verantwortung; aktuell ist die Person, die den sexuellen Kontakt nicht will, verantwortlich, ihren entgegenstehenden Willen der anderen Person gegenüber zu äußern, bei „ja heißt ja" wäre das mithin gegenteilig.

2. Kritische Auseinandersetzung mit einer Umsetzung im deutschen Strafrecht

Es stellt sich sodann die Frage, welche Vor- und Nachteile eine Umsetzung dieses Modells im deutschen Strafrecht nach sich ziehen würde und ob die „ja heißt ja"-Lösung das sexuelle Selbstbestimmungsrecht besser schützen könnte, als dies aktuell der Fall ist.

---

165 Bspw. *Herning/Illner*, ZRP 2016, 77; *Kempe* (Fn. 4), S. 230 ff.
166 *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (186); *Kempe* (Fn. 4), S. 230.
167 *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (78).
168 Siehe hierzu ausführlich: *Vavra* (Fn. 10), S. 324 ff.
169 *Kempe* (Fn. 4), S. 231.
170 *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 16.
171 *Kempe* (Fn. 4), S. 231; *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (80).
172 *Kempe* (Fn. 4), S. 231.
173 Siehe ausführlich zur rechtfertigenden Einwilligung und den Voraussetzungen *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 32 Rn. 45.
174 *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (80).
175 *Isfen*, ZIS 2015. 217 (228) hier umfassend zum Diskurs um eine konkrete Umsetzung in Deutschland; ebenso *Kempe* (Fn. 4), S. 232 ff.
176 *Isfen,* ZIS 2015, 217 (228); *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (80).
177 Hiervon geht wohl auch *Isfen* aus, ZIS 2015, 217 (229).
178 *Vavra* (Fn. 10), S. 324.

a) Erforderlichkeit für den effektiven Schutz der sexuellen Selbstbestimmung?

Fraglich ist, ob diese Regelung in Bezug auf Situationen mit ambivalentem Opferverhalten oder bei Mitwirkung des Opfers[179] Abhilfe schaffen könnte. Einerseits ließe sich argumentieren, dass durch den Umstand, dass es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt, Gerichte ihre Beweiswürdigung von dem Standpunkt aus beginnen, dass die Handlung grundsätzlich ungewollt ist. Allerdings scheint es fraglich, ob sich bei einer geänderten Rechtslage die Einstellung des *BGH* zu einer Mitwirkung der Geschädigten als konkludente Zustimmung ändern würde.[180] Auch hier hätte man dann das Problem, dass ein erst geäußertes „Ja" zur sexuellen Handlung nur unter im Einzelfall unklaren und strengen Voraussetzungen zurückgenommen werden könnte. Daher scheint unter diesem Gesichtspunkt mit Blick auf die aktuelle Rechtspraxis wohl eine Änderung nicht den gewollten Erfolg zu versprechen. Wohl aber müsste die Rechtsprechung, bei ausschließlich passivem Opferverhalten, eine Strafbarkeit nach der „ja heißt ja"-Regelung dem Grunde nach annehmen, da keine Äußerung zum Grundsatz des Verbots führen müsste.[181] Hierbei ist besonders anzumerken, dass nach der aktuellen Rechtslage ein Fall einer sog. Schockstarre des Opfers nicht erfasst ist.[182] Dies wäre mit einer „ja heißt ja"-Regelung demnach auch denkbar. Hiervon müssten dann auch die oben diskutierten Fälle erfasst sein, in denen sich das Opfer nicht getraut hatte seinen entgegenstehenden Willen zu äußern.[183]

Im amerikanischen Schrifttum wird allerdings bei der konkludenten Zustimmung kritisiert, dass es hier zu einer geschlechtsspezifischen Fehlinterpretation von Verhalten kommen könne, was (insbesondere von Männern) fälschlicherweise als Zustimmung interpretiert werden könnte.[184] Die Zustimmung zu einer sexuellen Handlung („petting") könnte daher die Interpretation zu einer Zustimmung hin zur Penetration auslösen.[185] Somit scheint das Problem dessen, was von wem als Zustimmung beziehungsweise als entgegenstehender Wille interpretiert wird, keine rein rechtliche Fragestellung zu sein, welche man mit einer Gesetzesänderung beheben könnte. Wie die Vorinstanzen der weiter oben zitierten Entscheidungen außerdem zeigen, ist es auch nach der aktuellen Rechtslage in beweisrechtlich schwierigen Fällen möglich eine Entscheidung zu treffen, die der sexuellen Selbstbestimmung gerechter wird. Unterstützt werden kann diese Argumentation mit dem Hinweis auf die bereits aufgeführte Rechtsliteratur, die bspw. auch Sonderwissen des Täters/der Täterin für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB für relevant und vertretbar hält. Daher lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass eine Einführung eines „ja heißt ja"-Modells wohl in Anbetracht der bestehenden Lücken nicht erforderlich ist, da es die meisten dieser Lücken nicht schließen könnte.

b) Fehlende Opferobliegenheit

Fraglich ist außerdem, ob der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung es erfordert, dass die initiierende Person bei der sexuellen Handlung nach Zustimmung fragt, oder ob die Opferobliegenheit, den entgegenstehenden Willen zu äußern, durchaus geboten ist. Zum einen scheint es sinnvoll, dass die Person, die die sexuelle Handlung durchführen will, in der Verantwortung ist, sich eine Zustimmung einzuholen. Andererseits ist die sexuelle Selbstbestimmung Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches im Wesentlichen durch Kommunikation und Interaktion geprägt ist.[186] Daher erfordert es seinem Wesen nach auch Kommunikation. *Hörnle* nennt hier explizit den

[179] Siehe III. 2. a).
[180] Eher ablehnend hierzu: *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (91).
[181] Vgl. *Vavra* (Fn. 10), S. 324.
[182] Begriff der Schockstarre in *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (186); *May*, JR 2020, 130 (134).
[183] Siehe hierzu III. 2. a).
[184] Siehe *Anderson,* 78 S. Cal. L. Rev. 2005, 1401 (1406) m.w.N; "Any theory that relies on a man's ability to intuit a woman's actual willingness allows him to construct consent out of stereotype and hopeful imagination."
[185] Vgl. *Anderson,* 78 S. Cal. L. Rev. 2005, 1401 (1406).
[186] *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 365 f.

Aspekt der „faire[n] Verantwortungszuschreibung“.[187] Somit würde das potentielle Opfer eben auch die Obliegenheit treffen, sich zu den sexuellen Intentionen der anderen Person zu äußern.[188] Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass bei „ja heißt ja“ eine Obliegenheit dahingehend besteht, dass das potentielle Opfer sich eben auf Nachfrage des/der potentielle:n Täter:in äußern müsste, aber der erste Schritt in der Verantwortung der initiierenden Person liegt. Es besteht also auch nach dem „ja heißt ja“-Modell eine Opferobliegenheit, allerdings erst im zweiten Schritt. Mithin würde „ja heißt ja“ nicht dazu führen, dass das Opfer keinerlei Obliegenheit trifft, diese knüpft nur zu einem späteren Zeitpunkt an. Das „ja heißt ja“-Modell würde demnach einer solchen Obliegenheit auch gerecht werden.

c) Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist, ob eine „ja heißt ja“-Regelung auch verfassungsgemäß wäre. Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen entschied das *BVerfG*, dass der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat.[189] Aus Sicht des *BVerfG* sei es Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, sowohl die Strafzwecke als auch die durch das Strafrecht zu schützenden Güter zu bestimmen und entsprechend an die gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen.[190] Daher ist es, sofern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist, grundsätzlich möglich, eine solche Regelung einzuführen.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit könnten sich vor dem Hintergrund des strafrechtlichen ultima-ratio-Prinzips Zweifel ergeben. Das Strafrecht soll als „schärfstes Schwert des Staates“ nur dort greifen, wo weniger einschneidende Mittel nicht ausreichen.[191] Zwar hat das Strafrecht auch symbolischen Charakter,[192] allerdings sollte es nicht ausschließlich die symbolische Wirkung zum Zweck haben. Einerseits stellt die aktuelle Regelung in § 177 StGB schon einen recht umfassenden gesetzlichen Schutz dar, wenngleich es einige wenige Schutzlücken gibt.[193] Andererseits könnte man mit Blick auf die Menschenwürde, die ihren Ausfluss auch explizit im Recht auf sexuelle Selbstbestimmung findet,[194] annehmen, dass hier ein umfassender Schutz wohl doch geboten sein sollte. Allerdings ist es nicht Wesen des Strafrechts, alle Rechtsgüter so umfassend wie möglich zu schützen, dies würde dem ultima-ratio-Grundsatz zuwiderlaufen. Angesichts des recht umfassenden Schutzes in §177 StGB, scheint es dem ultima-ratio-Prinzip besser gerecht zu werden, hier keine verschärfte Rechtsänderung hin zu einer „ja heißt ja“-Lösung vorzunehmen.[195]

d) Systematische Gesichtspunkte

Fraglich ist, ob unter systematischer Betrachtung das „ja heißt ja“-Modell Vorteile mit sich bringen würde. Wenn von vornhinein eine Zustimmung erforderlich wäre, müssten besondere Fälle, die bei „nein heißt nein“ unberücksichtigt blieben, nicht speziell in einem zweiten Absatz geregelt werden. Dies würde zu einer Übersichtlichkeit der Norm und einer stringenteren Systematik beitragen. Wie bereits oben schon erläutert, handelt es sich bei § 177 StGB um ein Kombinationsmodell, da sowohl „nein heißt nein“ als auch „ja heißt ja“ in § 177 StGB verankert sind. Dies wäre mit einer einheitlichen Regelung durch ein „ja heißt ja“-Modell nicht mehr erforderlich. So würde

187 *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (871); ähnlich auch *Hoven*, NK 2018, 392 (395).
188 *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (871); *Klamer* (Fn. 13), S. 328.
189 *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1137 f.).
190 *BVerfG,* NJW 2008, 1137 (1138).
191 *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 53. Aufl. (2023), § 1 Rn. 15.
192 *Drohsel*, NJOZ 2018, 1521 (1525).
193 Siehe hierzu III. 2.
194 *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 1.
195 *Klamer* (Fn. 13), S. 349; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch *Torenz*, Ja heißt Ja? Feministische Debatten um einvernehmlichen Sex, 2. Aufl. (2022), S. 159.

es sich auch anbieten, den stark umstrittenen § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB mit der Ungleichbehandlung behinderter Menschen zu streichen. Unter systematischer Betrachtung scheint eine „ja heißt ja"-Lösung daher durchaus vorteilhaft.

e) Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen und in dubio pro reo

Auch wird immer wieder im Zusammenhang mit der „ja heißt ja"-Lösung kritisiert, dass sich n der Beweisführung aufgrund der Aussage-gegen-Aussage-Konstellation erhebliche Probleme ergeben würden und es auch zu einer Verletzung des Grundsatzes des in dubio pro reo kommen könnte. Es würde zu einer unzulässigen Beweislastumkehr führen, die reine „Verdachtsstrafen" hervorbringen würde.[196] Allerdings lässt sich hiergegen einwenden, dass auch die Drohung keine sichtbaren Spuren hinterlässt und es hier auch meist auf Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen hinaus läuft.[197] In Prozessen, in denen Aussage gegen Aussage steht und ein:e Sachverständige:r eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung vornimmt, kommt auch heute noch die sog. Nullhypothese zum Einsatz.[198] Nach der Nullhypothese geht der/die Sachverständige bei der Begutachtung zunächst von der Unwahrheit der Aussage aus.[199] Dies führt im Moment dazu, dass jede Aussage, vor allem solche von Opferzeug:innen, sehr eindringlich auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft wird.[200] Eine solche Herangehensweise würde bei der Einführung des „ja heißt ja"-Modells daher nicht zu einer Beweislastumkehr und damit einhergehend einer Verletzung von in dubio pro reo führen. Im Gegensatz dazu wird sich das Gericht fragen, ob nicht entweder durch spezifische Handlungen des Opfers eine konkludente Zustimmung angenommen werden könnte und falls dies nicht der Fall sei, ob der/die Angeklagte tatsächlich Kenntnis davon hatte, dass hier keine Zustimmung vorlag. Es ist insoweit nicht ersichtlich, warum sich dies ändern sollte. Dass im Bereich der Sexualdelikte oftmals Aussage gegen Aussage steht, liegt im Wesen der Deliktsgruppe. Wie bereits im kriminologischen Teil dieser Arbeit erläutert, finden viele Delikte im sozialen Nahraum statt, hier sind häufig nicht mehr Personen anwesend als der/die Täter:in und das Opfer. Dieses Problem würde durch „ja heißt ja" nicht weiter verschärft, es käme nicht zu einer unzulässigen Beweislastumkehr. Gleichwohl würde es die Probleme, die sich für das Gericht in einer solchen Situation ergeben, allerdings auch nicht unbedingt beheben.

f) Gesellschaftliche Risiken

Über die gesellschaftlichen Risiken, die eine „ja heißt ja"-Lösung nach sich ziehen würde, wurde auch im Zuge der Reform 2016 diskutiert. Teilweise wird hier der Aspekt aufgegriffen, dass eine Einführung der „ja heißt ja"-Lösung ein rückständiges Geschlechterbild zeichnen würde.[201] Dieser Annahme liegt die Behauptung zu Grunde, eine solche Regelung würde vor allem von heteronormativen rückständigen Beziehungen geprägt, in denen die Frau stets in ihrer passiven und ablehnenden Rolle ist und die Aufforderung des Mannes braucht, um ihren entgegenstehenden Willen zu äußern.[202] Nach *Hoven* und *Dyer* würde so die Frau zu einer unmündigen und ungleichen Sexualpartnerin.[203] Diese Sichtweise nimmt allerdings fast ausschließlich selbst heteronormative Beziehungen zum Bezugspunkt. Wenn man die Ebene des Geschlechts bei der Beobachtung außen vorlässt, zeigt sich, dass die Verantwortung, die Zustimmung aktiv einzufordern bei der initiierenden Person liegt, in dieser Betrachtung muss

196 *Lederer*, StraFo 2018, 280 (282); *Frommel*, Sex muss erlaubt sein, SZ Online, 28.12.2017, online abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/politik/aussenansicht-sex-muss-erlaubt-bleiben-1.3807162 (zuletzt abgerufen am 14.5.2024).
197 *Kempe* (Fn. 4), S. 236, n.w.N.
198 *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (210).
199 *Bublitz,* ZIS 2021, 210 (210 f.); *BGH,* NJW 1999, 2746.
200 *Bublitz*, ZIS 2021, 210 (211).
201 *Hoven/Dyer*, ZStW 2020, 250 (262).
202 *Hoven/Dyer*, ZStW 2020, 250 (262).
203 *Hoven/Dyer*, ZStW 2020, 250 (263).

das Geschlecht keine Rolle spielen.[204]

Des Weiteren wird immer wieder argumentiert, dass eine „ja heißt ja"-Regelung das Wesen der Sexualität ins Negative verändern würde, indem es erforderlich sei, die Zustimmung vor jeder sexuellen Handlung einzuholen und so die der Sexualität innewohnende Spontanität verloren gehe.[205] Dem lässt sich allerdings entgegen halten, dass auch bei einer „ja heißt ja"-Lösung eine konkludente Zustimmung möglich wäre und damit auch während des Geschehens von einer konkludenten Zustimmung aufgrund von eindeutigem Verhalten des anderen Teils ausgegangen werden kann.[206] Außerdem liegt dieser Sichtweise die Annahme zugrunde, dass Sexualität mit der Abwesenheit von Kommunikation einhergeht. Sobald allerdings eine andere Person involviert ist und auch ihre Intimsphäre verletzt werden könnte, scheint es nicht angemessen davon auszugehen, eine solche Interaktion würde gänzlich ohne Kommunikation von Wünschen, Präferenzen und Vorlieben ablaufen, ohne dass es dabei fast zwangsläufig zu Missverständnissen kommt.[207] Das Einholen einer Zustimmung kann vielmehr auch als Zeichen des gegenseitigen Respekts gesehen werden.

Auf einer gesellschaftlichen Ebene scheint es daher vorzugswürdig, Konsens und sexuelle Kommunikation in Form eines „ja heißt ja"-Modells mehr Raum zu geben.

3. Zwischenfazit

Die Erwägungen zeigen, dass auch das „ja heißt ja"-Modell nicht alle Schwächen des aktuellen Systems überwinden kann, gleichwohl es auch Vorteile mit sich bringen würde. Es würde den Normtext des § 177 StGB etwas verkürzen und auch durchaus umstrittene Varianten dieser Norm obsolet machen. Ebenfalls würde es nicht dazu führen, dass dem Opfer keinerlei kommunikative Verantwortung zukommt, sondern dass diese nur gleich verteilt wird. Allerdings ergeben sich hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung Zweifel. In Anbetracht dessen, dass eine solche Regelung wohl kaum alle bestehenden Lücken im Sexualstrafrecht schließen kann und auch vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Grundsatzes scheint daher eine Einführung dieser Regelung nicht geboten. Die sexuelle Selbstbestimmung ist schon jetzt konsensorientiert und weitgehend in § 177 StGB geschützt. Eine verbesserte Kommunikation und Verantwortungsverteilung kann und sollte nicht durch das „schärfste Schwert des Staates",[208] das Strafrecht, durchgesetzt werden.

Was allerdings in Hinblick auf die Probleme der Beweisbarkeit des Vorsatzes im Gegensatz zu einer „ja heißt ja"-Regelung tatsächlich Abhilfe schaffen könnte, wäre die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.[209] Hierüber wurde auch im Zuge der Reform 2016 diskutiert und von vielen Expert:innen abgelehnt, meist unter dem Verweis, es wäre unmöglich Sorgfaltspflichten zu konstruieren.[210] *Klamer* bezeichnet eine Einführung einer leichtfertigen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit indes als „wohl nur konsequent"[211]. Wenn sich ein entgegenstehender Wille einem vernünftigen Dritten aufdrängen würde, scheine es nur der Situation entsprechend, wenn sich der/die Täter:in der Zustimmung positiv versichert, das Opfer selbst hat ja auch nach der aktuellen Rechtslage die Pflicht, ihren entgegenstehenden Willen zu kommunizieren.[212] Die Einführung einer Strafbarkeit für leichtfertige Eingriffe scheint

[204] So auch *Klamer* (Fn. 13), S. 347.
[205] *Vavra* (Fn. 10), S. 326.
[206] *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (92).
[207] *Klamer* (Fn. 13), S. 346.
[208] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 15.
[209] *Klamer* (Fn. 13), S. 344; zur a.F. des § 177 auch *Hörnle*, ZStW 2000, 356 (370).
[210] So beispielsweise *Schulz*, StraFo 2017, 447 (449); *Merkel*, ZRP 2020, 162 (162), welcher lediglich anmerkt, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit habe im Sexualstrafrecht nichts zu suchen.
[211] *Klamer* (Fn. 13), S. 344; ähnlich auf *Vavra* (Fn. 10), S. 262 ff., welche auch eine Strafbarkeit wegen grober Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit für möglich hält.
[212] *Vavra* (Fn. 10), S. 262.

daher durchaus angemessen, wobei hier eine geringere Strafandrohung wohl geboten wäre.[213]

VI. Fazit

Nach einer umfassenden Betrachtung der Stärken und Schwächen und der Probleme in der Rechtspraxis sowie mit Blick auf die Kriminologie lässt dies den Schluss zu, dass der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ausbaufähig ist. Nur wenige Betroffene entscheiden sich für eine Anzeigenerstattung, aus unterschiedlichen Gründen, wobei die Gründe oft angst- oder schambehaftet sind. In den Gerichten scheinen die Anforderungen an erkennbar ablehnendes Opferverhalten sehr hoch zu sein, sodass dies auch die relativ niedrige Verurteilungsquote erklärt. Die Probleme, die sich im Rahmen der Sexualdelikte ergeben, wird allerdings eine neue Rechtslage mit dem Grundsatz „ja heißt ja" nicht lösen können. Das Strafrecht hat zwar auch einen symbolischen Charakter[214] und kann daher zumindest dazu beitragen, dass es zu gesellschaftlichem Wandel kommt, allerdings kann es diese Aufgabe wohl kaum allein übernehmen. Was indes den Schutz verbessern könnte, wäre eine Sensibilisierung der Rechtsanwender:innen, Aufklärungsarbeit und Opferschutz. Aufklärungsarbeit und ein Umdenken dahingehend, dass Opfern von sexualisierter Gewalt das Erlebte nicht „peinlich" ist, und sie sich häufiger für eine Anzeige entscheiden. Hinsichtlich des Opferschutzes zeigt sich, dass seit Einführung des Gewaltschutzgesetzes der Anteil an Fällen in denen eine nahe Beziehung zwischen Täter:in und Opfer bestand gestiegen ist.[215] Diese Entwicklung lässt den Schluss zu, dass die Verbesserung von Opferschutz auch im Bereich des Sexualstrafrechts die Anzeigebereitschaft erhöhen könnte. Das Strafrecht sollte immer nur ultima ratio sein. „Ja heißt ja" kann und sollte gesellschaftlicher Konsens werden, allerdings kann dies nicht durch eine Änderung des Strafrechts erreicht werden.
Daher scheint die Beibehaltung der „nein heißt nein"-Lösung sinnvoll, allerdings um Ergänzung um eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, in Hinblick auf einen effektiveren Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Des Weiteren ist es essentiell, die praktischen Probleme der Sexualdelikte anzugehen, Opferschutz zu betreiben und auch ein Umdenken in den Gerichten und den Strafverfolgungsbehörden anzuregen.

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

213 *Klamer* (Fn. 13), S. 344; *Vavra* (Fn. 10), S. 265.
214 *Drohsel*, NJOZ 2018, 1521 (1525).
215 *Torenz*, Ja heißt Ja? Feministische Debatten um einvernehmlichen Sex, S. 152; *Elz*, Verurteilungsquoten und Einstellungsgründe, was wissen wir tatsächlich? in: sexuelle Gewalt als Herausforderung für Gesellschaft und Recht, 2017, S. 1376 f.; das Gewaltschutzgesetz wurde 2001 eingeführt, in Bezug auf diese Quelle ist aber anzumerken, dass die Datenlage hier zwar korreliert, der Kausalbeweis für den Zusammenhang von GewSchG und Anzeigebereitschaft aber noch zu führen ist.

KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift JuP

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Katharina Amberg

„Stealthing – Strafbarkeit nur für Männer?“
Die Tatbestandsvoraussetzung des erkennbar entgegenstehenden Willens in § 177 StGB

Universität zu Köln
Fachbereich Rechtswissenschaft
Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann
Abgabedatum: 10.4.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung **68**
1. Der sexuelle Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB *69*
a) Geschütztes Rechtsgut *69*
b) Die Tatbestandsvoraussetzungen *69*
aa) Die sexuelle Handlung *70*
bb) Der erkennbar entgegenstehende Wille *70*
(1) Der entgegenstehende Wille *70*
(2) Erkennbarkeit *74*
(3) Legitimation durch konkludentes Einverständnis *76*
c) Zwischenergebnis *79*
2. Strafbarkeit von Frauen wegen Stealthing *79*
a) Aktueller Diskurs *79*
b) Verwirklichung durch Frauen *80*
aa) Denkbare Fallkonstellationen *80*
(1) Manipulation des Präservativs *81*
(2) Andere Barriere-Verhütungsmethoden *81*
bb) Zwischenergebnis *83*
II. Fazit **84**

I. Einleitung

Mit Verabschiedung des fünfzigsten Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, welches am 10.11.2016 in Kraft trat, war Ziel des Gesetzgebers, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu stärken.[1] Nach Inkrafttreten des Gesetzes zeigten sich jedoch Strafbarkeitslücken. Ein unzureichender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung offenbarte sich insbesondere bei dem, in den Medien oftmals als „Trend" bezeichneten Phänomen, sog. „*Stealthing*".[2] *Beim Stealthing* wird bei einer einvernehmlichen sexuellen Handlung mit einem Kondom dieses heimlich und ohne Einwilligung der Sexualpartner:in[3] während oder bereits vor unmittelbarem Beginn der Handlung entfernt und der Verkehr sodann ungeschützt fortgesetzt.[4] Die zunächst zweifelhafte Tatbestandsmäßigkeit des Phänomens begründet sich in der Nichteinverständnislösung, die beinhaltet, dass ein sexueller Kontakt erst dann im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB relevant wird, wenn der Kontakt erkennbar abgelehnt wurde. Beim *Stealthing* scheint jedoch für einen objektiven Dritten ein Einverständnis zu der sexuellen Handlung vorzuliegen, weshalb ein erkennbar entgegenstehender Wille nicht gegeben zu sein scheint und der § 177 Abs. 1 StGB mithin nicht erfüllt. Das *AG Berlin-Tiergarten* entschied im Jahr 2016 erstmals, dass *Stealthing* einen sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB darstellt.[5] Der *BGH* bestätigte diese rechtliche Beurteilung in seiner Entscheidung vom 13.12.2022 nunmehr auch höchstrichterlich in einem weiteren *Stealthing*-Fall.[6]

Insbesondere in der medialen Berichterstattung wird seither der Eindruck erweckt, nur Männer kämen beim *Stealthing* als Täter in Betracht.[7] Der Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB lässt jedoch keine Begrenzung des Täterkreises auf das biologisch männliche Geschlecht zu. Es stellt sich also die Frage, ob eine derartige Begrenzung dennoch angemessen erscheint, oder ob auch Frauen als Täterinnen in Betracht kommen. In der gesellschaftlichen Entwicklung und mithin auch der Entwicklung von strafwürdigem Verhalten können Fälle auftreten, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm noch nicht kennen konnte. Die Aufgabe der Judikative ist es sodann, auf derartige Entwicklungen zu reagieren und durch Auslegung die als strafwürdig erscheinenden Fallkonstellationen im Rahmen der rechtlichen Grenzen zu prüfen. Einen lückenlosen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung kennt das Strafrecht in seiner Ultima-Ratio-Funktion zwar nicht.[8] Das Strafrecht ist dennoch darauf gerichtet, eindeutig illegitime Angriffe auf das geschützte Rechtsgut zu pönalisieren.[9] Dazu muss auch eine ganzheitliche Betrachtung des Täter:innenkreises vorgenommen werden. Insbesondere ist eine Prüfung unterschiedlicher Verhütungsmethoden, bei deren Anwendung bzw. dem heimlichen Nichtverwenden eine mit dem *Stealthing* vergleichbare und mithin ebenso strafwürdige Situation geschaffen wird, erforderlich. Denn wird das *Stealthing* als nicht hinnehmbarer

1 *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 177 Rn. 1; Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 4.11.2016, BGBl I S. 2460.

2 *Burgard-Arp*, Stealthing, Zeit Online, 12.1.2018, online abrufbar unter: https://www.zeit.de/campus/2018-01/stealthing-sexualstraftat-rechtslage-opfer-taeter (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Windmüller*, Stealthing, WELT, 27.4.2017, online abrufbar unter: https://www.welt.de/kmpkt/article164042058/Dieser-sogenannte-Sex-Trend-ist-in-Wahrheit-Missbrauch.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 51.

3 Die in der vorliegenden Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich gleichermaßen auf weibliche, männliche und diverse Personen. Ausschließlich zum Zwecke der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet herauszustellen, dass auch Frauen Peniströgerinnen sein und Männer eine Vagina haben können. Wo immer möglich, wird eine geschlechtsneutrale Formulierung angestrebt.

4 *Werner*, in: Weber, Rechtswörterbuch, 10. Aufl. (2024), Stealthing; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 51; *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

5 *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18).

6 *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

7 Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes, Stealthing ist sexueller Übergriff, 11.3.2024, online abrufbar unter: https://www.polizei-beratung.de/aktuelles/detailansicht/heimlich-das-kondom-abstreifen-gilt-als-sexueller-uebergriff/ (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Burgard-Arp*, Stealthing, Zeit Online, 12.1.2018.

8 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 11; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160).

9 *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160).

Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung betrachtet, so muss dies ebenso für Verhalten mit vergleichbarem Unrechtwert gelten.

Diese Arbeit beschäftigt sich daher damit, ob auch *Stealthing*, oder mit diesem vergleichbare Fallkonstellationen, durch eine Frau verwirklicht werden kann. Zu diesem Zweck wird das Tatbestandsmerkmal des erkennbar entgegenstehenden Willen gemäß § 177 Abs. 1 StGB anhand des definitorischen *Stealthing* untersucht. Eine ganzheitliche rechtliche Bewertung setzt zudem die Prüfung der Strafbarkeit von abredewidrigem Nichtverwenden anderer Verhütungsmittel voraus. Aufgrund der Vielzahl möglicher Verhütungsmittel und deren charakteristischen Unterschieden, kann innerhalb der Möglichkeiten dieser Arbeit eine vollumfängliche rechtliche Bewertung nicht geleistet werden, weshalb eine Spezifikation auf Barriere-Verhütungsmittel vorgenommen wird. Hinsichtlich dieser Verhütungsmethoden wird eine Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit nach § 177 Abs. 1 StGB sowie die mögliche Verwirklichung durch Frauen vorgenommen.

1. Der sexuelle Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB

Die dogmatische Begründung einer Strafbarkeit von *Stealthing* nach § 177 Abs. 1 StGB setzt eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals des erkennbar entgegenstehenden Willens unter Inbezugnahme des durch die Norm geschützten Rechtsgutes voraus. Beim *Stealthing* scheint ein Fall eines täuschungsbedingten Einverständnisses zu sexuellen Handlungen vorzuliegen. Insbesondere die Beurteilung einer aufgrund einer Täuschung erteilten Zustimmung wird dabei kritisch betrachtet.[10] Grundsätzlich sind durch Täuschung erwirkte Einwilligungen strafrechtlich nicht relevant.[11] Fraglich ist also, ob beim *Stealthing* eine andere strafrechtliche Behandlung der Täuschung vorzunehmen ist.

a) Geschütztes Rechtsgut

Das Sexualstrafrecht ist im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches verortet und schützt zentral die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung.[12] Geschützt sind dabei sowohl die positive als auch die negative Freiheit sowie das „Ob“, „Wann“, „Wie“ und „Mit wem“ einer sexuellen Handlung.[13] Eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung liegt insbesondere dann vor, wenn sich über die Grenzen einer anderen Person in Bezug auf eine sexuelle Begegnung hinweggesetzt wird.[14] Dies ergibt sich aus der Nichteinverständnislösung. Diese beinhaltet das Recht einer jeden Person, über die Modalitäten ihrer sexuellen Handlungen selbst zu verfügen und dementsprechend auch Personen und Handlungen sowie einzelne Bedingungen ausschließen zu können.[15] Bei Missachtung der Befugnis droht die betroffene Person zu einem Objekt fremdbestimmter sexueller Begierde herabgewürdigt zu werden.[16]

b) Die Tatbestandsvoraussetzungen

Der § 177 Abs. 1 StGB bildet den Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs.[17] Der Täter oder die Täterin muss gemäß § 177 Abs. 1 StGB eine sexuelle Handlung gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen vorgenommen haben. Um eine Beurteilung ähnlich gelagerter Fälle wie die des definitorischen *Stealthing* vornehmen und über

10 Vgl. u.a. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156; *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334.
11 *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2023), § 23 Rn. 42.
12 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 4.
13 Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 6; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12).
14 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 9.
15 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).
16 *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12).
17 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6.

eine etwaige Strafbarkeit von Frauen entscheiden zu können, ist zunächst herauszuarbeiten, inwiefern durch die Tathandlung des *Stealthing* die Tatbestandsvoraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt sind.

aa) Die sexuelle Handlung

Beim *Stealthing* müsste somit eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit vorliegen (vgl. §§ 177 Abs. 1, 184h Nr. 1 StGB). Dies setzt einen körperlichen Kontakt voraus.[18] Die Schwelle der Erheblichkeit ist zumindest dann überschritten, wenn die Berührung die Grenzen der Sozialadäquanz überschreitet.[19] Der *BGH* formuliert in seinem Beschluss vom 24.8.2023 (Az. 2 StR 271/23) das Erfordernis einer Gesamtbetrachtung: „Als erheblich im Sinne der Vorschrift sind solche sexualbezogenen Handlungen zu werten, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen." Insbesondere überschreitet die Berührung von Körperteilen, die zu den Geschlechtsorganen oder den so genannten „Tabuzonen" gehören, die Erheblichkeitsschwelle und das Tatbestandsmerkmal der sexuellen Handlung ist erfüllt.[20] Bei Berührungen, bei denen aus Sicht eines objektiven Dritten ein sexueller Bezug erkennbar ist, wird eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit in ständiger Rechtsprechung angenommen.[21] Beim *Stealthing* findet eine Penetration statt, womit objektiv für einen Dritten eine sexuelle Handlung vorliegt.

bb) Der erkennbar entgegenstehende Wille

Vor dem 50. StrÄndG enthielt der § 177 StGB a.F. eine Nötigungskomponente, die mit Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung am 10.11.2016 entfallen ist.[22] In Strafrechtsnormen bildet sich ein gesellschaftlicher Wertekonsens ab. Sie sollen dazu beitragen, die diversen gesellschaftlichen Interessen bestmöglich auszugleichen.[23] In Zeiten, in denen die sexuelle Selbstbestimmung gesellschaftlich zunehmend an Bedeutung gewinnt und sexuelle Gleichberechtigung sowie eine Stigmatisierung von sexueller Offenheit nicht mehr zeitgemäß ist, ist es nur konsequent, eine bloße kommunikative Ablehnung eines sexuellen Kontaktes ausreichen zu lassen.[24] Eine Kommunikation über Wünsche und Grenzen kommt, gerade wegen der Spezifität des Konsenses, erhebliche Bedeutung zu und spiegelt die gesellschaftliche Entwicklung von einer ungleichen Machtverteilung bei der Durchsetzung sexueller Bedürfnisse hin zu einer gleichberechtigten Sexualität wider.[25] Eine Missachtung des erkennbar entgegenstehenden Willens reicht nunmehr aus, um einen Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht einer anderen Person zu begründen.[26]

(1) Der entgegenstehende Wille

Mit der Neuregelung des Sexualstrafrechts wurde die sog. Nichteinverständnislösung, auch „Nein-heißt-Nein"-Lösung genannt, in den § 177 Abs. 1 StGB implementiert.[27] Die Nichteinverständnislösung enthält eine Kommunikationsobliegenheit zwischen den Sexualpartner:innen. Die Ablehnung einer sexuellen Handlung ist insofern durch einen kommunikativen Akt zu äußern.[28] Ein sexueller Kontakt wird somit durch ein Einverständnis bereits

18 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 46 f.; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184h Rn. 9.
19 *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184h Rn. 10.
20 Ebd.
21 *BGH,* NStZ 2017, 156 (157); *BGH,* NStZ-RR 2017, 43 (43); *BGH,* NStZ-RR 2023, 139 (140); *Schumann*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 184h Rn. 2.
22 *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (334).
23 Bundesministerium des Inneren und für Heimat, Gesetzgebung, online abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/DE/themen/verfassung/gesetzgebung/gesetzgebung-node.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
24 BT-Drs. 18/9097, S. 21; vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611.
25 *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (98).
26 Vgl. *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 1; BT-Drs. 18/9097, S. 21.
27 *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 1.
28 *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (156).

auf der Tatbestandsebene legitimiert und fällt nicht unter § 177 Abs. 1 StGB. Sexualität und sexuelle Handlungen im Speziellen kennzeichnet eine Individualität und Dynamik, bei der eine eindeutige Abgrenzung, inwieweit eine Einwilligung gegeben wurde und wo diese Einwilligung ihre Grenzen findet, schwerfallen kann. Der entgegenstehende Wille muss aus der Sicht eines objektiven Dritten zum Tatzeitpunkt erkennbar sein.[29] Er kann dabei ausdrücklich geäußert werden oder sich konkludent aus dem Geschehen ergeben, zum Beispiel durch Gestik, Weinen und anderweitiges Abwehrverhalten.[30] Neben einer von Beginn an kommunizierten Ablehnung der Vornahme einer sexuellen Handlung besteht ebenfalls die Freiheit, eine bereits geäußerte Einwilligung ganz oder teilweise zu widerrufen.[31] Dies gilt unabhängig von zuvor getroffenen Abreden.[32]

Die Problematik beim *Stealthing* ist jedoch, dass für einen objektiven Dritten in der Regel eine Zustimmung zur sexuellen Handlung vorzuliegen scheint. Ob es mithin allein auf die Sicht eines objektiven Dritten ankommen kann, oder der tatsächliche innere Wille in der Beurteilung zu berücksichtigen ist, wird jeher in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Mit dem Phänomen des *Stealthing* ist eine Fallkonstellation mit Täuschungscharakter aufgetreten, die strafwürdig erscheint. Grundsätzlich vermag eine durch Täuschung erwirkte Einwilligung die tatbestandsausschließende Funktion nicht zu beseitigen, sie sind mithin strafrechtlich unbeachtlich.[33] Beim *Stealthing* wurde eine Ausnahme von diesem Grundsatz vermehrt diskutiert.[34] Es stellt sich somit die Frage, ob im Falle des *Stealthing* eine Täuschung ausnahmsweise beachtlich sein könnte und es mithin auf den inneren Willen der betroffenen Person ankäme und gerade nicht allein auf einen objektiven Dritten.

Teilweise wird angenommen, dass die betroffene Person mit der sexuellen Handlung generell einverstanden sei, unabhängig von etwaigen Modalitäten.[35] Bei der falschen Annahme, es werde ein Kondom verwendet, handele es sich lediglich um einen täuschungsbedingten Willensmangel und der sei im Rahmen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses nicht relevant.[36] Anderenfalls wäre die Konsequenz, auch andere Täuschungshandlungen, wie das Vorspiegeln eines Heiratswillens, als relevant für ein Einverständnis zu sexuellen Handlung betrachten zu müssen.[37] Damit würde eine Ausuferung und ein außer Verhältnis zum hohen Strafmaß stehendes Strafbarkeitsrisiko begründet werden.[38] Demnach wäre *Stealthing* strafrechtlich nicht relevant, da die Handlung durch ein generalisiertes tatbestandsausschließendes Einverständnis legitimiert wäre. Es ist entsprechend allein auf einen objektiven Dritten abzustellen und die die sexuelle Handlung würde sich als von einem Einverständnis gedeckt darstellen.

Eine den Schutzumfang des § 177 Abs. 1 StGB sehr weit auslegende Ansicht vertritt *Vavra*. Sie fordert, dass nur ein wahrhaft selbstbestimmtes und autonomes Handeln vorliegen kann, wenn die betroffene Person über alle für ihre Willensbildung maßgeblichen Informationen verfügt. Eine Täuschung über Modalitäten ihrer Entscheidungsgrundlage beseitigt dementsprechend die Autonomie und verletzt das Rechtsgut auf sexuelle Selbstbestimmung.[39]

Der § 177 Abs. 1 StGB soll vor sexueller Fremdbestimmung schützen und eine autonome Entscheidung über die Umstände, die Zeit, den Ort sowie die Person, mit welcher die Handlung vorgenommen werden soll, gewährleisten.[40] Aufgrund des hohen Strafmaßes des § 177 Abs. 1 StGB dürfen die Anforderungen an den vermeintlichen

29 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
30 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; *Schumann*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 8; *BGH,* Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 290/18.
31 BT-Drs. 18/9097, S. 23.
32 Ebd.
33 *Rengier*, Strafrecht AT, § 23 Rn. 42.
34 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (618).
35 *AG Kiel*, BeckRS 2020, 38969; *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (349).
36 *AG Kiel*, BeckRS 2020, 38969; *Schneider*, ZJS 2023, 360 (363).
37 Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.
38 *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159 f.).
39 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).
40 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).

Täter oder die Täterin allerdings nicht überspannt werden. Es können nur solche Informationen für eine autonome Entscheidung maßgeblich sein, die zentral und mithin notwendig für eine Entscheidung sind.[41] *Vavra* betont, dass eine Differenzierung dessen, was von der Zustimmung gedeckt ist und was nicht, anhand anderer Kriterien nicht dem Schutzgut gerecht werden würde.[42] Denn der § 177 Abs. 1 StGB schützt ja gerade die Entscheidungsfreiheit der individuellen Person darüber, welche sexuellen Handlungen in welcher Form und unter welchen Bedingungen sie vornehmen möchte. Ob eine Information eine notwendige Information sei, richte sich dabei nach den Werten der Person.[43]

In der Konsequenz bedeutet dies, dass Vorenthaltungen oder Täuschungen stets relevant für den geäußerten Willen sind. Es käme somit nicht auf den objektiven Dritten an, sondern allein auf den inneren Willen der betroffenen Person. Eine Begrenzung der strafrechtlich relevanten Täuschungen würde lediglich durch den Wertekonsens der zustimmenden Person stattfinden. Allerdings können nachträgliche Enttäuschungen über äußere Umstände und Bedingungen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der sexuellen Handlung stehen, nicht mit einem (strafrechtlich relevanten) Sexualkontakt verglichen werden.[44] Man stelle sich nur vor, eine Täuschung über den Willen, eine langfristige Beziehung einzugehen, könnte relevant werden, weil diese Komponente für eine:n Sexualpartner:in in ihren oder seinen Werten relevant für die Zustimmung zu einem Sexualkontakt wäre. Es stellt sich also die Frage, ob damit in Anbetracht des hohen Strafmaßes nicht eine zu subjektivierte Komponente in die Auslegung des § 177 Abs. 1 StGB Einzug finden würde. Dies könnte zu einer enormen Rechtsunsicherheit und mithin einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG führen. Zwar hat der Gesetzgeber durch das Kriterium der Erkennbarkeit ein Tatbestandsmerkmal in den § 177 Abs. 1 StGB aufgenommen, dass vor einer Ausuferung schützen soll. Nichtsdestotrotz könnte eine Behandlung einer Täuschung über jegliche, den Werten einer Person umfassende Bedingung, als für die Zustimmung relevant, zu weit reichen. Eine Grenze müsste zumindest dort gezogen werden, wo eine gesetzte Bedingung in keinem direkten Zusammenhang mit der sexuellen Handlung steht.[45] Es lässt sich festhalten, dass eine absolute Zentralisierung des Wertekonsens nach *Vavra* keinen Maßstab schafft, nachdem sich Täuschungen im Sexualstrafrecht beurteilen lassen.

Der *BGH* nimmt hingegen überhaupt keine Täuschung an, die für das Einverständnis relevant werden konnte.[46]

In dem zu entscheidenden Fall holte der Sexualpartner im Hinblick auf den bevorstehenden Geschlechtsverkehr, für die Sexualpartnerin sichtbar, ein Kondom aus seiner Kommode und öffnete die Verpackung. Die Sexualpartnerin sollte dabei den Eindruck erhalten, er wolle es beim Verkehr verwenden. Tatsächlich beließ er es jedoch unbenutzt im Bett. Die Sexualpartnerin hatte zuvor ausdrücklich geäußert, ein ungeschützter Verkehr käme für sie nicht infrage. Der Sexualpartner führte dennoch bewusst ohne Kondom den Sexualverkehr durch, bis die Sexualpartnerin dies bemerkte und den Verkehr abbrach.[47]

Das zuvor gegebene Einverständnis zu der sexuellen Handlung beziehe sich ausschließlich auf einen mit einem Kondom geschützten Verkehr. Eine sexuelle Handlung ohne ein Kondom hingegen sei eine andere sexuelle Handlung, zu welcher zu keiner Zeit ein Einverständnis gegeben wurde.[48] Die Differenzierung begründet sich nach dem *BGH* darauf, dass bei einem Verkehr ohne Kondom ein gesteigertes Risiko der Schwangerschaft und ein Risiko der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten begründet würde und die Qualität der Handlungen eine andere

41 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).
42 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).
43 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).
44 Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.
45 *Oğlakcıoğlu/Mansouri*, NStZ 2023, 129 (132).
46 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.
47 *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11.
48 *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 13; *Schneider*, ZJS 2023, 360 (361).

sei.[49] Eine solch differenzierte Betrachtung wird der Dynamik und der Individualität eines sexuellen Kontaktes zwischen Personen gerecht.[50] Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung droht gerade unterlaufen zu werden, wenn ein Einverständnis nicht im Laufe des Kontakts modifiziert, oder bereits zu Beginn an Bedingungen geknüpft werden dürfte. Die sexuelle Selbstbestimmung eröffnet gerade die Möglichkeit nicht nur über das „Ob", sondern auch über das „Wie" zu entscheiden.[51] Es ist mithin der Wille der betroffenen Personen hinsichtlich jeder einzelnen Handlung relevant.[52] Die betroffene Person hat vor Beginn der sexuellen Handlung ausdrücklich ihre Ablehnung zu einem ungeschützten Verkehr formuliert und die Bedingung der Nutzung eines Kondoms gesetzt. Richtigerweise wird demnach auch für das Einverständnis hinsichtlich der sexuellen Handlung mit Kondom keine Fehlvorstellung relevant. Es liegt diesbezüglich keine Täuschung vor. Auch die zweite sexuelle Handlung, die ohne Kondom, erfolgt nicht aufgrund einer Täuschung. Aufgrund der Heimlichkeit des Vorgehens beim *Stealthing* kann sich die betroffene Person keine Vorstellung über das Geschehen machen und unterliegt demnach auch keiner Fehlvorstellung.[53] Es liegt schlichtweg kein Einverständnis für die zweite sexuelle Handlung vor. Ein bloßes Geschehenlassen, ohne Kenntnis der geänderten Bedingungen, stellt insbesondere keine Zustimmung dar, auch keine konkludente.[54] Die Annahme einer relevanten Willensäußerung würde eine bloße Fiktion zulasten der Rechtsgutsträger:innen darstellen.[55] Eine konkludente Erklärung bedürfte vielmehr einer bewussten Zustimmung, womit ein passives, aufgrund von Unkenntnis, bloßes Geschehenlassen diese Anforderungen nicht erfüllt.[56] Es käme demnach nicht allein auf die Betrachtung eines objektiven Dritten an. Vielmehr müsste eine Gesamtbetrachtung des Geschehens erfolgen, wobei auch der erkennbar hervorgetretene innere Wille der betroffenen Person miteinzubeziehen ist.

Die Argumentation des *BGH* überzeugt. Der 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches sieht eine Strafbarkeit wegen einer durch Täuschung erlangten Zustimmung zu einer sexuellen Handlung nicht vor. Auch die Gesetzesmaterialien lassen nicht erkennen, dass der Gesetzgeber bei Erlass des 50. StrÄndG eine Strafbarkeit vorgesehen hatte.[57] Seit der Aufhebung des § 179 StGB im Jahr 1969, der die Erregung eines Irrtums hinsichtlich des ehelichen Charakters des Beischlafs bestrafte, kennt das Sexualstrafrecht mithin keine ausdrückliche Regelung mehr zur Strafbarkeit von Täuschungen.[58]

Bei den bisher als strafrechtlich relevant anerkannten *Stealthing*-Fällen haben die betroffenen Personen[59] dem Verkehr nur unter der Bedingung zugestimmt, dass es sich um geschützten Geschlechtsverkehr handeln sollte.[60] Im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB ist der Wille der Person, mit der eine sexuelle Handlung vorgenommen wird, ausschlaggebend. Nur Handlungen, zu denen eine Zustimmung erfolgte, sind legitimiert. Bei Nichtbeachtung des Willens der Sexualpartnerin liegt ein Eingriff in das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung vor.[61] Dieses umfasst nicht lediglich die bloße Entscheidung für oder gegen die Vornahme einer sexuellen Handlung, sondern auch

[49] *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 14.
[50] Anders: *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17).
[51] *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365).
[52] *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365); *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 (620).
[53] *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 15.
[54] *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365 f.); *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 33.
[55] *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 33.
[56] Ebd.
[57] *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (157); BT-Drs. 18/9097.
[58] *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (97).
[59] Nicht alle Personen die sexualisierte Gewalt erfahren haben, bezeichnen sich als Opfer. Der Begriff impliziert eine Passivität und drängt diese Personen in eine Rolle. Da die Betroffenen, die über die Taten reden allerdings gerade aktiv werden, um sich aus dieser Rolle zu befreien, wird in dieser Arbeit von „Betroffenen" oder „betroffenen Personen" gesprochen.
[60] *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11; *KG Berlin*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 Rn. 2.
[61] Vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611.

die Entscheidung über die Art der sexuellen Handlung, das heißt auch ob dieser geschützt oder ungeschützt stattfinden soll.[62] Würde man keine differenzierte Betrachtung von sexuellen Handlungen in ihren einzelnen Akten vornehmen, würde dies den bezweckten ausgeprägten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht stärken, sondern gerade beschränken. Es würde dazu führen, dass eine sexuelle Handlung eher gänzlich abgelehnt wird, wenn nicht deutlich wird, dass die Sexualpartner:innen übereinstimmende Vorstellungen von sämtlichen Handlungen haben. Auf der anderen Seite würde die Gefahr begründet, bei einer Zustimmung zu einem sexuellen Kontakt mit einer anderen Person ein Gefühl des Ausgeliefertseins in Kauf zu nehmen.[63] Eine zuvor geäußerte Zustimmung, die an Bedingungen geknüpft war, beispielsweise das Tragen eines Kondoms, müsste dann während der sexuellen Handlung stets erneuert werden, damit nicht der Eindruck einer konkludenten Zustimmung entstünde.[64] Die Anforderungen an eine Person, sich selbst vor sexuellen Übergriffen zu schützen, würden dadurch unerträglich hoch gesetzt und wären lebensfremd.[65] Das *KG Berlin* verdeutlicht die Absurdität zu der eine solche Beurteilung führen würde mit anschaulichen Beispielen: „Die Fingierung einer „faktischen Willensäußerung“ ließe sich etwa dadurch entgegenwirken, dass der penetrierte Sexualpartner ein Band am Handgelenk mit der Aufschrift „Niemals ohne Kondom“, einen Anhänger um den Hals mit einer solchen Gravur oder eine entsprechende Tätowierung auf dem Körper trägt, oder wenn das Opfer während des (einheitlichen) Sexualaktes in regelmäßigen Abständen rein vorsorglich vor sich hinsprechen würde, „Ohne Kondom will ich das nicht“, einen Zettel mit eben diesem Inhalt neben das Bett legen oder ein T-Shirt mit dieser Aufschrift tragen würde oder anderes mehr.“[66]

Ein weiterer Aspekt, der in der Entscheidung des *BGH* insofern keine explizite Erwähnung findet, jedoch aufgrund seiner Schwere nicht außer Acht zu lassen ist, ist die psychische Belastung der betroffenen Person. Auch diese zusätzliche Belastung trägt zu einem qualitativen Unterschied der sexuellen Handlung mit und ohne Kondom bei. Nachdem das *Stealthing* bereits einen Akt der Bemächtigung über eine andere Person darstellt und hiermit eine Demütigungs- und Instrumentalisierungswirkung erfolgt, besteht für die betroffene Person zusätzlich eine Dauer der Ungewissheit.[67] Bis zu einer endgültigen Klärung, ob eine Infektion oder Schwangerschaft vorliegt, kann sich diese Ungewissheit in Form von einer psychischen Belastung auswirken.[68] Es lässt sich somit festhalten, dass eine bloß objektive Betrachtung aus der Sicht eines Dritten keineswegs ausreichend ist für die Beurteilung eines Handelns gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen beim Phänomen des *Stealthing*. Vielmehr muss immer eine Gesamtbetrachtung des Geschehens vorgenommen werden, wodurch auch etwaige Abreden im Voraus der sexuellen Handlung erfasst sind.

(2) Erkennbarkeit

Neben der Problematik, ob ein Wille der sexuellen Handlung entgegensteht, gilt es darüber hinaus die Frage zu klären, ob dieser auch erkennbar war. Wie bereits dargelegt, unter I. 1. a) bb) (1) kann es allein auf die Beurteilung eines objektiven Dritten beim *Stealthing* nicht ankommen. Diesbezüglich stellt sich darüber hinaus beim *Stealthing* das Problem der Erkennbarkeit dieses Willens. Durch das Korrektiv der Erkennbarkeit soll der gutgläubige Täter geschützt werden, sofern die betroffene Person lediglich einen inneren Vorbehalt hegt.[69] In den durch die Recht-

62 *Kienzerle*, Strafbarkeit des sog. Stealthings, beck-aktuell, 28.2.2023, online abrufbar unter: https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/strafbarkeit-des-sog.-stealthings (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 12 f.
63 Vgl. hierzu *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13 f.).
64 *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365).
65 *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 34.
66 *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 34.
67 *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (97).
68 *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (97); *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 2.
69 *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (335).

sprechung entschiedenen *Stealthing*-Fällen hat vor dem Geschlechtsverkehr eine Kommunikation darüber stattgefunden, nur mit geschütztem Verkehr einverstanden zu sein.[70] Sofern eine Kommunikation über Wünsche und Grenzen dem sexuellen Kontakt vorausgegangen ist, ist dies stets mit in die Beurteilung der Erkennbarkeit einzubeziehen.[71] Aufgrund der Dynamik eines sexuellen Kontakts gilt es mithin abzugrenzen, wann eine andere sexuelle Handlung vorliegt, die nicht mehr von dem zuvor erteilten Einverständnis gedeckt ist und mithin gegen den Willen der betroffenen Person stattfindet. Um eine Erkennbarkeit für den oder die Sexualpartner:in annehmen zu können, stellt sich somit die Frage, wann diese andere sexuelle Handlung vorliegt.

(a) Differenzierung anhand einer physischen Grenzüberschreitung

In der Vergangenheit ist bei *Stealthing*-Fällen in der Rechtsprechung wiederholt an einen physischen Aspekt angeknüpft worden.[72] Auch in der Literatur hat diese Betrachtungsweise Zuspruch gefunden.[73] Bei diesem Ansatz wird die Überschreitung der Grenzen des Konsens damit begründet, dass durch den Verkehr ohne Kondom eine physisch andere sexuelle Handlung vorläge.[74] Das sei deshalb der Fall, weil die betroffene Person ausdrücklich nicht damit einverstanden war, dass das Ejakulat in den eigenen Körper gelange und ein Kontakt der Schleimhäute vermieden werden sollte.[75] Das *KG Berlin* sieht mithin ein Einverständnis hinsichtlich sog. „Safer-Sex", nicht jedoch in Bezug auf ungeschützten Verkehr und begründet die Tatbestandverwirklichung wie folgt: „Denn die Tatbestandsmäßigkeit liegt jedenfalls in einem Fall vor, in dem der Täter das Opfer nicht nur gegen dessen Willen in ungeschützter Form penetriert, sondern im weiteren Verlauf dieses ungeschützten Geschlechtsverkehrs darüber hinaus in den Körper des bzw. der Geschädigten ejakuliert."[76] Durch die Ejakulation, das heißt eine physische Abweichung von dem konsensualen Geschlechtsverkehr mit Kondom, entsteht eine sexualstrafrechtlich andere Qualität.[77] Durch diese physische Überschreitung wird sodann die Verletzung der Autonomie der betroffenen Person und mithin auch eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung angenommen.[78] Das Kondom fungiert nach diesem Ansatz als mechanische Barriere zwischen den Sexualpartner:innen. Es verhindert eine ungewollte Berührung der Schleimhäute und stellt ein objektiv-äußerliches Element der Distanz dar. Daneben schafft es auch mental eine Barriere und schützt vor zu enger Intimität zwischen Sexualpartner:innen.[79] Demnach läge mit dem Berühren der Schleimhäute eine sexuelle Handlung vor, zu welcher kein Einverständnis erteilt wurde. Die Erkennbarkeit ergibt sich insoweit daraus, dass zuvor lediglich ein geschützter Verkehr, das heißt einer ohne Kontakt der Schleimhäute, gewollt war.

Fraglich ist jedoch, ob sich eine Strafbarkeit allein an einer physischen Überschreitung des geäußerten Willens der betroffenen Personen beurteilen lässt, oder ob dies zu spät ansetzt. Mit Blick auf das Schutzgut des § 177 Abs. 1 StGB, dessen Nähe zur Menschenwürde und die dadurch erhöhte Schutzwürdigkeit, vermag dieser Ansatz nicht zu überzeugen.[80] Vielmehr setzt eine rein physische Beurteilung einer Grenzüberschreitung zu spät an. Die Objektifizierung und Instrumentalisierung der betroffenen Personen geschehen bereits in dem Moment, in welchem der zuvor ausdrücklich geäußerte Wille missachtet wird und nicht erst mit einem Ejakulat oder einem

70 *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11; *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 2.
71 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19.
72 Vgl. *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243; *OLG Hamm,* NStZ-RR 2022, 276.
73 *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (102); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 51.
74 *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (101); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB § 177 Rn. 51.
75 *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 4.
76 *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243 Rn. 16.
77 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 51; *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243 Rn. 16.
78 *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243 Rn. 17.
79 Vgl. *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243 Rn. 18 f.
80 *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

Kontakt der Schleimhäute.[81] So ist bereits der Versuch einer Penetration ohne ein Kondom tatbestandsmäßig im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB, da es sich nunmehr erkennbar um eine andere sexuelle Handlung handelt, als die zu welcher das Einverständnis erteilt wurde.[82] Mit der Reform des 13. Abschnitts durch das 50. StrÄndG bezweckte der Gesetzgeber durch die Nichteinverständnislösung einen erweiterten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Die zuvor in § 177 StGB a.F. enthaltene Nötigungskomponente entfiel. Ausschlaggebend war zuvor nicht das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens, sondern das Brechen eben dieses Willens.[83] Durch die Neufassung ist die physische Überwindung eines entgegenstehenden Willens aber gerade nicht mehr erforderlich.[84] Würde man den physischen Ansatz als Maßstab für eine Beurteilung der Strafbarkeit annehmen, würde man sämtliche Präservative, die keine physische Barriere schaffen, bereits von vorneherein von der Strafbarkeit ausnehmen. Es entstünden demnach Strafbarkeitslücken, die der Gesetzgeber bei Erlass des 50. StrÄndG und der damit angestrebten Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung, nicht gewollt haben kann. Wann eine sexuelle Handlung vorliegt und diese mithin gegen einen erkennbar entgegenstehenden Willen vorgenommen wird, lässt sich vielmehr bereits aufgrund der Entfernung des Kondoms differenzieren. Der Verkehr ist bis zur Entfernung des Präservativs von der Zustimmung erfasst. Durch die Abweichung vom zuvor geäußerten Willen liegt jedoch keine Zustimmung für die sich anschließende sexuelle Handlung vor.[85] Dabei ist es unerheblich, wie der weitere Verlauf, sprich ob es zu einer Ejakulation kommt, aussieht. Der Verkehr hat bereits ab diesem Zeitpunkt ein qualitativ anderes Gepräge.[86] Denn vorsätzliche, nicht einvernehmliche Sexualkontakte sind prima facie strafwürdig.[87] Ein rein physischer Ansatz zur Differenzierung, wann eine sexuelle Handlung aufgrund einer Zustimmung vorliegt und wann die Grenzen dieser überschritten werden und mithin eine andere sexuelle Handlung vorliegt, vermag nicht zu überzeugen.

(3) Legitimation durch konkludentes Einverständnis

In Teilen der Literatur wird die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens beim *Stealthing* mit der Argumentation abgelehnt, dass durch das Geschehen lassen der sexuellen Handlung ohne Kondom ein konkludentes Einverständnis anzunehmen sei und der zuvor geäußerte entgegenstehende Wille aufgehoben würde.[88] Ein konkludentes Einverständnis kann aber bereits aufgrund des fehlenden Erklärungsbewusstseins nicht vorliegen. Zudem kann dieser Schutz durch das Korrektiv der Erkennbarkeit nicht für diejenigen gelten, die trotz einer etwaigen Nichterkennbarkeit, Kenntnis vom entgegenstehenden Willen hatten.[89] Aufgrund der Heimlichkeit ist es den Betroffenen beim *Stealthing* nicht möglich den veränderten Charakter der sexuellen Handlung, die nunmehr eine andere ist als die zu welcher die Zustimmung erteilt wurde, zu erkennen. Das Geschehen lassen für sich, stellt keine konkludente Zustimmung dar, da es keinen entsprechenden Erklärungsinhalt aufweist.[90] Der oder die Sexualpartner:in hat somit von dem zuvor geäußerten Willen, nur mit einer sexuellen Handlung unter Verwendung eines Kondoms einverstanden zu sein, auszugehen und weiß mithin um die Ablehnung einer sexuellen Handlung ohne Kondom. Die Ablehnung ist mithin implizit und für ihn oder sie erkennbar.[91] Weitere Anforderungen an die betroffene Person, wie die Kontrolle der Einhaltung der Abrede, oder die Wiederholung des entgegenstehenden

81 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (616); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).
82 Vgl. *BayObLG*, NStZ-RR 2022, 43 (43).
83 *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (158); *Vavra*, ZIS 2018, 611 (616).
84 BT-Drs. 18/9097, S. 21; *Bauer,* KriPoZ 2023, 96 (96).
85 *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).
86 Vgl. *Bauer,* KriPoZ 2023, 96 (98).
87 *Vavra*, ZIS 2018, 611 (615).
88 Vgl. *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365).
89 *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (335).
90 *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 15; *Schneider*, ZJS 2023, 360 (366).
91 Vgl. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

Willens während des Verkehrs wären lebensfremd, wie das *KG Berlin* eindrücklich dargelegt hat.[92]

(a) Differenzierung anhand des Konsenses

Nachdem eine Differenzierung von konsensualen und non-konsensualen Sexualkontakten beim *Stealthing* anhand eines physischen Ansatzes nicht zu überzeugen vermag, stellt sich die Frage, ob es allein auf eine strenge Orientierung am Schutzgut des § 177 Abs. 1 StGB ankommen kann.

Aufgrund der Gewichtigkeit des Schutzgutes der sexuellen Selbstbestimmung steht der Wille und die geäußerten Grenzen der Betroffenen im Fokus des § 177 Abs. 1 StGB. Erforderlich ist, dass eine Zustimmung zu der konkreten sexuellen Handlung vorliegt. Unabhängig von einer physischen Komponente soll der § 177 Abs. 1 StGB einen umfassenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleisten.[93] Die sexuelle Handlung ist somit nur dann durch ein tatbestandliches Einverständnis gedeckt, wenn die Grenzen respektiert und nicht überschritten werden, unabhängig von einer tatsächlich physischen Überschreitung. Wann eine andere sexuelle Handlung vorliegt und diese mithin erkennbar nicht mehr vom erteilten Einverständnis gedeckt ist, wird jedoch auch innerhalb derer, die das Schutzgut als zentrales Kriterium ansehen, unterschiedlich beurteilt.

(aa) Relevante Zäsur

Zum Teil wird in dem Abstreifen des Kondoms eine strafrechtlich relevante Zäsur gesehen, die eine andere sexuelle Handlung durch die Wiederaufnahme der Penetration begründet.[94] Durch die Zäsur ist eine Unterscheidbarkeit der beiden sexuellen Handlungen gegeben. Diese Ansicht sieht allein den Willen, und gerade keine physische Grenzüberschreitung, der betroffenen Person als maßgebliches Kriterium, ob eine tatbestandliche Handlung vorliegt.[95] Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber gerade den Willen der Betroffenen zentralisieren wollte.[96] Durch das Abziehen des Kondoms findet somit die zweite sexuelle Handlung gegen den zuvor geäußerten Willen statt und ist mithin nicht von einer Zustimmung gedeckt. Der Ansatz, eine deutliche Zäsur zu fordern, um eine konsensuale sexuelle Handlung von einer non-konsensualen zu trennen, vermag nicht zu überzeugen, wenn von vornherein über die Verwendung eines Präservativs getäuscht wird. Das heißt, wenn vorgespiegelt wird ein Kondom zu verwenden, dieses aber von Beginn an nicht zum Einsatz kommt, kann es keine Zäsur in der Form geben, dass zwei sexuelle Handlungen differenziert werden könnten.

(bb) Gefährdungsdimension

In der Rechtsprechung findet eine Beurteilung, ob ein Handeln gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen vorliegt, allein anhand des geäußerten Willens, ohne eine physische Grenzüberschreitung, ebenfalls große Zustimmung. Das *OLG Schleswig* erklärt, dass ausschließlich der vor dem Verkehr geäußerte Wille maßgeblich sei.[97] Es verlangt zur Differenzierung der sexuellen Handlungen keinerlei Zäsur oder physische Grenzüberschreitung.[98] Betont wird zudem, dass die Möglichkeit der freien Willensbildung im Rahmen der sexuellen Selbstbestimmung gerade das Schutzgut des § 177 StGB darstellt. Zur Bekräftigung wird auf Art. 36 des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt verwiesen.[99] Damit

92 *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243 Rn. 34; vgl. auch *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).
93 *BayObLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44).
94 *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).
95 Ebd.
96 *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12).
97 Vgl. OLG Schleswig, NStZ 2021, 619 (619).
98 *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 (619).
99 *OLG Schleswig,* NStZ 2021, 619 (620).

haben sich die Mitgliedsstaaten, mithin auch Deutschland, dazu verpflichtet sexuelle Handlungen ohne Einverständnis unter Strafe zu stellen.[100] Das charakteristisch eine andere sexuelle Handlung bei einem Verkehr ohne Kondom vorliegt, begründet das *OLG Schleswig* unter anderem auch mit dem erhöhten Risiko einer Infektion mit einer sexuell übertragbaren Krankheit oder einer ungewollten Schwangerschaft.[101] Eine entsprechende Argumentation hat auch der *BGH* in seiner Entscheidung vom 13.12.2022 für die Differenzierung der unterschiedlichen sexuellen Handlungen vorgenommen.[102] Er sieht eine qualitative Veränderung durch die entfallene Kondomnutzung aufgrund der Gefährdungsdimension.[103] Da der *BGH* der Gefährdung von Körper und Gesundheit in seiner Entscheidung derart viel Gewicht zumisst sollte betont werden, dass sich der § 177 Abs. 1 StGB laut dem Beschluss keineswegs zu einem Tatbestand entwickeln soll, der Schutzzusagen für den Körper gewährleistet.[104] Dennoch umfasst die sexuelle Selbstbestimmung richtigerweise auch die Möglichkeit Risiken für sich selbst und den oder die Sexualpartner:in zu minimieren.[105] Dies zeigt sich unter anderem in der gesellschaftlichen Entwicklung im Hinblick auf die entfallene Stigmatisierung von geschütztem Verkehr. Geschützter Sex wird in der Gesellschaft vermehrt als „Safer-Sex“ bezeichnet.[106] Hierdurch wird bereits der Unterschied zwischen geschütztem und ungeschütztem Verkehr deutlich. Eine andere Beurteilung würde dem Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht gerecht werden.[107] Die Differenzierung findet mithin anhand des geäußerten Willens statt und der daraus resultierenden Gefährdungsdimension derer sich die Person bereit ist auszusetzen. Dies bedeutet bei einem ausdrücklich geäußerten Willen nur mit einem geschützten Verkehr einverstanden zu sein, liegt bei einem ungeschützten Verkehr eine andere sexuelle Handlung vor. Die Vertreter:innen der Ansicht, es bestehe beim *Stealthing* eine grundsätzliche Einwilligung zur sexuellen Handlung, lehnen entsprechend auch eine Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Willens ab.[108] Die Absprachen über die Verwendung eines Kondoms beträfen lediglich die Art und Weise der Vornahme der Penetration.[109] Dies würde jedoch das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung verkennen, die gerade die individuelle Freiheit schützt, auch über einzelne Modalitäten autonom entscheiden zu können.[110] Vielmehr erwirkt die wesentliche Abweichung der Modalität, kein Kondom zu tragen, nach der richtigen Ansicht des *BGH* eine selbstständige, ihrem Charakter nach qualitativ andere sexuelle Handlung und nicht lediglich eine (strafrechtlich) irrelevante Bedingung zu der eigentlichen sexuellen Handlung.[111] Wie unter I. 1. a) bb) (1) bereits festgestellt, ist eine Gesamtbetrachtung, auch etwaiger Vorabreden, vorzunehmen. Es ist mithin durch die Äußerung, nur geschützten Verkehr haben zu wollen, erkennbar geworden, dass ein Verkehr ohne Kondom gegen den Willen der betroffenen Person wäre. Der anderen sexuellen Handlung, der ohne Kondom, steht der Wille der betroffenen Person erkennbar entgegen.

100 *Hoven*, ZRP 2022, 118 (118).
101 *OLG Schleswig,* NStZ 2021, 619 (620).
102 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.
103 Ebd.
104 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.
105 *OLG Schleswig,* NStZ 2021, 619 (620).
106 *OLG Schleswig,* NStZ 2021, 619 (620); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13); *BayObLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44); *KG Berlin,* BeckRS 2020, 18243 Rn. 19; Deutsche Aidshilfe, Safer Sex, online abrufbar unter: https://www.aidshilfe.de/safer-sex (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
107 *BayObLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12); *Bauer,* KriPoZ 2023, 96 (99).
108 *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (349).
109 *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354).
110 *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365); *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).
111 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

c) Zwischenergebnis

Es kommt somit nicht auf eine etwaige Fehlerhaftigkeit eines Einverständnisses an, sondern lediglich auf die ausdrückliche Ablehnung der konkreten sexuellen Handlung, Geschlechtsverkehr ohne Kondom zu haben.[112] Festhalten lässt sich, dass der *BGH* das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung als maßgeblich ansieht und die Beurteilung des Vorliegens eines erkennbar entgegenstehenden Willens anhand einer Gesamtbetrachtung, welche auch zuvor getroffene Absprachen enthält, sowie einer Differenzierung aufgrund eines qualitativen Unterschieds der sexuellen Handlungen vornimmt. Die beim *Stealthing* vorgenommene sexuelle Handlung ohne Kondom findet demnach gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen der betroffenen Person statt und erfüllt mithin den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB.

2. Strafbarkeit von Frauen wegen Stealthing

Nachdem nunmehr das *Stealthing* in Form des „heimlichen Abziehens eines Kondoms während oder vor der sexuellen Handlung" als sexueller Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB anerkannt ist, stellt sich die Frage, inwiefern sich auch Frauen wegen *Stealthing* strafbar machen können. Zum einen gilt es zu betrachten, wie die bekannte Fallkonstellation auch von Frauen verwirklicht werden kann. Zum anderen sollte eine umfassende Prüfung vorgenommen werden, ob das heimliche Nichtverwenden anderer Barriere-Verhütungsmittel ebenfalls den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllen könnte.

a) Aktueller Diskurs

Der aktuelle Diskurs, insbesondere die mediale Berichterstattung, vermittelt den Eindruck, eine Strafbarkeit wegen *Stealthing* käme ausschließlich für Personen männlichen Geschlechts infrage. So wird das Phänomen auf der Seite der polizeilichen Kriminalprävention der Länder und des Bundes wie folgt beschrieben: „Wenn Männer heimlich und ohne das Einverständnis der anderen Person (…)". An einer anderen Stelle des Aufklärungsberichtes heißt es ebenfalls: „Bei einvernehmlichem Geschlechtsverkehr zieht der Mann unbemerkt das Kondom ab (…)".[113] Die Massenmedien zeichnen ebenfalls ein ausschließlich männliches Täterbild. ZeitCampus berichtet: „Stealthing bedeutet, dass Männer heimlich das Kondom abziehen (…)".[114] Dem Strafrecht sind Straftatbestände, die ausschließlich an ein biologisch maskulines Geschlecht anknüpfen, grundsätzlich nicht fremd. Zu nennen ist hier der § 183 StGB, welcher in seinem Wortlaut eindeutig ist. Täter kann nach dem Wortlaut nämlich nur „ein Mann" (§ 183 Abs. 1 StGB) sein. Derart eindeutig stellt sich der Tatbestand des sexuellen Übergriffs gemäß § 177 Abs. 1 StGB nicht dar. Dort heißt es: „Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft." Der Wortlaut der Norm lässt annehmen, dass ein geschlechtsunabhängiger Täter:innenkreis umfasst ist. Auch in der juristischen Literatur wird ausdrücklich von einer grundsätzlichen Strafbarkeit von Frauen nach § 177 Abs. 1 StGB ausgegangen.[115] Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte.[116]

[112] *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (98).
[113] Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes, Stealthing ist sexueller Übergriff, 11.3.2024.
[114] *Burgard-Arp*, Stealthing, Zeit Online, 12.1.2018.
[115] *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 6.
[116] Vgl. BT-Drs. 18/9097.

b) Verwirklichung durch Frauen

Es stellt sich somit die Frage, ob es sich lediglich um eine gesellschaftliche Stigmatisierung dieser ausschließlich männlich gelesenen Strafbarkeit handelt, oder ob der Tathandlung selbst womöglich eine ausschließliche Verwirklichung durch Personen männlichen Geschlechts innewohnt. So lässt dies beispielsweise *Wiedmer* vermuten, indem sie die Verwendung eines Kondoms in den Verantwortungsbereich von Männern stellt und behauptet, diese würden damit vornehmlich das Risiko einer Strafbarkeit tragen.[117] Die Tathandlung des definitorischen *Stealthing* lässt sich jedoch keinesfalls ausschließlich durch Personen männlichen Geschlechts verwirklichen. Der sexuelle Verkehr zeichnet sich nicht durch einen statischen Ablauf aus. Vielmehr kommt es regelmäßig zu Unterbrechungen der Penetration zum Zwecke eines Positionswechsels, zur Stimulation mit der Hand, oder anderer Gründe. Hierbei ist es ebenso denkbar, dass ein heimliches Abstreifen des Kondoms durch die Frau erfolgen könnte. In der Dynamik der Situation muss dies nicht zwangsläufig durch den Sexualpartner bemerkt werden. So berichtet ein Mann, er sei Betroffener von *Stealthing* und habe die Entfernung des Präservativs durch die Frau aufgrund seiner eigenen Intoxikation erst im Anschluss an den Verkehr festgestellt.[118] Es lässt sich mithin festhalten, dass der Tathandlung keine Geschlechterspezifikation innewohnt.

Nunmehr erschöpft sich eine Prüfung der Strafbarkeit von Frauen nicht in der Bestätigung einer Strafbarkeit wegen des definitorischen *Stealthing*. Wie von *Wiedmer* bereits angedeutet gibt es Präservative, die vornehmlich dem Verantwortungsbereich eines Mannes und solche, die vornehmlich dem einer Frau zuzuordnen sind.[119] Das es auch Ausnahmen von dieser Zuordnung gibt und eine eindeutige Zuweisung einer derartigen Verantwortlichkeit mit Hinblick auf eine angestrebte sexuelle Gleichberechtigung tatsächlich kein Anhaltspunkt sein kann, sei vorausgesetzt. Dennoch stellt es sich bei lebensnaher Betrachtung oftmals so dar, dass die Verantwortung der Verwendung sich auf Mann und Frau aufteilt. Fraglich ist demnach, welche Präservative in den vermeintlichen Verantwortungsbereich der Frau fallen und ob eine Vorspiegelung der Verwendung ebendieser dem Unrecht des definitorischen *Stealthing* gleich kommt und mithin ebenfalls den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt. Hierzu gilt es, die in Betracht kommenden Verhütungsmittel und deren absprachewidriges Nichtverwenden durch eine Frau anhand der unter I. 1. b) bb) (1) herausgearbeiteten Maßstäbe auf ihre Tatbestandsmäßigkeit hin zu prüfen.

aa) Denkbare Fallkonstellationen

Das *AG Bielefeld* hat am 2.5.2022 in seiner Urteilsbegründung das Perforieren eines Kondoms durch eine Frau dem *Stealthing* in seiner bekannten Form gleichgestellt.[120] Die Ausführungen des Gerichts, weshalb eine derartige Manipulation des Präservativs ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt, fallen dabei jedoch dürftig aus. Es wird lediglich auf den erkennbar entgegenstehenden Willen des Betroffenen hingewiesen, ohne diesbezüglich nähere Ausführungen zu machen.[121] Mithin lässt sich zumindest festhalten, dass eine Gleichstellung von Fallkonstellationen mit dem definitorischen *Stealthing*, die einen ähnlichen Unrechtsgehalt aufweisen, wie das heimliche Abziehen des Kondoms, im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB durchaus relevant werden können.

117 *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (102).
118 *Wißner*, Kriminalistik 2023, 172 (174).
119 Vgl. *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (102).
120 *AG Bielefeld*, BeckRS 2022, 11233, Rn. 6.
121 Ebd.

(1) Manipulation des Präservativs

Zunächst wird der Fall der Manipulation eines Präservativs auf seine Tatbestandsmäßigkeit nach § 177 Abs. 1 StGB geprüft. Das Urteil des *AG Bielefeld* hat den Fall des Perforierens eines Kondoms durch eine Frau dem heimlichen Entfernen eines Kondoms gleichgestellt.[122] Eine detaillierte Begründung gibt das Gericht jedoch nicht zu seiner Entscheidung. Feststellen lässt sich, dass in beiden Fällen eine Abrede über die Verwendung eines Barriere-Verhütungsmittels missachtet bzw. dieses seiner Funktion beraubt wird. Der Sexualpartner hatte vor dem Verkehr seinen Wunsch geäußert, nur geschützten Verkehr haben zu wollen. Durch das Perforieren des Kondoms verliert dieses jegliche Schutzwirkung. Es besteht das Risiko einer Schwangerschaft und der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten. Für die Sexualpartnerin war insbesondere durch den geäußerten Wunsch, ein Präservativ zu verwenden, erkennbar, dass der ungeschützte Verkehr entgegen dem Willen ihres Sexualpartners stand. Der Verkehr mit einem Präservativ, welches seiner Schutzwirkung durch Manipulation beraubt wurde, stellt eine andere sexuelle Handlung dar, als die geschützte zu welcher der Sexualpartner eingewilligt hat. Hierdurch entsteht eine andere sexuelle Handlung, zu welcher keine Zustimmung vorliegt.[123] Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist damit auch im Falle des Perforierens eines Kondoms erfüllt.

(2) Andere Barriere-Verhütungsmethoden

Es bleibt zu prüfen, ob die unter I. 1. b) herausgearbeiteten Maßstäbe sich auch auf andere Barriere-Verhütungsmethoden übertragen lassen. Bei der Verwendung eines Femidoms oder Diaphragmas könnte sich das Geschehen ebenfalls mit dem definitorischen *Stealthing* vergleichen lassen. Die Frau ist bei dieser Art der Verhütung in einer ähnlichen Kontrollposition wie ein Mann bei einem Kondom.

(a) Femidom

Das Femidom, auch Frauenkondom genannt, ist in seiner Verwendung dem herkömmlichen Kondom ähnlich. Es ist für die einmalige Verwendung gedacht und wird in die Vagina eingeführt, wo es diese wie eine zweite Haut auskleidet. Es schützt vor einer Infektion und einer ungewollten Schwangerschaft.[124] Die Verwendung findet unmittelbar vor dem Verkehr statt und endet auch unmittelbar danach. Eine Nichtverwendung entgegen einer zuvor getroffenen Absprache entspricht mithin ebenfalls der heimlichen Nichtverwendung eines Kondoms. Im Unterschied zu einem Kondom ist dem Sexualpartner eine visuelle Kontrolle durch die Innenliegende Anwendung nicht möglich. Dies erschwert zusätzlich eine Entdeckung der heimlichen Nichtverwendung. Auch bei der Verwendung eines Femidoms wurde zuvor lediglich eine ausdrückliche Zustimmung zu geschütztem Verkehr gegeben. Darin liegt auch hier implizit die Ablehnung ungeschützten Geschlechtsverkehrs. Bei einer heimlichen Nichtverwendung des Femidoms liegt eine andere sexuelle Handlung vor. Die Frau handelt entgegen des zuvor ausdrücklich geäußerten Willens, nur geschützten Verkehr haben zu wollen. Die Differenzierung der beiden sexuellen Handlungen, nämlich der geschützten und der ungeschützten, lässt sich auch hier anhand der durch den *BGH* angelegten Maßstäbe, das heißt anhand der Gefährdungsdimension, vornehmen. Diese wird durch die Nichtverwendung des Femidoms eröffnet, indem eine Gefahr der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten und das Risiko einer Schwangerschaft fremdbestimmt in Kauf genommen werden. Der § 177 Abs. 1 StGB schützt gerade die Freiheit darüber selbst entscheiden zu können, welche Risiken man bereit ist einzugehen.[125] Nach den herausgearbeiteten

122 Vgl. *AG Bielefeld*, BeckRS 2022, 11233.
123 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.
124 Profamilia, Frauenkondom, online abrufbar unter: https://www.profamilia.de/themen/verhuetung/frauenkondom (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
125 *OLG Schleswig,* NStZ 2021, 619 (620).

Maßstäben, liegt mithin auch bei der heimlichen Nichtverwendung eines Femidoms eine andere sexuelle Handlung vor, zu welcher keine Zustimmung erteilt wurde. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB wäre somit auch bei einer heimlichen Nichtverwendung eines Femidoms durch eine Frau erfüllt.

(b) Diaphragma

Das Diaphragma wird vor dem Sexualkontakt in die Vagina eingeführt. Es versperrt den Zugang zur Gebärmutter und verhindert so ein Eindringen von Spermien.[126] Es kann bis zu zwei Stunden vor dem Verkehr eingesetzt werden, oder wenige Minuten zuvor. Zudem muss es für eine optimale Wirksamkeit nach dem Verkehr für mindestens 8 Stunden in der Vagina verbleiben.[127] Durch diese flexiblere Möglichkeit der Verwendung wird eine erweiterte Kontrolldimension durch die Anwenderin eröffnet als dies beim herkömmlichen Kondom oder dem Femidom der Fall ist. Zudem fehlt auch bei diesem Verhütungsmittel die Möglichkeit einer visuellen Kontrolle. Es handelt sich um ein innenliegendes Verhütungsmittel, welches sich der Kontrolle durch einen Blick gänzlich entzieht. Darüber hinaus ist das Diaphragma, bei richtiger Anpassung, für die Sexualpartner:innen während des Verkehrs nicht spürbar.[128] Durch die Nichtanwendung des Diaphragmas wird, wie beim Kondom, ebenfalls das Risiko einer Schwangerschaft erhöht. Allerdings schützt es, auch bei Verwendung, aufgrund des Kontaktes der Schleimhäute nicht vor der Übertragung von Krankheiten.[129] Es wird sich zeigen, ob die Risiken kumulativ oder alternativ vorliegen müssen, um eine qualitativ andere sexuelle Handlungen nach den unter I. 1. b) herausgearbeiteten Maßstäben zu begründen. Fraglich ist somit, ob allein die Erhöhung des Risikos einer Schwangerschaft ausreicht, die herausgearbeitete Gefährdungsdimension zu begründen, die für eine Relevanz und Begründung einer anderen sexuellen Handlung im Sexualstrafrecht erforderlich ist.

Der *BGH* nimmt in seiner Entscheidung zum *Stealthing* eine andere sexuelle Handlung aufgrund einer Gefährdungsdimension an. Dies begründet er unter anderem anhand der bestehenden Infektionsgefahr. Mit dem Urteil wird aber auch deutlich, dass der § 177 Abs. 1 StGB gerade keine Schutzzusagen für den Körper beinhaltet, sondern ausschließlich den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleisten soll.[130] Wie unter I. 1. a) bb) (1) festgestellt, erzeugt eine fremdbestimmte Entscheidung über die Modalitäten einer sexuellen Handlung für sich bereits eine Instrumentalisierung der betroffenen Person und verletzt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.[131] Die Tathandlung im Rahmen des definitorischen *Stealthing* und die Täuschung über die Verwendung des Diaphragmas sind vergleichbar. In beiden Fällen gibt der oder die Täter:in vor, ein Präservativ zur Verhütung einer Schwangerschaft zu verwenden. Auch das Handlungsmotiv ist vergleichbar. In beiden Fällen soll ebendieses Risiko minimiert werden, indem die Prävention als Bedingung für die Zustimmung zum Verkehr gesetzt wird. Mithin liegt eine Zustimmung zum geschützten Verkehr vor. Zu der sodann vorgenommenen sexuellen Handlung ohne ein Präservativ liegt keine Zustimmung vor. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Sexualpartner:innen lediglich einen Schutz vor Schwangerschaft bezwecken oder darüber hinaus auch einen Infektionsschutz möchten. Die sexuelle Selbstbestimmung schützt gerade das Bestimmen von individuellen Grenzen und nicht den Schutz der körperlichen Integrität.[132] Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, weshalb eine Ungleichbehandlung des Risikos einer

[126] Profamilia, Das Diaphragma, online abrufbar unter: https://www.profamilia.de/themen/verhuetung/diaphragma (Stand: 11.6.2024).
[127] Profamilia, Das Diaphragma.
[128] Profamilia, Das Diaphragma.
[129] Öffentliches Gesundheitsportal Österreich, 3. Das Diapgragma Caya, 3.5.2019, online abrufbar unter: https://www.gesundheit.gv.at/leben/sexualitaet/verhuetung/verhuetungsmittel-methoden/diaphragma.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
[130] *Bauer,* KriPoZ 2023, 96 (99).
[131] *Bauer,* KriPoZ 2023, 96 (96 f.).
[132] *Vavra*, ZIS 2018, 611 (614).

Infektion und des Risikos einer Schwangerschaft erfolgen sollte. Eine ungewollte Schwangerschaft kann langfristig eine Verantwortlichkeit der biologischen Eltern in Form diverser Verpflichtungen mit sich bringen. Neben den Unterhaltsverpflichtungen ist auch ein zeitlicher Aufwand mit einer Elternschaft verbunden. Darüber hinaus darf auch die psychologische Komponente, die eine Elternschaft mit sich bringt und die gegebenenfalls derart weitreichend sein kann, dass berufliche und private Pläne in der Zukunft nunmehr nach dem Kind gerichtet werden, nicht unterschätzt werden. All diese Aspekte weisen einen erheblichen Einschnitt in die persönliche Freiheit einer Person auf. Wenngleich eine Infektion auch gewichtige Rechtsgüter betrifft und diese beeinträchtigen mag, so ist jedoch auch die persönliche Freiheit und das Selbstbestimmungsrecht einer jeden Person als ebenfalls schützenswert anzuerkennen. Der Wille, eine Schwangerschaft zu vermeiden, ist mithin ebenfalls derart gewichtig, dass dies zu einem qualitativen Unterschied der sexuellen Handlungen in geschützter und ungeschützter Form führen kann. Dies zeigt auch die Entscheidung des *OLG Hamm* in welcher das Gericht eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB bei einem unterlassenen *coitus interruptus* angenommen hat.[133] In dem vorliegenden Fall hatten die Sexualpartner:innen vorab besprochen, zur Verhütung einer Schwangerschaft die Penetration vor dem Samenerguss abzubrechen. Zu diesem Abbruch ist es jedoch nicht gekommen und die Ejakulation ist in der Betroffenen erfolgt. Das Gericht betont, dass auch wenn die Art der Verhütung im Verhältnis zu anderen Verhütungsmethoden deutlich unsicherer ist im Hinblick auf die Risiken die die Sexualpartner:innen einzugehen bereit sind, ändert dies nichts an der Beachtlichkeit des Willens der Betroffenen. Setzt sich der oder die Täter:in somit bewusst über den Willen der betroffenen Person hinweg, stellt dies eine erhebliche Abweichung von der konsentierten sexuellen Handlung dar.[134] Der 13. Abschnitt bezweckt gerade den Schutz der Entscheidungsfreiheit der individuellen Person darüber, welche sexuelle Handlung sie wann und mit wem unter welchen Bedingungen vornehmen möchte.[135] Gerade im Sexualstrafrecht hat der Wille der betroffenen Person eine gesteigerte Bedeutung. Die sexuelle Selbstbestimmung wird unter anderem aus der Menschenwürde abgeleitet.[136] Dies ergibt sich aus der Verbindung der Sexualität zur Intim- und Körpersphäre.[137] Die Missachtung des Willens führt zu einer Objektifizierung und Instrumentalisierung. Die Person wird zu einem reinen Objekt fremdbestimmten sexuellen Tuns und für persönliche Befriedigung genutzt.[138] Abschließend lässt sich somit sagen, dass allein die fremdbestimmte Entscheidung zur Abweichung vereinbarter Modalitäten ausreichend ist um eine andere sexuelle Handlung zu begründen. Nach hier vertretener Ansicht reicht bereits das alternative Vorliegen einer Risikoerhöhung aus zur Begründung einer Gefährdungsdimension. Mithin stellt auch das heimliche nicht Verwenden eines Diaphragmas eine andere sexuelle Handlung dar. Die Sexualpartnerin handelt dementsprechend wiederum gegen den erkennbar entgegenstehen Willen der betroffenen Person, die allein mit geschütztem Verkehr einverstanden ist. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

bb) Zwischenergebnis

Die eingehende Prüfung der Fallkonstellationen, bei denen eine heimliche Nichtverwendung eines Präservativs die Tathandlung prägt, zeigt, dass neben dem definitorischen *Stealthing* auch weitere mögliche Tathandlungen in Betracht kommen. Zudem kann festgestellt werden, dass auch Frauen sowohl durch die Tathandlung des definitorischen *Stealthing* als auch der weiteren geprüften Fälle nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar sein können.

133 Vgl. *OLG Hamm*, NStZ 2022, 276.
134 Vgl. *OLG Hamm*, NStZ 2022, 276.
135 Vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159); BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.
136 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 174 Rn. 7; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159).
137 *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159).
138 *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

II. Fazit

Mit der Reform des Sexualstrafrechts im November 2016 strebte der Gesetzgeber eine Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung an. Durch die Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB sollten Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die vor allem aufgrund der bis dato geltenden Nötigungskomponente auftraten. Denn eine regungslose Erduldung von sexueller Gewalt ist, vor allem aus Angst, Scham, oder psychisch verursachter Regungslosigkeit keine Seltenheit.[139] Das Phänomen des *Stealthing* sowie die im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigten Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung durch Frauen zeigten nunmehr jedoch, dass eine Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung auch mit der Reform noch Bedarf aufweist.[140] Dass die Probleme der Beurteilung derartiger Fallkonstellationen vor allem im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des erkennbar entgegenstehenden Willens auftreten, wirft die Frage danach auf, ob das in § 177 Abs. 1 StGB n.F. implementierte Nein-heißt-Nein-Modell zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken und der Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung ausreichend ist. Als denkbare Alternative ließe sich das „Ja-heißt-Ja"-Modell nennen. Dieses Modell haben bereits dreizehn Staaten in Europa in ihr Sexualstrafrecht implementiert.[141] Am 8.3.2022 stellte die EU-Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vor.[142] Mit dieser Richtlinie hat die Kommission ein Konsensmodell vorschreiben wollen, das dem „Ja-heißt-Ja"-Modell entspricht.[143] Insbesondere *Hoven* gibt zu bedenken, dass die erforderliche Kommunikationsleistung, die das „Nein-heißt-Nein"-Modell im deutschen Sexualstrafrecht voraussetzt, im Widerspruch mit der Richtlinie der EU-Kommission zu stehen scheint.[144] Auch *Fischer* kritisiert das geltende „Nein-heißt-Nein"-Modell und bezeichnet es als *„ein schön klingendes Schlagwort, das aber in der Praxis kaum etwas erklärt oder erleichtert"*.[145] Die jahrelange Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Strafbarkeit von *Stealthing* und die nunmehr noch höchstrichterlich zu klärende Strafbarkeit von Frauen wegen *Stealthing* und ähnlich gelagerter Fallkonstellationen zeigt weiterhin bestehende Rechtsunsicherheiten des deutschen Sexualstrafrechts. Es lässt sich somit festhalten, dass die Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung, auch durch die Reform im November 2016, noch nicht ausreichend ist. Die gewünschte Rechtssicherheit durch klare Grenzen und der Schließung von Strafbarkeitslücken ist nicht eingetreten. So ist es der Rechtsprechung nunmehr zwar gelungen, das Phänomen des *Stealthing* endgültig als tatbestandliche Handlung nach § 177 Abs. 1 StGB als strafbares Verhalten einzuordnen. Allerdings zeigen die Debatten über die feinen Unterschiede anderer Fallkonstellationen im Bereich des heimlichen Nichtverwendens von Präservativen weiterhin eine starke Rechtsunsicherheit. Der deutsche Gesetzgeber sollte darüber nachdenken, von dem „Nein-heißt-Nein"-Modell hin zu einem „Nur-Ja-heißt-Ja"-Modell zu wechseln und somit ein deutliches Zeichen für die Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung und der sexuellen Gleichberechtigung zu setzen.

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

139 *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (158).
140 Vgl. *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334.
141 Eine „Nur Ja heißt Ja"-Regelung im Sexualstrafrecht haben: Belgien, UK, Luxemburg, Island, Malta, Schweden, Griechenland, Zypern, Dänemark, Slowenien, Irland, Kroatien und Spanien. – vgl. Amnesty International, Spanien sagt Ja zur „Nur Ja heißt Ja"-Lösung, 26.5.2024, online abrufbar unter: https://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/spanien/dok/2022/nur-ja-heisst-ja-in-spanien. (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
142 Abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105 (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
143 *Hoven*, ZRP 2022, 118 (118).
144 *Hoven*, ZRP 2022, 118 (118).
145 *Fischer*, Zum letzten Mal: Nein heißt Nein, Zeit Online, online abrufbar unter: https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift JuP

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Angelika Nickel

Mehr Schutz von Prostituierten – das „nordische Modell“ als gangbarer Weg auch in Deutschland?

Universität zu Köln
Fachbereich Rechtswissenschaft
Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann
Abgabedatum: 15.4.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung **88**
II. Die Schutz- und Rechtslage von Prostitution in Deutschland **88**
1. Begriffserklärung und Reichweite *88*
a) Prostitution *89*
b) Zwangsprostitution *89*
c) Menschenhandel *90*
2. Schutz- und Rechtslage von Prostitution in Deutschland vor 2002 *90*
3. Schutz- und Rechtslage von Prostitution in Deutschland seit 2002 *91*
a) Prostitutionsgesetz *91*
b) Prostituiertenschutzgesetz *91*
4. Prostitutionswirklichkeit *91*
a) Empirische Befunde zu Prostitution *92*
aa) Hellfeld *92*
bb) Dunkelfeld *92*
b) Empirische Befunde zu Menschenhandel und Zwangsprostitution *93*
aa) Hellfeld *93*
bb) Dunkelfeld *93*
5. Zwischenergebnis *93*
III. Darstellung des nordischen Modells **93**
1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung *93*
2. Kriminalisierung der Freier, Zuhälter und Bordellbetreiber *94*
3. Entkriminalisierung der Prostituierten *94*
4. Ausstiegshilfen *94*
5. Aufklärung *95*
6. Das nordische Modell im internationalen Vergleich *95*
a) Schweden *95*
b) Frankreich *95*
c) (Nord)Irland *96*
7. Zwischenergebnis *96*
IV. Das nordische Modell als gangbarer Weg in Deutschland? **97**
1. Vorteile und Chancen des nordischen Modells in Deutschland *97*
a) Prostitution als Verstoß gegen die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG *97*
b) Patriarchales Geschlechterverhältnis und Bewusstseinswechsel *98*
c) Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution *99*
d) Verbesserte Ausstiegschancen für Prostituierte *99*
e) Tiefergehende Aufklärungsangebote *100*
f) Zwischenergebnis *100*
2. Nachteile und Risiken des nordischen Modells in Deutschland *100*
a) Verletzung von Grundrechten *100*
aa) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG *101*

bb) Selbstbestimmungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG iVm. Art. 1 Abs. 1 GG 101
b) Wegfall der Existenzgrundlage 102
c) Zweifel in strafrechtlicher Umsetzung 102
d) Stigmatisierung und Ausgrenzung 102
e) Verschiebung ins Dunkelfeld und erschwerte Prävention 103
f) Ressourcenverschwendung der Justiz 104
g) Ansteigende Gesundheitsrisiken 104
h) Zwischenergebnis 105
3. Abschließende Stellungnahme 105
a) Abwägung der Argumente für und gegen das nordische Modell 105
b) Vorschläge für einen besseren Schutz von Prostituierten 106
aa) Fachberatung 106
bb) Aufklärungskampagnen 107
cc) Stärkung des Strafvollzugs 107
c) Fazit und Ausblick 108

I. Einleitung

Prostitution befindet sich seit jeher im Zentrum kontroverser politischer Debatten. Denn trotz der legalen Anerkennung der Sexarbeit in Deutschland bleibt die Prostitution auch hierzulande ein von Macht und Gewalt geprägtes Problem, welches zudem von gesellschaftlicher Stigmatisierung durchdrungen ist.[1] Nicht nur während des temporären Tätigkeitsverbotes im Zuge der Coronapandemie wurden die mit der Prostitution einhergehenden Herausforderungen, insbesondere die immer wiederkehrende Frage nach einem angemessenen Schutz der dort arbeitenden Menschen, heftig diskutiert.[2] Während einige die Legalisierung von Sexarbeit als notwendigen Schritt in Richtung Verbesserung der Arbeitsbedingungen und Schutz der Prostituierten betrachten,[3] sehen andere darin eine Form der Ausbeutung und Entwürdigung der Betroffenen.[4] Die CDU/CSU-Fraktion hat deshalb Anlass zur Reaktion gesehen und im November 2023 ein Positionspapier mit dem Titel „Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen" in den Deutschen Bundestag eingebracht. Ziel davon ist es, das Verbot von Sexkäufen, auch bekannt als *nordisches Modell,* national in Deutschland auszubauen.[5]

Die mit der Debatte einhergehenden komplexen ethischen, sozialen und rechtlichen Fragen, die die Grundlage für die Diskussion über die Rolle des Staates bei der Regulierung und dem Schutz von Prostituierten bilden, sollen Gegenstand der folgenden Arbeit sein. Insbesondere soll erörtert werden, inwieweit die Einführung des nordischen Modells in Deutschland sinnvoll erscheint. Dabei wird zunächst die derzeitige Schutz- und Rechtslage von Prostituierten beleuchtet. Im Anschluss daran wird das nordische Modell im Detail mit seinen einzelnen Stufen dargestellt und evaluiert, wie es bereits im internationalen Querschnitt Anwendung und Erfolg findet. Letztlich liegt der Schwerpunkt dieser Ausarbeitung auf der Frage, ob das nordische Modell auch in Deutschland ein gangbarer Weg wäre und welche Chancen und Risiken es bereithält. Dabei sollen das Für und Wider des Konzeptes einer kritischen Würdigung unterzogen und zum derzeitigen Regelungsapparat der Prostitution abgeglichen werden.

II. Die Schutz- und Rechtslage von Prostitution in Deutschland

1. Begriffserklärung und Reichweite

Prostitution, Zwangsprostitution, Menschenhandel. Die Reichweite der Thematik ist überschießend und bedarf einer Einordnung der verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Strukturen.[6] Teils werden die Begrifflichkeiten im öffentlichen Diskurs synonym verwendet, obwohl es sich um Facetten handelt, die verschiedenartiger Bewertung bedürfen.[7]

[1] vgl. *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 (13); *Thie*, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Fachlexikon Soziale Arbeit, 9. Aufl. (2022), Prostitution.
[2] vgl. *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (287).
[3] Vgl. *Ziermann,* KJ 2022, 108 (113); *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (150).
[4] vgl. *Majer,* NJW 2018, 2294 (2294); *Killinger,* Das Prostituiertenschutzgesetz und sein Vollzug, Verfassungsblog, 24.10.2023, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/das- prostituiertenschutzgesetz-und-sein-vollzug/ (zuletzt abgerufen am 10.4.2024).
[5] CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 7.
[6] *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 (13).
[7] vgl. *Mindach,* NordÖR 2019, 1 (2); *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (75).

a) Prostitution

Prostitution leitet sich aus dem lateinischen Begriff *prostituere* ab und bedeutet übersetzt „sich öffentlich preisgeben" oder „zur Schau stellen".[8] Im juristischen Sinne wird Prostitution im Kern verstanden als wiederholte, entgeltliche Vornahme sexueller Handlungen mit zumeist wechselnden Partnern über einen gewissen Zeitraum.[9] Die Vornahme dieser sexuellen Handlungen lässt sich sodann in die Kategorien Freiwilligkeit und Zwang einteilen.[10] Während die Zwangsprostitution in § 232a StGB strafrechtlich normiert und mithin verboten ist, ist im Umkehrschluss die freiwillige Prostitution nicht strafbewehrt. Die tatsächlichen Erscheinungsformen von Prostitution sind auch nicht einheitlich, sondern erstrecken sich über ein mannigfaltiges Bild von Prostitutionserscheinungen: Wohnungsprostitution, Bordellprostitution, Straßenprostitution, Nachtclubs, Hotelbesuche.[11] Es bestehen Unterschiede in der Örtlichkeit und der Art und Weise der Durchführung.[12] Pornographie falle mit der Begründung mangelnder individualisierbarer Dienstleistungsbeziehung zum Sexualpartner aus dem Bereich der Prostitution allerdings heraus.[13] Telefonsex soll ebenfalls herausfallen, weil das Sprechen für sich genommen keine sexuelle Handlung darstellen könne.[14] Teils wird aber auch angenommen, dass der Intimbereich bereits hier zur Ware gemacht werde.[15] Diese Einordnung bildet die derzeitige Lage ab. Der Begriff der Prostitution ist jedoch dynamisch und hängt von verschiedenen historischen, kulturellen und sozialen Rahmenbedingungen ab.[16]

b) Zwangsprostitution

Geschütztes Rechtsgut der in § 232a StGB normierten Zwangsprostitution ist, trotz Einordnung im Abschnitt der Straftaten gegen die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen.[17] Systematisch enthält § 232a Abs. 1 StGB zwei alternative Tatbestände: zum einen die Veranlassung zur Prostitution oder sexuellen Handlungen unter Ausnutzung von Zwangslagen und zum anderen die Veranlassung zur Prostitution oder sexuellen Handlungen bei Personen unter 21 Jahren. Weitere strafrechtliche Regelungen zur Prostitution finden sich in den §§ 180a, 181a, 182 Abs. 2, 184f und 184g StGB. Die Abgrenzung zwischen Zwangsprostitution und freiwilliger Prostitution enthüllt sich in der Praxis aber nicht als trennscharf.[18] Es kann neben dem freiwilligen Bereich und der erzwungenen Prostitution auch ein etwaiger Grenzbereich definiert werden, in welchem sich Menschen aufgrund persönlicher, wirtschaftlicher oder gar struktureller Notlagen für die Prostitution entscheiden.[19] Oftmals sei es nicht eindeutig möglich zu definieren, ob sich die Prostituierten wirklich autonom für oder gegen die Tätigkeit entschieden haben.[20]

---

8 *Thie*, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Fachlexikon Soziale Arbeit, Prostitution.
9 *Schumann,* in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 180a Rn. 5; *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 232 Rn. 28.
10 *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 180a Rn. 20.
11 Vgl. BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 11; *Stühler,* NVwZ 1997, 861 (861); *Ziermann,* KJ 2022, 108 (114).
12 *Ziermann,* KJ 2022, 108 (114).
13 *Schumann,* in: NK-StGB, § 180a Rn. 5; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 184 Rn. 2.
14 *Schumann,* in: NK-StGB, § 180a Rn. 5; *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 232 Rn. 28.
15 *LAG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 14.10.2002 - 4 Sa 31/02; vgl. auch A*rmbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, Bd. 1, 9. Aufl. (2021), § 1 Rn. 45.
16 *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 (13).
17 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 232a Rn. 1; *Petzsche,* in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 232a Rn. 3.
18 Deutsches Institut für Menschenrechte, Prostitution und Sexkaufverbot, 17.10.2019, S. 4, online abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/prostitution-und-sexkaufverbot (zuletzt abgerufen am 13.4.2024).
19 *Engelmohr/Franke/Kolbe*, Positionspapier zum Gleichstellungsmodell 2022, S.2; vgl. auch *Fennert,* DPM 2023, 97 (102).
20 BMFSFJ, Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des ProstG v. 24.1.2007, S. 9, online abrufbar unter: https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/bericht-der-bundesregierung-zu-den-auswirkungen-des-gesetzes-zur-regelung-der-rechtsverhaeltnisse-der-prostituierten-prostitutionsgesetz-prostg--80766 (zuletzt abgerufen am 13.4.2024); vgl. auch *Wohlfarth,* LKRZ 2007, 376 (377); *Fennert,* DPM 2023, 97 (102).

c) Menschenhandel

Daneben gibt es noch einen weiteren bedeutsamen Straftatbestand im Rahmen dieser Debatte: den Menschenhandel nach § 232 StGB. Geschützte Rechtsposition ist hier zum einen die Selbstbestimmung, einschließlich der sexuellen Selbstbestimmung, und zum anderen die Freiheit der Betroffenen, über ihr Vermögen und ihren Arbeitseinsatz selbst zu entscheiden.[21] § 232 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a StGB regelt den Fall der Ausbeutung einer Person bei der Ausübung von Prostitution oder der Vornahme sexueller Handlungen. Die Anforderungen dieses Tatbestandes führen daher dazu, dass es Prostitutionsfälle geben kann, die unter den dort normierten Voraussetzungen als Menschenhandel klassifiziert werden können. Überdies gibt es jedoch von der Prostitution losgelöste Fälle von Menschenhandel (vgl. § 232 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder 3) oder auch von Menschenhandel gänzlich losgelöste Fälle der Prostitution. *Renzikowski* visualisiert das Verhältnis abschließend mithilfe einer Pyramide:[22] Die unterste Stufe bildet dabei die freiwillige Prostitution, die strafrechtlich noch nicht unbedingt relevant ist, während die mittlere Stufe solche Fälle umfasst, in denen aufgrund prekärer Notlagen der Weg der Prostitution eingeschlagen wird. Schließlich bildet die oberste Stufe als Spitze der Pyramide und schwerste Erscheinungsform die Prostitution in Form von Menschenhandel und Zwangsprostitution.[23] Menschenhandel und Zwangsprostitution befinden sich mithin in begrifflicher Nähe zueinander.[24]

2. Schutz- und Rechtslage von Prostitution in Deutschland vor 2002

Prostitution existiert im gesellschaftlichen Miteinander schon seit vielen Jahrtausenden[25] und wird im Volksmund daher auch häufig als „ältestes Gewerbe der Welt" bezeichnet.[26] Im deutschen Strafrechtskontext hat die Prostitution einen Wandel durchlaufen, der von wechselnden Anschauungen über Sitte und Moral geprägt war.[27] Bis zur Einführung eines entsprechenden Freigabegesetzes während der Weimarer Republik im Jahr 1927 stand die Prostitution unter Polizeiaufsicht.[28] Ab diesem Zeitpunkt mussten Prostituierte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit lediglich das Straßenrecht beachten und sich regelmäßig Gesundheitskontrollen unterziehen.[29] Doch auch trotz dieser Freigabe galt die Prostitution zumindest auf zivilrechtlicher Ebene weiterhin lange als sittenwidrig und sozialwidrig.[30] Dies hatte zur Folge, dass entsprechende Verträge zwischen Prostituierten und Freiern nach Maßgabe des § 138 Abs. 1 BGB aufgrund der Sittenwidrigkeit nichtig waren.[31] Prostituierte hatten dadurch keinen vertragsrechtlichen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt und der Zugang zu Sozialversicherungen war ihnen größtenteils verwehrt.[32]

21 *Heger,* in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 232 Rn. 1; *Eisele,* in: Schönke/Schröder, StGB, § 232 Rn. 28.
22 *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 18
23 *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 18; *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).
24 *EGMR*, Urt. v. 25.06.2020 - 60561/14.
25 *Armbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, § 1 Rn. 1; *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 (13); *Mäurer,* ZRP 2010, 253 (254).
26 vgl. *Schatzschneider,* NJW 1985, 2793 (2793); *Stühler,* NVwZ 1997, 861 (861).
27 vgl. *Marcks/Heß,* in: Landmann/Rohmer, GewO, 92. EL. (Dezember 2023), § 14 Rn. 15.
28 *Gleß*, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, 1999, S. 76.
29 *Gleß*, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, S. 76.
30 *Stühler,* NVwZ 1997, 861 (861); *Majer,* NJW 2018, 2294 (2294).
31 *Mayer-Maly/Armbrüster,* in: MüKo-BGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2001), § 138 Rn. 57.
32 *Armbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, § 1 Rn. 1.

3. Schutz- und Rechtslage von Prostitution in Deutschland seit 2002

Seit 2002 hat das Prostitutionsgewerbe jedoch in rechtlicher Hinsicht weitere wesentliche Umgestaltungen erfahren. Dazu zählen das Prostitutionsgesetz und das Prostitutiertenschutzgesetz.

a) Prostitutionsgesetz

Am 1.1.2002 ist das Prostitutionsgesetz (ProstG) in Kraft getreten.

Ziel des ProstG ist es, die mit der Prostitution einhergehenden Probleme dadurch zu lösen, indem aktiv Möglichkeiten geschaffen werden, die eine legale und rechtssichere Berufsausübung ermöglichen.[33] Nach Einführung des Gesetzes wurde weit überwiegend die Subsumtion der Prostitution unter den Tatbestand der Sittenwidrigkeit abgelehnt.[34] Hierdurch erlangten Prostituierte erstmals einen rechtswirksamen und einklagbaren Lohnanspruch sowie Zugang zu Sozialversicherungen.[35] Gleichwohl fehlt es dem ProstG an expliziten Regelungen bezüglich der Sittenwidrigkeit.[36] Neben der Regulierung der allgemeinen Rahmenbedingungen der Prostitutionsausübung, wirkte sich das ProstG auch auf weitere zahlreiche Rechtsgebiete aus, wie das Strafrecht, Gewerberecht, Baurecht und Arbeitsvermittlungsrecht.[37] Die Auswirkungen des ProstG wurden durch die Bundesregierung in einer umfassenden Evaluation im Jahre 2007 ausgewertet.[38] Der 80 Seiten lange Bericht ergab zusammenfassend, dass die gewünschten Ziele lediglich in Ansätzen erreicht wurden und die Sicherheit Prostituierter sich nicht signifikant verbessert hätte.[39] In der Praxis hätten kaum Wirkungen festgestellt werden können und ebenfalls die Ausstiegsmöglichkeiten seien nicht erkennbar überarbeitet worden.[40]

b) Prostituiertenschutzgesetz

Das Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG) ist am 1.7.2017 in Kraft getreten. Ziel des ProstSchG ist es, die vor dem Inkrafttreten mangelnden Regulierungen zur Gewerbetätigkeit, insbesondere zugeschnitten auf die spezifischen Risiken, verwaltungsrechtlich zu regeln.[41] Das Gesetz soll vor allem die Selbstbestimmtheit, Rechtssicherheit und den Schutz der Prostituierten durch die Verbesserung von Arbeits- und Gesundheitsbedingungen stärken.[42] Es finden sich nun insbesondere Regulierungen zur Anmeldepflicht (§§ 3 ff. ProstSchG), zur verpflichtenden Gesundheitsberatung (§ 10 ProstSchG) und zu diversen Verpflichtungen der Betreiber im Hinblick auf Kontrolle und Überwachung (§§ 24 ff. ProstSchG). Die Wirkungen des ProstSchG sind noch nicht abschließend feststellbar. Eine Evaluation der Auswirkungen des Gesetzes ist jedoch gesetzlich in § 38 S. 3 ProstSchG normiert und die Vorlage des Evaluationsberichts auf den 1.7.2025 datiert.

4. Prostitutionswirklichkeit

Zwar erlauben die eben erörterten gesetzlichen Rahmenbedingungen eine deutlichere rechtliche Einordnung des Prostitutionsgewerbes, allerdings ist damit die Frage nach der empirisch erfassten Wirklichkeit noch nicht geklärt. Obwohl Prostitution seit Jahrtausenden gesellschaftlich omnipräsent ist, ist das Phänomen für einen Großteil der Bevölkerung nicht greifbar. Die soziale und räumliche Ausgrenzung der Prostitution führt zu einer mangelnden

33 *Schauß*, Kriminalistik 2023, 245 (246); näher auch: *Mäurer,* ZRP 2010, 253 (254).
34 Vgl. BT-Drs. 14/5958, S. 4; *Jakl,* in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.1.2024, § 138 Rn. 452.
35 BMFSFJ, Bericht zu den Auswirkungen des ProstG 2007, S. 79; vgl. auch *Mäurer,* ZRP 2010, 253 (254); *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (289).
36 *Armbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, § 1 Rn. 30; *Schüchel,* Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland, 2019, S. 153.
37 *Armbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, § 1 Rn. 2.
38 BMFSFJ, Bericht zu den Auswirkungen des ProstG 2007.
39 BMFSFJ, Bericht zu den Auswirkungen des ProstG 2007, S. 79.
40 BMFSFJ, Bericht zu den Auswirkungen des ProstG 2007, S. 79.
41 *Lutz,* in: Erbs/Kohlhaas, ProstSchG, Bd. 3, 251. Aufl. (2024), Vorwort zu § 1 Rn. 1; *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (150).
42 *Schauß*, Kriminalistik 2023, 245 (246); *Mindach,* NordÖR 2019, 1 (2).

Visibilität des Gewerbes,[43] sodass Prostitution häufig nicht als entsprechende Lebensrealität wahrgenommen wird.[44] Die Bewertung von Kriminalitätserscheinungen lässt sich jeweils in ein Hellfeld und ein Dunkelfeld einordnen. Hellfeld meint dabei den Bereich der Fälle, der den Behörden tatsächlich bekannt geworden ist und das Dunkelfeld ist der verborgen gebliebene Bereich, welcher sich regelmäßig nur mithilfe von Schätzungen oder durchgeführten Dunkelfeldstudien erschließen lässt.[45]

a) Empirische Befunde zu Prostitution

aa) Hellfeld

Konkrete Daten und Erhebungen zur gesamten Prostitution in Deutschland gibt es nicht, denn trotz der in 2017 eingeführten Pflicht zur behördlichen Anmeldung gibt es nicht viele Menschen, die diese Vorschrift befolgen.[46] Tatsächlich waren es Ende 2022 in Übereinstimmung mit dem ProstSchG rund 28.280 Prostituierte.[47] Das waren 19,1% mehr als im Vorjahr, was wohl auf die Lockerungen der Corona-Auflagen zurückzuführen sein dürfte.[48] Allerdings sind diese Zahlen nicht belastbar, da sie zum einen nur den kleinen genehmigten und angemeldeten Teil der Prostitutionswirklichkeit abbilden.[49] Zum anderen geben die Zahlen keinen Aufschluss darüber, unter welchen Bedingungen der Sexkauf stattfindet.[50]

bb) Dunkelfeld

Der gesamte Rest des Milieus spielt sich im Dunkelfeld ab. Die inoffiziellen Schätzungen schwanken in der Zahl zwischen 90.000,[51] über 400.000[52] bis hin zu 700.000.[53] Es verbleibt mithin eine starke Diskrepanz zwischen Hell- und Dunkelfeld. Zuverlässiger sind allerdings die Zahlen bezüglich der Geschlechterverteilung innerhalb der Branche. Es ist anzunehmen, dass sich die Zahl der weiblichen Prostituierten zurzeit auf bis zu 90% beläuft,[54] während es weiterhin nahe ausschließlich Männer sind, die Sex kaufen.[55] In Geld visualisiert, ergebe die Prostitutionsbranche einen Jahresgesamtumsatz von schätzungsweise über sechs Milliarden Euro.[56] Die geschätzte Anzahl wird in der Literatur seit Jahren stets so aufgegriffen, ohne dass sie empirischen Fundierungen standhalten kann. Eine wirklich zuverlässige Schätzung lässt sich hier gar nicht treffen.[57]

43 *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 (14).
44 vgl. *Wohlfarth,* LKRZ 2007, 376 (376); *Armbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, § 1 Rn. 1.
45 *Neubacher,* Kriminologie, 5. Aufl. (2023), S. 40 Rn. 1, 2.
46 *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76); *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (148).
47 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 368 vom 15.9.2023, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/09/ PD23_368_228.html (zuletzt abgerufen am 18.3.2024).
48 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 368 vom 15.9.2023.
49 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 368 vom 15.9.2023.
50 Deutsches Institut für Menschenrechte, Prostitution und Sexkaufverbot, S. 3.
51 Dona Carmen e.V., Untersuchung zur Zahl der Sexarbeiter/innen in Deutschland, 3.3.2020, S. 33, online abrufbar unter: https://www.donacarmen.de/wp-content/ uploads/90.000-Sexarbeiterinnen-in-Deutschland-DEF.pdf (zuletzt abgerufen am 13.4.2024).
52 A*rmbrüster,* in: MüKo-BGB, ProstG, § 1 Rn. 1; *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).
53 *Schwarzer,* Prostitution - Ein deutscher Skandal, 2013, S. 8.
54 *Drobnik,* in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf – Eine rechtliche und rechtsethische Untersuchung der Prostitution, 2023, S. 145; *Fennert,* DPM 2023, 97 (99).
55 *Drobnik,* in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, S. 188.
56 *Renzikowski,* ZRP 75 (76); *Wohlfarth,* LKRZ 2007, 376 (376).
57 *Haaser*, Stadtrevue 2024, 30 (30); vgl. auch *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/der-alte-wunsch-nach-einfachen-losungen/ (zuletzt abgerufen am 10.4.2024).

b) Empirische Befunde zu Menschenhandel und Zwangsprostitution

aa) Hellfeld

Hinsichtlich des Menschenhandels in Deutschland lassen sich die Hellfelddaten aus dem Bundeslagebild des Bundeskriminalamtes ziehen. Die Anzahl der Verfahren sexueller Ausbeutungen lag im Jahr 2022 bei 346 Verfahren.[58] Dieser Bereich umfasst die Strafnormen §§ 232, 232a, 233a, 180a und 181a StGB.[59] Der Großteil der deliktischen Verteilung ist dabei bei der Zwangsprostitution gemäß § 232a StGB anzusiedeln, dicht gefolgt von der Zuhälterei nach § 181a StGB.[60] Dabei waren die Opfer zu 95,2 % weiblich und im Durchschnitt 27 Jahre alt.[61] Zwar sind diese Fakten ein erster Schritt, um eine bedarfsgerechte Bekämpfung zu gewährleisten, jedoch fehlt es auch hier an einer vollumfänglicheren Einschätzung aller tatsächlichen Zahlen und Fälle.

bb) Dunkelfeld

Gerade im Bereich des Menschenhandels ist von einer hohen Dunkelziffer auszugehen, da es sich um ein Kontrolldelikt handelt und die Fallzahlen daher stark von der Intensität der polizeilichen Überwachung abhängen und weniger auf private Anzeigen zurückzuführen sind.[62] Die Vereinten Nationen schätzen den Anteil an Zwangsprostituierten auf rund 50.000 ein.[63] Andere Schätzungen gehen sogar so weit zu vertreten, dass bis zu 90% aller Prostituierten unter Zwangslagen handeln.[64]

5. Zwischenergebnis

Das Feld der Prostitution ist sehr breit und bedarf entsprechender differenzierter Bewertung. Die Straftatbestände der Zwangsprostitution und des Menschenhandels sind dabei von der freiwilligen Prostitution losgelöst zu betrachten, um die derzeitigen Grenzen zwischen Legalität und Illegalität nicht verschwimmen zu lassen. Alle Bereiche haben es indes gemein, dass die ermittelten Zahlen aus dem Hellfeld stark von den Schätzungen des Dunkelfelds abweichen. Das gesamte Geschehen in Deutschland lässt sich nicht überblicken, sondern zum überwiegenden Großteil lediglich vermuten.

III. Darstellung des nordischen Modells

Das nordische Modell ist eine Möglichkeit der Kriminalpolitik, sich um einen besseren Schutz von Prostituierten zu bemühen und den negativen Begleiterscheinungen und bedrückenden Zahlen des Milieus entgegenzuwirken. Das Modell ist im öffentlichen Diskurs gleichsam unter dem Begriff Gleichstellungsmodell, schwedischem Modell oder auch Sexkaufverbot bekannt.[65]

1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung

Das nordische Modell trat erstmals 1999 in Schweden auf. Es war Teil eines Gesetzespakets gegen Gewalt an

[58] BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 2.
[59] BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 5.
[60] BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 6.
[61] BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 9.
[62] BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 28; *Neubacher,* Kriminologie, S. 62 Rn. 18, 19.
[63] *Wohlfarth,* LKRZ 2007, 376 (376).
[64] vgl. *Rommelfanger,* in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, S. 294.
[65] vgl. *Engelmohr/Franke/Kolbe*, Positionspapier zum Gleichstellungsmodell 2022, S. 12; *Heger*, ZRP 2024, 11 (12); *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).

Frauen, dem sogenannten *Kvinnofrid-Gesetz,*[66] was übersetzt so viel wie „Friede den Frauen" bedeutet.[67] Einklang fand das Gesetz in Kapitel 6, § 11 des schwedischen Strafgesetzbuches. Dies war das Ergebnis jahrzehntelanger Reformierungsversuche der politischen Frauenbewegung in Schweden.[68]

Das nordische Modell besteht aus vier elementaren Grundprinzipien: Einer Kriminalisierung von Freiern, Zuhältern und Bordellbetreibern (III. 2.), einer Entkriminalisierung von Prostituierten selbst (III. 3.), die Ermöglichung vereinfachter Ausstiegschancen (III. 4.) und bessere Aufklärung und Prävention (III. 5.).[69] Übergeordnet verfolgt das nordische Modell langfristig das Ziel, die Prostitution aus der Gesellschaft zu verdrängen.[70] Das Bestreben soll insbesondere auch in der Unterbindung des Menschenhandels und mit dem Sexkauf häufig einhergehender Zwangslagen bestehen.[71]

2. Kriminalisierung der Freier, Zuhälter und Bordellbetreiber

Die erste Dimension des nordischen Modells ist die Kriminalisierung der Freier, Zuhälter und Bordellbetreiber.[72] Ziel ist es, die Grundlage des Marktes zu verändern, indem die Nachfrageseite entsprechend reguliert wird.[73] Dem Menschenhandel soll infolgedessen die finanzielle Grundlage für entsprechende Handlungsmöglichkeiten entzogen werden.[74]

3. Entkriminalisierung der Prostituierten

Als zweiten Schritt bedarf es laut dem nordischen Modell der Entkriminalisierung von Prostituierten.[75] Hier liegt einer der entscheidenden Unterschiede zwischen dem nordischen Modell zu einer vollständigen Prohibition von Prostitution. Diese Ungleichbehandlung der Kriminalisierung sorgt dafür, dass das Konzept auch als „asymmetrische Kriminalisierung" bezeichnet wird.[76] Begründet wird diese Asymmetrie damit, dass das Kernproblem von Prostitution auf Seiten der nachfragenden Freier liegt, sodass sich auf sie auch die rechtliche Verfolgung konzentrieren solle.[77] Außerdem sollen die Prostituierten als potentielle Opfer geschützt und nicht bestraft werden,[78] sodass sie weitestgehend aus dem Blickfeld der justiziellen Verfolgung und Vollstreckung ausgenommen werden.

4. Ausstiegshilfen

Neben der Kriminalisierung von Freiern und der Entkriminalisierung von Prostituierten plädiert das Modell weiterhin für vereinfachte Ausstiegsmöglichkeiten.[79] Dies geht mit der Entkriminalisierung der Prostituierten einher, sodass es erneut um eine vollumfängliche Stärkung der Angebotsseite geht. Das Europäische Parlament empfiehlt sogar, eine solche flächendeckende Ausstiegsberatung in allen Mitgliedstaaten einzuführen.[80]

66 *Dodillet,* in: Grenz/Lücke, Verhandlungen im Zwielicht, 2006, S. 95 (96).
67 *Wesel,* NJW 1999, 2865 (2866).
68 *Sass,* Blätter 2016, 113 (117).
69 Schaubild Bündnis Nordisches Modell, online abrufbar unter: https://www.bündnis-nordisches modell.de/dasnordischemodell (zuletzt abgerufen am 22.3.2024).
70 *Sass,* Blätter 2016, 113 (113).
71 *Schüchel,* Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland, S. 400.
72 Schaubild Bündnis Nordisches Modell; vgl. auch *Wesel,* NJW 1999, 2865 (2866); *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (148).
73 Vgl. *Merk,* ZRP 2006, 250 (251); *Fennert,* DPM 2023, 97 (97).
74 *Merk,* ZRP 2006, 250 (251).
75 Schaubild Bündnis Nordisches Modell.
76 *Schauß*, Kriminalistik 2023, 245 (247).
77 *Schauß*, Kriminalistik 2023, 245 (247).
78 *Engelmohr/Franke/Kolbe*, Positionspapier zum Gleichstellungsmodell 2022, S.12.
79 Schaubild Bündnis Nordisches Modell.
80 Europäisches Parlament, Bericht über sexuelle Ausbeutung und Prostitution und deren Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter, 3.2.2014, online abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0071_DE.html (zuletzt abgerufen am 15.8.2024), Rn. 45.

5. Aufklärung

Letztlich ist die Aufklärung tragender Bestandteil des nordischen Modells.[81] Der erwünschte Bewusstseinswechsel der Bevölkerung soll nicht nur isoliert durch eine Strafrechtsreformierung erzielt werden, sondern es bedarf darüber hinausgehend einer Vielzahl von Aufklärungskampagnen sowie tiefgehender Öffentlichkeitsarbeit.[82] Diese sollen das Bewusstsein für die Problematik stärken und zur Sensibilisierung der Missstände beitragen.[83] Langfristig soll auf diese Weise im gesamten gesellschaftlichen Miteinander ein Einstellungswechsel im Kontext etwaiger Frauenfeindlichkeit erzielt werden.[84]

6. Das nordische Modell im internationalen Vergleich

Das nordische Modell findet in mehreren Ländern bereits Anwendung. Dazu zählen Schweden, Norwegen, Island, Irland, Kanada, Nordirland, Frankreich und Israel.[85] Für eine vergleichende internationale Betrachtung wird nachfolgend beispielhaft die Umsetzung in Schweden, Frankreich und (Nord)Irland näher beleuchtet.

a) Schweden

Schweden war 1999 das erste Land, welches das Modell der einseitigen Kriminalisierung umsetzte. Das Verbotsgesetz zum Kauf sexueller Dienstleistungen in Schweden normiert, dass die Person, die solche Dienstleistungen kauft, zu höchstens einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt wird.[86] Einem Bericht des Europäischen Parlaments im Jahre 2014 zufolge wurde die Einführung des nordischen Modells als wirksamste Methode zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung betrachtet.[87] Beleg dafür soll insbesondere sein, dass die jungen Menschen in Schweden das Modell zunehmend unterstützen und dadurch ein erster Mentalitätswandel erkennbar sei.[88] Eine Evaluierung der schwedischen Regierung zwischen 1999 und 2008 ergab, dass sich seit Einführung des Sexkaufverbotes die Straßenprostitution inlands um die Hälfte reduziert hat.[89] Eine weitere Studie der Stadtverwaltung Stockholm ergab allerdings auch, dass ein signifikanter Anstieg der Escortdienstleistungen im Internet verzeichnet werden konnte.[90] Es fehlt hier aber an einer vergleichbaren Datenlage zu der Situation vor Einführung des nordischen Modells, sodass eine umfassende Schlussziehung begrenzt ist. Insbesondere kann auch generell im Zuge der Digitalisierung ein Trend in Richtung Verlagerung der Prostitutionsangebote auf das Internet beobachtet werden.[91]

b) Frankreich

In Frankreich gilt das Verbot des Kaufs von sexuellen Dienstleistungen seit 2016. Die Sanktionierung des Sexkaufs ist im französischen Strafgesetzbuch in Artikel 611-1 verankert. Mit Einführung des nordischen Modells

81 Schaubild Bündnis Nordisches Modell.
82 Schaubild Bündnis Nordisches Modell.
83 vgl. CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 8.
84 Schaubild Bündnis Nordisches Modell.
85 CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 6.
86 Vgl. Kap. 6, § 11 des schwedischen Strafgesetzbuches.
87 Europäisches Parlament, Bericht über sexuelle Ausbeutung und Prostitution und deren Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter, 3.2.2014, Rn. 32.
88 Europäisches Parlament, Bericht über sexuelle Ausbeutung und Prostitution und deren Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter, 3.2.2014, Rn. 34.
89 Justizministerium Schweden, The Ban against the Purchase of Sexual Services, An evaluation 1999-2008, 2010, S. 7, online abrufbar unter: http://www.nätverketpris.se/DiverseTexter/TheBanAgainstThePurchaseOfSexualServices-AnEvaluation1999-2008.pdf (zuletzt abgerufen am 15.8.2024).
90 *Schüchel,* Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland, S. 401.
91 vgl. *Dückers,* Jedes Verbot ist ein heimliches Gebot, Deutschlandfunk, 6.4.2014, online abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/prostitution-jedes-verbotist-ein-heimliches-gebot-100.html (zuletzt abgerufen am 27.3.2024).

drohen Freiern Geldbußen von bis zu 1500€ bzw. im Wiederholungsfall bis zu 3000€.[92] Aufschluss über die möglichen Erfolge in Frankreich liefert die Arbeit von *Gaudy* und *Le Bail*, welche drei Evaluationsberichte zum französischen Prostitutionsgesetz auswerteten und die Ergebnisse gebündelt festhalten. Das abschließende Resultat ihrer Arbeit ist, dass die Umsetzung des Gesetzes in Frankreich mangelhaft sei: Es fehle an interministerieller Zusammenarbeit und Koordination, Schulung von Strafverfolgungsorganen und Justiz sowie einer zufriedenstellenden Umsetzung der geplanten Ausstiegsprogramme.[93] Trotz legitimer Ziele in der Theorie scheitert es in der praktischen Umsetzung in Frankreich vor allem an der Finanzierung.[94] Französischen Medienberichten zufolge erfolgt die Prostitution in Frankreich ebenso vermehrt – insbesondere bei jungen Frauen – nun über soziale Netzwerke.[95] Diese Verlagerung der klassischen Straßenszenerie in die Grenzenlosigkeit des Internets wirft nicht nur weitere grundlegende Fragen zur Konturierung von Täter und Opfer auf, sondern stellt das Modell fast gänzlich auf einen zeitgemäßen Prüfstand.

c) (Nord)Irland

In Irland gilt mit Einführung des Criminal Law (Sexual Offences) Act 2017 ebenfalls ein Sexkaufverbot. Teil 4 des Gesetzes umfasst dabei thematisch die Inanspruchnahme sexueller Dienstleistungen, während der Rest des Gesetzes sich mit diversen sexualbezogenen Delikten, wie Belästigung und Kinderpornographie befasst. In Nordirland wurde das Verbot bereits zwei Jahre früher im Jahre 2015 eingeführt. Die Queen's University Belfast hat in der Folge eine umfassende Studie durchgeführt, um die tatsächlichen Auswirkungen des Prostitutionsverbotes nachhaltig festhalten zu können.[96] Das Resümee ergab zum einen eine parallel steigende Verzeichnung von Gewalt an den Prostituierten und zum anderen ein erhöhtes Aufkommen an Geschlechtskrankheiten durch vermehrten ungeschützten Geschlechtsverkehr.[97] Anders als die in Schweden registrierten Ergebnisse, konnten hier Daten vor und nach Einführung des Verbotes verwertet werden, wodurch ein realistisches Bild über die tatsächlichen Folgen abgezeichnet werden kann.[98]

7. Zwischenergebnis

Das nordische Modell trägt seinen Namen aufgrund der Entstehungsgeschichte im schwedischen Raum, findet seitdem jedoch in vielen weiteren Ländern Zustimmung und Anwendung. Der Kernaspekt des nordischen Modells ist die einseitige Kriminalisierung der Freier mit gleichzeitiger Entkriminalisierung der Prostituierten. Verstärkte Aufklärung und Fachberatung geraten innerhalb des Modells etwas in den Hintergrund, sind aber ebenso tragende Bestandteile der vollumfänglichen Einführung des Modells und bestärken die Idee der einseitigen Kriminalisierung grundlegend.

92 Art. 131-13 code pénal français.
93 *Gaudy/Le Bail,* Corporate Summary of Evaluation Reports on France's 2016 Prostitution Act, 2020, S. 35.
94 *Gaudy/Le Bail,* Corporate Summary of Evaluation Reports on France's 2016 Prostitution Act, 2020, S. 35, 36.
95 vgl. *Loaëc*, Prostitution des mineurs, TF1Info, 15.11.2021, online abrufbar unter: https://www.tf1info.fr/societe/prostitution-des- mineurs-les-reseaux-sociaux-jouent-a-peu-pres-a-tous-les-niveaux-interview-acpe-berengere-wallaert-2201963.html (zuletzt abgerufen am 27.4.2024).
96 *Platt et al.,* Associations between sex work law and sex workers's health, 2018.
97 *Platt et al.,* Associations between sex work law and sex workers's health, S. 9.
98 Deutsches Institut für Menschenrechte, Prostitution und Sexkaufverbot, S. 5.

IV. Das nordische Modell als gangbarer Weg in Deutschland?

Nachdem die aktuelle Situation der Prostitution in Deutschland im Verhältnis zu der internationalen Anwendung des nordischen Modells dargestellt wurde, drängt sich die Frage auf, ob dieses Modell auch hierzulande sinnvoll wäre. Diese Frage ist Teil der aktuellen Debatten der Bundesregierung, losgelöst durch das Positionspapier der CDU/CSU-Fraktion im November letzten Jahres. Die verschiedenen Parteien nehmen dabei höchst unterschiedliche Positionen ein. Auch die Literatur und Kritikerstimmen verschließen sich nicht vor einer Diskussion, sodass es eine Vielzahl an Argumenten gibt, die sowohl für als auch gegen die Einführung des Modells hierzulande streiten.

1. Vorteile und Chancen des nordischen Modells in Deutschland

Das nordische Modell mit seinen eben dargestellten Dimensionen und im Kern der Kriminalisierung von Freiern hält einige Chancen bereit, die für eine Einführung des Konzeptes in Deutschland sprechen könnten.

a) Prostitution als Verstoß gegen die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Die Einführung des nordischen Modells könnte dazu dienen, die schützenswerten Grundrechte der Betroffenen zu wahren. Möglicherweise stellt die Prostitution nämlich einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG dar.[99] Sollte dies zutreffen, obliegt es dem Staat unverzüglich, die Verletzung durch staatliche Maßnahmen zu unterbinden.[100] Damit gebe es keine Möglichkeit mehr, sich als Prostituierte rechtswirksam für die Ausübung zu entscheiden.[101] Die Menschenwürde ist nach der *Objektformel* verletzt, wenn der Mensch zum Objekt, sprich zu einem bloßen Mittel, herabgewürdigt wird.[102] Im Fall der Prostitution könnte die Objektifizierung darin gesehen werden, dass der Mensch mit seinem Körper zu einer Ware degradiert wird,[103] was für die Betroffenen eine erhebliche psychische und emotionale Belastung bedeuten würde. Die enormen psychischen Folgen von Sexarbeit sind nicht zu unterschätzen. Prostituierte erleben regelmäßig Konflikte mit der Kundschaft, wie Gewalt und Missbrauch oder auch das Auseinandersetzen mit Polizeieinsätzen.[104] Nicht selten werden sie mit herabwürdigenden Wünschen konfrontiert und verbal oder sexuell belästigt und beschimpft.[105] Diese aufgeführten Schäden und Bedrohungen bekräftigen die Behauptung, die Prostitution sei mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbar.

Grundsätzlich kann jedoch nur ein Zwang hinsichtlich sexueller Handlungen einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG auslösen,[106] sodass dieses Verständnis des Menschenwürdebegriffs die Sphären der Freiwilligkeit und des Zwangs missachtet.[107] Verfechter dieser Ansicht sehen aber in keiner Form von Prostitution eine freiwillige Ausübung, mit der Begründung, niemand könne sich wirklich völlig freiwillig für Prostitution entscheiden.[108] Anhaltspunkte für eine solche fehlende echte Freiwilligkeit könnten sein, dass ein überproportional hoher Anteil der Pros-

99 Vgl. *Majer,* NJW 2018, 2294 (2294).
100 *Hillgruber,* in: BeckOK-GG, 57. Ed. (Stand: 15.1.2024), Art. 1 Rn. 7; *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (290).
101 *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).
102 *Herdegen,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. Aufl. (2024), Art. 1 Abs. 1 Rn. 36; *Hillgruber,* in: BeckOK-GG, Art. 1 Rn. 13.
103 Vgl. *Majer,* NJW 2018, 2294 (2294).
104 *Sonnenmoser*, Deutsches Ärzteblatt 2021, 448 (448).
105 *Sonnenmoser*, Deutsches Ärzteblatt 2021, 448 (449).
106 *Majer,* NJW 2018, 2294 (2294).
107 *Renzikowski,* in: MüKo-StGB, § 180a Rn. 20; *Killinger,* Das Prostituiertenschutzgesetz und sein Vollzug, Verfassungsblog, 24.10.2023.
108 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 174 Rn. 43.

tituierten Kindheitstraumata erlebt hat und sich – oft mit einem Migrationsstatus einhergehend – in starken wirtschaftlichen Notlagen befinden.[109] Erneut fehlt es hier aber an gesicherten empirischen Erkenntnissen. Insbesondere ist die Pauschalisierung aller Prostituierten sehr kritisch zu bewerten, da jede Lebenssituation eines Menschen und damit auch die Behandlung der Prostitutionsthematik einer individuellen Einzelfallbetrachtung bedarf. Entgegen dieser Annahmen könnte eine Verletzung der Menschenwürde auch in dem Verbot der Prostitution gesehen werden, etwa indem dem Individuum die Möglichkeit eigener Willensbestimmung und Entscheidungsfähigkeit abgesprochen und dadurch die Subjektqualität beeinträchtigt werde.[110] Es erscheint sinnwidrig, einem vermeintlichen Opfer den Schutz seiner Würde gegen dessen Willen aufzubürden,[111] da dies im Ergebnis der Unantastbarkeit der Menschenwürde zuwiderlaufen würde.[112] Das komplexe Problemgeflecht wird nicht dadurch gelöst, indem den Betroffenen suggeriert wird, sie bräuchten Schutz vor sich selbst und ihren Entscheidungen.[113] Gleiches gilt für das Verständnis, dass mithilfe des Strafrechts aufgetragen werden soll, welche Form der Selbstbestimmung würdevoll ist und welche gegen die Menschenwürde verstößt.[114] Zwar lässt sich nicht leugnen, dass Prostitution im Spannungsfeld zwischen freier Willensbestimmung und Machtmiss-brauch schwingt, allerdings kann vor diesem Hintergrund keine zwingende staatliche Schutzpflicht ausgelöst werden. Insbesondere fehlt es an verlässlichen empirischen Belegen, um das Verhältnis adäquat einordnen zu können.

b) Patriarchales Geschlechterverhältnis und Bewusstseinswechsel

Sexuelle Dienstleistungen werden ganz überwiegend von Frauen angeboten und von Männern in Anspruch genommen,[115] sodass sich die Frage aufwirft, inwieweit Prostitution in Anbetracht von Geschlechtergleichbehandlung überhaupt zulässig sein kann. Für die Einführung des Sexkaufsverbots könnte sprechen, dass Prostitution gedeutet werden kann als Anspruch des Mannes über die Frau und ihren Körper, getragen von Macht, Dominanz und Herrschaft.[116] Auch werden asymmetrische Herrschaftsstrukturen durch das patriarchale Verständnis und die einseitige Bedürfnisbefriedigung konstatiert.[117] Das Institut der Prostitution ist geeignet, den Eindruck ständiger Verfügbarkeit des weiblichen Körpers zu vermitteln, zentriert auf den sexuellen Bedürfnissen des männlichen Geschlechts.[118] Diese Grundidee führt durch die misogyne Verschiebung der Verhältnisse zulasten von Frauen zu einem enormen Schaden für die Gesellschaft, in Form weitreichender Konsequenzen für das Verständnis der Geschlechter.[119] Ziel des nordischen Modells ist es daher, einen Bewusstseinswechsel zu erzielen, getragen von dem Leitgedanken, Frauen seien als menschliche Wesen nicht käuflich.[120]

Die Dynamik der Prostitution ist in diversen Lebensbereichen ersichtlich und insbesondere darauf zurückzuführen, dass Frauen häufiger als Männer wirtschaftlich benachteiligt sind.[121] Dieser Tatsache liegen teils strukturelle Ursachen zugrunde.[122] Frauen haben oftmals Defizite im Zugang zu Bildung und damit einhergehenden Karrierech-

[109] *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (290).
[110] *Hillgruber,* in: BeckOK-GG, Art. 1 Rn. 13; *Marcks/Heß,* in: Landmann/Rohmer, GeWo, § 14 Rn. 15a; *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (290).
[111] *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (290).
[112] *Antoni,* in: Hömig/Wolff, GG, 13. Aufl. (2022), Art. 1 Rn. 4.
[113] *Antoni,* in: Hömig/Wolff, GG, Art. 1 Rn. 4; *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (290).
[114] *Harrer*, KriPoZ 2021, 287 (290).
[115] Vgl. *Fennert,* DPM 2023, 97 (99); *Drobnik,* in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, S. 145, 188.
[116] *Killinger,* Das Prostituiertenschutzgesetz und sein Vollzug, Verfassungsblog, 24.10.2023.
[117] *Ziermann,* KJ 2022, 108 (110).
[118] *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023.
[119] Vgl. *Grenz*, Femina Politica 2018, 101 (101).
[120] Vgl. *Majer,* NJW 2018, 2294 (2294).
[121] Vgl. *WEF*, Global Gender Gap Report, Juni 2023, S. 5.
[122] *Grenz*, Femina Politica 2018, 101 (101).

ancen; dies gilt insbesondere für Migrantinnen, die in ihren Heimatländern teils schlechtere Bildungsmöglichkeiten haben.[123] Ein Verbot der Prostitution könnte dazu führen, dass Frauen ermutigt werden, alternative Beschäftigungsmöglichkeiten zu suchen und gesamtheitlich vor einer Entwürdigung und Ausbeutung aufgrund ökonomischer Notwendigkeit geschützt werden.[124] Ferner kann durch die staatliche Intervention der Appell gesetzt werden, dass ein solches Machtgefälle in einer demokratischen und gleichberechtigten Gesellschaft nicht toleriert wird.[125] Ein solcher Schritt seitens des Gesetzgebers könnte dazu beitragen, das Bewusstsein der Bevölkerung für diese Ungleichheit zu schärfen, indem die Verpönung der Inanspruchnahme des weiblichen Körpers hervorgehoben wird und dadurch die Grundlage für einen nachhaltigen Mentalitätswandel geschaffen wird. Dies bildet ein wichtiges Argument im Rahmen des nordischen Modells.

c) Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution

Ziel des nordischen Modells ist eine verstärkte Bekämpfung des Menschenhandels. Die Schwelle zum Zwang muss dabei zunächst überschritten sein, um eine staatliche Intervention zu veranlassen, allerdings stellt diese Unterscheidung von freiwillig ausgeübter zu erzwungener Prostitution die Strafverfolgungsbehörden vor immense Nachweisprobleme.[126] Somit sind die Grenzen zwischen Legalität und Illegalität unklar und führen zu einem erschwerten Eingreifen. In der Praxis sei häufig nicht eindeutig erkennbar, ob eine Zwangslage oder vollständige Freiwilligkeit vorliege.[127] Wenn keine Ausgestaltung der Prostitution rechtlich erlaubt ist, kann allerdings jederzeit eingegriffen werden. Gerade durch die Kriminalisierung von Freiern könne auch der Menschenhandel und die Zwangsprostitution in Gänze gezielter verfolgt werden.[128] Durch die Kriminalisierung jeder Form der Prostitution werden potentielle Freier abgeschreckt und damit gleichsam die wirtschaftlichen Anreize für den Menschenhandel insgesamt reduziert.[129] Das nordische Modell bietet in dieser Hinsicht also eine große Chance, um den Betroffenen mehr staatlichen Schutz zu gewährleisten.

d) Verbesserte Ausstiegschancen für Prostituierte

Neben der Entkriminalisierung von Prostituierten und der Kriminalisierung von Freiern befasst sich das nordische Modell außerdem mit einem vereinfachten Ausstieg für die Betroffenen. Die Diakonie, der soziale Dienst der evangelischen Kirche, unterstützt dieses Konzept. Seit vielen Jahren ist sie Teil einer umfassenden Beratungsstruktur für Menschen in der Sexarbeit.[130] Die Fachberatung für Prostituierte benötigt laut eigener Aussage einen massiven Ausbau, da die Fachberatungsstellen oft stark unterfinanziert seien oder es gänzlich an Anlaufstellen mangele.[131] Im Jahr 2021 förderte das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend bereits fünf Modellprojekte für die Umstiegsberatung von Menschen in der Prostitution mit mehreren Millionen Euro.[132] Die betroffenen Personen erhalten dort individuelle Beratung durch berufliche Qualifizierungsmaßnahmen oder die Vermittlung situationsbedingter Hilfen, um den Einstieg in den regulären Arbeitsmarkt zu ermöglichen.[133] Dies

123 Vgl. *Fleischer*, Literaturstudie zu Frauenbewegungen und -forschung in Osteuropa, 2016, S. 14, 18.
124 *Grenz*, Femina Politica 2018, 101 (107).
125 Vgl. *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023.
126 *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).
127 *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023; *Fennert,* DPM 2023, 97 (102).
128 *Ziermann,* KJ 2022, 108 (109); *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).
129 *Cho/Dreher/Neumayer*, World Development 2013, 67 (76); *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023.
130 Diakonie, Warum sich die Diakonie Deutschland gegen ein Sexkaufverbot einsetzt, 23.3.2021, S. 9, online abrufbar unter: https://www.diakonie-wissen.de/documents/9605586/15763515/AufDenPunktgebracht+-+Sexkaufverbot%2C+2021.pdf/86291d36-be4f-43a5-849b-e09959d9ca33?version=1.0 (zuletzt abgerufen am 13.4.2024).
131 Diakonie, Warum sich die Diakonie Deutschland gegen ein Sexkaufverbot einsetzt, 23.3.2021, S. 9; *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (76).
132 BMFSFJ, Meldung vom 29.7.2021, online abrufbar unter: https://www.bmfsfj.de/ bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/menschen-in-der-prostitution-beim-umstieg-beraten-und-begleiten-184464 (zuletzt abgerufen am 19.3.2024).
133 BMFSFJ, Meldung vom 29.7.2021.

ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, jedoch bedarf es einer noch breiteren Aufstellung. Ebenso erfordert es die Schaffung von Perspektiven für die Prostituierten, damit sie ihre Qualifikationen aus den Heimatländern für den Arbeitsmarkt nutzen können. Dazu gehören auch Sprach- und Integrationskurse sowie die Zurverfügungstellung von Wohnraum.[134] Allerdings ist auch die Bekämpfung struktureller Ursachen von grundlegender Bedeutung, da insbesondere Gründe wie beispielsweise Armut dafür sorgen, dass Menschen in die Prostitution geraten und auch nicht mehr eigenständig den Ausweg aus der Branche finden.[135] Die derzeitige Fachberatung in diesem Bereich ist in Deutschland mehr als mangelhaft. Verstärkte Ausstiegshilfen, angestoßen durch das nordische Modell, bilden mithin eine gewichtige Chance für Deutschland und den Schutz der hier lebenden und arbeitenden Prostituierten.

e) Tiefergehende Aufklärungsangebote

Eine weitere Chance des nordischen Modells ist die Komponente der vertieften Aufklärung und Prävention. Eine umfassende Sexualbildung mit einem Schwerpunkt auf Prävention von Geschlechtskrankheiten, Schutz vor Partnerschaftsgewalt und Stärkung der Selbstbestimmung sei essentiell für die Moralentwicklung.[136] Dadurch könne auch auf Nachfrageseite mehr Wert auf wechselseitige Souveränität, Würde und Anerkennung gelegt werden.[137] Die CDU/CSU-Fraktion plant hierzu beispielsweise eine bundesweite, multimediale Kampagne, die sich gegen die frauenfeindlichen Einstellungen der Freier richtet und für die einhergehenden Missstände sensibilisiert[138]. Aufklärung ist ein wesentlicher Bestandteil für einen langfristigen Bewusstseinswechsel. Gesellschaftliche Normen müssen nicht nur existieren, sondern auch reflektiert und diskutiert werden, sodass sie auch wirklich verinnerlicht werden können.[139]

f) Zwischenergebnis

Das nordische Modell bietet eine Vielzahl von Chancen für Deutschland. Dazu gehören insbesondere die Stärkung der Ausstiegsmöglichkeiten und die Vertiefung der Aufklärungsstrukturen, da die derzeitige Lage in Deutschland in dieser Hinsicht deutlich ausbaufähig ist. Außerdem liegt der Schwerpunkt des Sexkaufverbots auf der Bekämpfung von Geschlechterungleichheiten zwischen Mann und Frau, losgelöst durch die Machtgefälle innerhalb der Prostitution. Auch hier kann das nordische Modell die richtigen Akzente setzen und den Bewusstseinswechsel der Bevölkerung diesbezüglich fördern.

2. Nachteile und Risiken des nordischen Modells in Deutschland

Das nordische Modell bringt jedoch auch eine Vielzahl von Risiken mit sich, die einer Einführung in Deutschland entgegenstehen könnten und in der Debatte um eine mögliche Einführung zu berücksichtigen sein müssen.

a) Verletzung von Grundrechten

Möglicherweise könnte das nordische Modell bei einer Umsetzung in Deutschland zu einem Konflikt mit kollidierenden Grundrechten führen. Dabei kommen insbesondere die Berufsfreiheit und die Freiheit der Selbstbestimmung der Prostituierten in Betracht.

---

134 *Haaser*, Stadtrevue 2024, 30 (35).
135 *Grenz*, Femina Politica 2018, 101 (107); *Thie*, in: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Fachlexikon Soziale Arbeit, Prostitution.
136 *Engelmohr/Franke/Kolbe*, Positionspapier zum Gleichstellungsmodell 2022, S. 12.
137 *Ziermann,* KJ 2022, 108 (114).
138 CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 8.
139 *Mende/Möllers*, Leviathan 2021, 577 (591).

aa) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Zu befürchten wäre zunächst eine Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der Beruf ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.[140] Dem *Europäischen Gerichtshof* zufolge ist die Prostitution einer Gleichbehandlung aller legalen Erwerbstätigkeiten ausgesetzt, sodass sie ebenso unter den Begriff der Erwerbstätigkeiten fällt und einen Teil des gemeinschaftlichen Wirtschaftslebens darstellt.[141] Die Kriminalisierung der Nachfrageseite würde faktisch zu einem Berufsverbot für Prostituierte führen.[142] Ein solches Berufsverbot wäre verfassungsrechtlich lediglich zulässig zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter, welche der Berufsfreiheit des Einzelnen vorgehen.[143] Diese Begründung zur Notwendigkeit der Schutzbedürftigkeit wäre allerdings nach dem derzeitigen empirischen Kenntnisstand zu Menschenhandel und Zwangsprostitution in Deutschland kaum möglich.[144] Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung und damit eine abweichende rechtliche Bewertung der Situation, müsste demzufolge erst dann erfolgen, wenn es verlässliche Statistiken oder Studien zum Anteil von Zwangsprostitution und Menschenhandel im Vergleich zur freiwillig ausgeübten Prostitution gebe, sodass eine Abwägung der Grundrechte aktuell noch zugunsten der Berufsfreiheit von Prostituierten ausfallen würde.

bb) Selbstbestimmungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Das Grundgesetz schützt ferner die freie Selbstbestimmung des Einzelnen, einschließlich der sexuellen Selbstbestimmung als Ausprägungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.[145] Dem nordischen Modell zugrundelegend wird jedoch verkannt, dass es auch Menschen gibt, die tatsächlich freiwillig sexuelle Dienste gegen Entgelt leisten wollen. Im Ergebnis stünde ein Verbot dem emanzipatorischen Verständnis einer freien und selbstbestimmten Lebensweise entgegen.[146] Es sei daher verfehlt, Prostituierte dadurch zu diskriminieren, indem jegliche Form der Prostitution staatlich verboten wird, statt Zwangsprostitution intensiver als bisher zu verfolgen.[147] Staatliche Maßnahmen, die die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigen, wie es beispielhaft die Strafgesetze nach §§ 174 ff. StGB tun, können auf Grundlage des staatlichen Schutzgebotes allerdings dann gerechtfertigt sein, wenn andere Menschen dadurch signifikant geschützt werden.[148] Doch auch diese Strafvorschriften wurden 2016 reformiert, damit der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung besser ausgestaltet werden kann und nicht mehr dem obsoleten und traditionalistischen Verständnis von Sexualität folgt, welches das Ausleben von Sexualität deutlich zurückhaltender bewertete.[149] Auch wenn die Fälle der Zwangsprostitution und des Menschenhandel zunehmen,[150] kann daraus nicht im Umkehrschluss die Annahme gänzlich fehlender Freiwilligkeit geschlussfolgert werden. Diverse Auskünfte von Selbsthilfeorganisationen deuten darauf hin, dass ein bedeutsamer Teil der Prostituierten ohne Druck und Zwang anderer in das Gewerbe einsteigen[151] und freiwillig mithilfe von sexuellen Dienstleistungen ihren Lebensunterhalt bestreiten.[152] Diese Gruppe darf bei dem Diskurs eines vollständigen Sexkaufverbots nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, besonders vor dem Hintergrund der

140 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 12 Rn. 6.
141 *EuGH*, Urt. v. 20.11.2001, Rs C-268/99, Rn. 33, 49, 51.
142 *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023.
143 *Remmert,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 158.
144 *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023.
145 *Di Fabio,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 200.
146 *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (149); vgl. auch: *Ziermann,* KJ 2022, 108 (112).
147 *Rautenberg*, NJW 2002, 650 (652).
148 *Di Fabio,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 202.
149 *Hörnle,* NStZ 2017, 13 (13); *Harrer*, Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen, Verfassungsblog, 17.11.2023.
150 BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 2.
151 *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (149).
152 *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 (13); *Sonnenmoser*, Deutsches Ärzteblatt 2021, 448 (448).

verfassungsrechtlichen Wichtigkeit des Selbstbestimmungsrechts. Aufgrund der derzeit noch unzureichend empirisch gesicherten Erkenntnisse hinsichtlich der Verteilung von freiwilliger und zwanghafter Prostitution, kann die Einführung des nordischen Modells folglich nicht ohne signifikante Grundrechtseinbußen zulasten der Prostituierten eingeführt werden.

b) Wegfall der Existenzgrundlage

Eine weitere Gefahr stellt der mögliche Wegfall der Existenzgrundlage vieler Prostituierte dar. Erste Anzeichen dafür lieferte die Coronapandemie im Frühjahr 2020, indem durch Betriebsschließungen und Beschäftigungsverbote faktisch ähnliche Zustände wie bei einem strafrechtlichen Prostitutionsverbot herrschten.[153] Staatlich geführte Hilfetelefone gegen Gewalt an Frauen berichteten von äußerst prekären finanziellen Zuständen, die durch diese Schließung hervorgerufen wurden: Viele Betroffene sahen sich gezwungen, die Verbote mithilfe von Anwerbung von Freiern über das Internet zu umgehen, um ihren notwendigen Lebensunterhalt verdienen zu können.[154] Andere sahen allein die Rückkehr in ihre Heimatländer als Ausweg aus der Notlage.[155] Die starke Vermutung liegt daher nahe, dass eine langfristige Umsetzung des nordischen Modells zu massiven finanziellen Einbußen für die Betroffenen führen würde.

c) Zweifel in strafrechtlicher Umsetzung

Das nordische Modell wirft bei genauerer Betrachtung außerdem einige strafrechtliche Probleme auf. Im Falle einer etwaigen fehlenden Bezahlung würden sich Prostituierte bei Drohung mit einer Anzeige in die Gefahr eines Strafverfahrens wegen Erpressung nach § 253 StGB bringen, mangels fehlenden rechtlichen Anspruchs auf die Geldzahlung.[156] Schließlich würde durch die Einführung der Kriminalisierung das Recht auf einen einklagbaren Lohnanspruch aus dem ProstG entfallen. Auch das Annehmen und Erlangen des Geldes könnte strafrechtliche Konsequenzen in Form von Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB nach sich ziehen.[157] Ferner könnte eine Betrugsstrafbarkeit vorliegen, wenn die Prostituierte Vorkasse verlangt und sich im Anschluss weigert, die vereinbarte Leistung zu erbringen.[158] Allerdings würde den Freier aufgrund der Nichtigkeit des Geschäfts keinen Betrugsvorwurf treffen.[159] Um dies zu vermeiden, müsste ein separates Regelungsmodell entwickelt werden, welches im Einzelfall die allgemeinen strafrechtlichen Regulierungen ablöst, was wiederum dem allgemeinen Rechtsgedanken des etablierten deutschen Strafrechts massiv entgegenstehen würde.[160] Das nordische Modell greift dadurch deutlich zu kurz, da die Entkriminalisierung bei nur einer der beiden betroffenen Parteien zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt. Die Anpassung des gesamten allgemeinen Strafrechts kann keinesfalls intendiert sein und würde den Rahmen der Forderungen hinsichtlich des verstärkten Prostitutionsschutzes erheblich sprengen.

d) Stigmatisierung und Ausgrenzung

Der Kauf von sexuellen Dienstleistungen gilt in der Gesellschaft überwiegend als oberflächlich, unmoralisch, zweitklassig, unzüchtig oder gar als abweichendes Verhalten.[161] Prostituierten werde überdies häufig durch die

153 Vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 2 CoronaSchVO NRW in der Fassung ab 20.6.2020.
154 BAFZA, Meldung v. 30.6.2021, online abrufbar unter: https://www.hilfetelefon.de/ aktuelles/wie-die-prekaere-lage-der-prostituierten-in-der-covid-19-pandemie-zu-gewalt-und-ausbeutung-fuehrt.html (zuletzt abgerufen am 23.3.2024).
155 *Haaser*, Stadtrevue 2024, 30 (32).
156 *Heger*, ZRP 2024, 11 (12).
157 *Heger*, ZRP 2024, 11 (12).
158 *BGH*, Urt. v. 2.2.2016 - 1 StR 435/15 Rn. 23; *Heger*, ZRP 2024, 11 (12).
159 *Heger*, ZRP 2024, 11 (12).
160 *Heger*, ZRP 2024, 11 (12).
161 *Schwer,* Die strafrechtlichen Regelungen der Prostitution, 2022, S. 38.

breite Öffentlichkeit unterstellt, stets in Verbindung zu krimineller Aktivität, Zwang oder Gewalt zu stehen.[162] Die Kriminalisierung des Sexkaufs könnte daraufhin einen falschen Appell darstellen und die Prostitution noch mehr stigmatisieren, indem ihr zusätzlich das „Etikett"[163] des strafrechtlichen Verbots aufgesetzt wird. Diese Etikettierung führt anschließend unter Umständen zu dem genau gegenteiligen Verhalten: Prostitution wird nicht verhindert, sondern verstärkt, da die Betroffenen sich vermehrt von der Gesellschaft abwenden und Zuflucht in genau dem als abweichend definierten Verhalten suchen.[164] Dieses, in der Kriminologie als *sekundäre Devianz* bezeichnete, Phänomen führt zu der steigenden Gefahr, dass die Betroffenen die Rollenzuweisung in ihr Selbstbild übernehmen und sich demgemäß definieren.[165] Bei der einseitigen Freierstrafbarkeit sei außerdem noch als weitere Begleitfolge zu bedenken, dass es beispielsweise verboten wäre von den Einkünften der Prostitution zu profitieren, sodass Prostituierte nicht in der Läge wären mit anderen Menschen einen gemeinsamen Haushalt und gemeinsame Lebenshaltungskosten zu führen.[166] All diese Hürden führen zu einer nachhaltigen Stigmatisierung und Ausgrenzung von Prostituierten, sodass ihnen hier nicht mehr Schutz zugesprochen wird, sondern im Gegenteil die einseitige Kriminalisierung zu einer Beeinträchtigung der Lebenssituation von Prostituierten führt.

e) Verschiebung ins Dunkelfeld und erschwerte Prävention

Eine der größten Gefahren des nordischen Modells ist die Verschiebung der Prostitution in das Dunkelfeld. Länder, die das Modell bereits eingeführt haben, verzeichnen zwar einen massiven Rückgang der Straßenprostitution,[167] allerdings ist dadurch die Prostitution nicht gänzlich entfallen, sondern wurde beispielsweise ins Internet verlagert.[168] Im Dunkelfeld mangele es jedoch an sozialhygienischer Betreuung, therapeutischer Hilfe, Beratungsstellen sowie sozialer, fiskalischer und politischer Kontrolle.[169] Weitere Befürchtungen seien auch das sog. Preisdumping oder ein signifikanter Anstieg gewalttätiger Übergriffe.[170] Es reicht ein Rückblick auf die vorherrschenden Zustände hierzulande während der Coronapandemie, um sich die Folgen des Sexkaufverbots zu verdeutlichen: Sowohl bei der Straßenprostitution als auch im Rahmen der Verlagerung des Angebots an bezahlten Sex im Internet wurde ein Anstieg an Gewalt verzeichnet und die Betroffenen gerieten an eben die Freier, die die Zwangslagen aktiv ausnutzten.[171] Der bereits beobachtete Trend der Verlagerung in das Internet wurde auch durch die coronabedingten Verbote deutlich.[172]

Folgeproblem ist eine daraus resultierende erschwerte Kriminalprävention. Die staatlichen Bemühungen zur Verhinderung von Straftaten werden erheblich erschwert, je weniger das Geschehen sichtbar ist.[173] Das Phänomen von solchen Verdrängungseffekten sind im Falle diverser Kriminalpräventionsmaßnahmen ersichtlich, indem sich die Kriminalität bei entsprechenden Maßnahmen lediglich auf eine andere Örtlichkeit verlagert.[174] Ein Beispiel dafür liefert auch die Beobachtung im Rahmen von Diebstahlsangriffen mit Sprengstoff auf Geldautomaten. Dabei ist in Deutschland ein erheblicher Zuwachs von Tatverdächtigen mit niederländischer Staatsangehörigkeit aufge-

162 *Schwer,* Die strafrechtlichen Regelungen der Prostitution, 2022, S. 39.
163 Vgl. *Neubacher,* Kriminologie, S. 119 Rn. 1.
164 *Neubacher,* Kriminologie, S. 122 Rn. 9.
165 *Neubacher,* Kriminologie, S. 122 Rn. 9.
166 *Nehls,* Die Freier wollen trotzdem Sex, Deutschlandfunk, 20.3.2021, online abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/prostitution-in-coronazeiten-die-freier-wollen-trotzdem-sex-100.html (zuletzt abgerufen am 27.3.2024).
167 Justizministerium Schweden, The Ban against the Purchase of Sexual Services, S. 7.
168 *Wesel,* NJW 1999, 2865 (2866); *Schüchel,* Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland, S. 401.
169 *Ziermann,* KJ 2022, 108 (113).
170 *Ziermann,* KJ 2022, 108 (115).
171 BAFZA, Meldung v. 30.6.2021.
172 *Haaser*, Stadtrevue 2024, 30 (32).
173 *Neubacher,* Kriminologie, S. 148 Rn. 1.
174 *Neubacher,* Kriminologie, S. 154 Rn. 11.

fallen, da der erhöhte Srafverfolgungsdruck durch die niederländischen Behörden und die verstärkten Präventionsmaßnahmen niederländischer Finanzinstitute einen solchen Verdrängungseffekt bewirkt zu haben scheinen.[175] Eine ähnliche Beobachtung könnte möglicherweise bei Einführung des Verbotes in Deutschland samt verstärkten Strafverfolgungsdrucks auftreten. Gerade diese Beobachtungen führen zu der starken Annahme, dass ein Sexkaufverbot lediglich eine Verlagerung des Problems mit defizitären Folgen darstellen würde.

f) Ressourcenverschwendung der Justiz

In der Theorie hilft das nordische Modell der Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution ab. Die Realisierung könnte jedoch auf die Grenzen der justiziellen Ressourcen stoßen. Die Knappheit der Ressourcen in Deutschland fällt in mehreren Bereichen von Justiz und Strafverfolgungsorganen auf. Laut dem Deutschen Richterbund sind derzeit etwa 850.000 Fälle offen.[176] In Nordrhein-Westfalen gab es allein im Jahr 2023 fast 230.000 unerledigte Ermittlungsverfahren auf den Schreibtischen der Staatsanwaltschaft, was einen Zuwachs von 34% binnen zwei Jahren darstellt.[177] Es könnte sich somit als effektiver darstellen, die Strafverfolgung und deren Ressourcen auf die Bekämpfung von Zwangsprostitution und Menschenhandel zu fokussieren.[178] Durch die Einführung des nordischen Modells geraten diese Straftatbestände allerdings zumindest teilweise in den Hintergrund,[179] da die Justiz sich zusätzlich mit der Prostitution im Rahmen der Bagatellstrafbarkeit beschäftigen muss. Wie auch bereits die Einführung des ProstSchG führe es lediglich zu einer besseren Strukturierung von Prostitution als Wirtschaftsmaterie, nicht aber nimmt es die Betroffenen in den Fokus, die unfreiwillig in das Milieu hineingeraten sind.[180] Die Einführung der Strafbarkeit jeder Art von Prostitution würde für die Bekämpfung schwerer Delikte wie dem Menschenhandel keinen Nutzen bringen, da der Zulauf an Fällen auch zu Lasten dieser schweren Fälle führen würde.[181] Die ohnehin knappen Justizressourcen müssen daher sorgfältig geplant und dürfen nicht fehlgesteuert werden. Die Einführung der zusätzlichen Strafbarkeit scheint in Deutschland daher mit den vorhandenen Mitteln nicht hinreichend umsetzbar.

g) Ansteigende Gesundheitsrisiken

Die Einführung des Sexkaufverbots könnte außerdem zu einem ansteigenden Gesundheitsrisiko der Betroffenen führen. In § 32 Abs. 1 ProstSchG ist die Kondompflicht geregelt, wodurch bei einem Verbot legaler Prostitution und einem möglichen Verlagern in das Dunkelfeld auch parallel das Risiko auf ungeschützten Sexualverkehr und damit einhergehenden Geschlechtskrankheiten ansteige.[182] Dem nordischen Modell kritisch gegenüber steht daher auch die Deutsche Aidshilfe. Sie äußert sich dahingehend, dass die Verdrängung in das Dunkelfeld dazu führe, dass Präventions- und Hilfsangebote, so auch die Gesundheitsversorgung, nicht mehr so einfach in Anspruch genommen werden können.[183] Dies untermauert auch die bevölkerungsrepräsentative Studie „Gesundheit und Sexualität in Deutschland", welche zwischen 2018 und 2019 rund 2400 Männer aus Deutschland persönlich befragte.[184]

[175] BKA, Bundeslagebild 2022 Angriffe auf Geldautomaten, S. 9.
[176] Vgl. LTO, 30 Prozent mehr offene Ermittlungsverfahren in zwei Jahren, 2.10.2023, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/sta-staatsanwaltschaft-personalmangel-akten-verfahren-ermittlungsverfahren/ (zuletzt abgerufen am 24.3.2024).
[177] Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage vom 08.11.2023, LT-Drs. 18/7392.
[178] *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (77).
[179] *Weiß/Höfer,* NJOZ 2021, 1473 (1473).
[180] *Weiß/Höfer,* NJOZ 2021, 1473 (1473).
[181] *Killinger,* Das Prostituiertenschutzgesetz und sein Vollzug, Verfassungsblog, 24.10.2023.
[182] *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 (150).
[183] Deutsche Aidshilfe, Pressemitteilung, Die Fachwelt warnt vor einem Sexkaufverbot, 21.11.2019, online abrufbar unter: https://www.aidshilfe.de/meldung/fachwelt-warnt-sexkaufverbot (zuletzt abgerufen am 3.4.2024).
[184] *Döring et al.,* Deutsches Ärzteblatt 2022, 201 (201).

Im dortigen Fazit wird formuliert, dass die „aktuellen Befunde zeigen, dass Entkriminalisierung und Entstigmatisierung Voraussetzung dafür sind, dass Bezahlsex-Kunden sich offenbaren und damit dann Zugang zu passenden medizinischen Versorgungs- und Präventionsmaßnahmen erhalten".[185] Lediglich eine Offenheit für das Thema Geschlechtskrankheiten ermögliche es Betroffenen, ohne Angstgefühl die benötigte medizinische Versorgung in Anspruch zu nehmen.[186] Aus Fachsicht ist verstärktes Testen der einzige Weg, die Gesundheitsrisiken einzudämmen.[187] Zu den gleichen Ergebnissen kam auch die Studie aus Nordirland nach Einführung des nordischen Modells, welche einen Anstieg an Geschlechtskrankheiten verzeichnete.[188] Der Bereich der Aufklärung und Beratung im Rahmen des nordischen Modells ist daher auf Basis medizinischer Ergebnisse sehr zu begrüßen. Eine Kriminalisierung der Freier führt jedoch gegenteilige Effekte herbei und verstärkt erwiesenermaßen einen Rückgang bei der Inanspruchnahme medizinischer Hilfsangebote. Dies resultiert dann darin, dass Prostituierte einem höheren Risiko von Geschlechtskrankheiten ausgesetzt sind und der Zweck eines verstärkten Schutzes ihrerseits hier verfehlt wird.

h) Zwischenergebnis

Dem nordischen Modell liegen einige Risiken zugrunde. Zunächst kollidiert das Modell in doppelter Hinsicht mit den deutschen Regulierungen; sowohl verfassungs- als auch strafrechtlich scheint das Sexkaufverbot nicht hinreichend umsetzbar. Auch im Strafvollzug stößt das Modell an die Grenzen der deutschen Kapazitäten. Des Weiteren herrschen verheerende Risiken im sozialen und gesundheitlichen Bereich durch die Gefahr steigender Gewalt und Geschlechtskrankheiten oder der stark befürchteten Verschiebung in das Dunkelfeld. Dem allen liegt insbesondere die erhöhte Stigmatisierung, die mit dem Verbot einhergeht, zugrunde.

3. Abschließende Stellungnahme

Der Diskurs bezüglich des nordischen Modells und des Sexkaufverbots ist offenkundig von hoher Kontroverse geprägt. Zusätzlich erschwert die Debatte das Vermischen von Recht und Moral und das übergeordnete Ziel den Interessen der Prostituierten möglichst gerecht werden zu wollen, sodass die Vielzahl dieser sich widerstreitenden Aspekte in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.

a) Abwägung der Argumente für und gegen das nordische Modell

Es ist von entscheidender Bedeutung, die Aspekte der Unterdrückung und des Zwangs in der Prostitution angemessen zu berücksichtigen. Auch ist das patriarchale Geschlechterverständnis, welches insbesondere durch das Bild einer „käuflichen Frau" vermittelt wird, längst zeitlich überholt. Eine dringende Reformierung ist notwendig, um weitergehende Schäden im gesellschaftlichen Geschlechterverständnis zu vermeiden sowie den Menschenhandel langfristig zu bekämpfen.

Die Gefahr einer Verlagerung in das unerkannte Dunkelfeld mit weitergehenden Risiken und neuen Gefahren für die Betroffenen kann jedoch keine Lösung sein. Ein ersatzloser Wegfall der Existenzgrundlage, die zusätzliche Stigmatisierung und Ausgrenzung, steigende Gesundheitsrisiken und zunehmende Gewalt sind nur einige der unterschätzten Folgen, die mit der Einführung des nordischen Modells einhergehen.[189] Dabei handelt es sich nicht

[185] *Döring et al.,* Deutsches Ärzteblatt 2022, 201 (205); vgl. auch *Jäger,* MMW 2020, 8 (8).
[186] *Döring et al.,* Deutsches Ärzteblatt 2022, 201 (205).
[187] *Jäger,* MMW 2020, 8 (8).
[188] Siehe oben III. 6. c).
[189] Siehe oben IV. 2.

bloß um theoretische Befürchtungen, vielmehr zeigten die jüngst vorherrschenden Verbote der Prostitution während der Coronapandemie, dass gerade diese Schäden notwendige Begleiterscheinungen eines entsprechenden Sexkaufverbotes sind. Auch vermag es nicht zu überzeugen, wie das nordische Modell in der tatsächlichen Umsetzung juristisch funktionieren sollte. Die bestehenden Hürden lassen sich nur durch umfassende Reformierungen des Strafgesetzbuches überwinden. Dieser erhebliche kriminalpolitische Aufwand würde aber die Authentizität und Kredibilität des aktuellen Strafgesetzbuches grundlegend erschüttern. Angesichts der bereits bestehenden Ressourcenknappheiten und der begrenzten Kapazitäten von Polizei und Justiz ist es wichtiger, den Fokus auf die Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution zu legen. Es liegt in dem Bereich nach wie vor ein großes Dunkelfeld vor, sodass das Hervorheben in das behördlich kontrollierte Hellfeld oberste Priorität darstellen sollte.

Außerdem ist die Dynamik des Prostitutionsgewerbes im wandelnden Zeitalter der Digitalisierung nicht zu unterschätzen. Die Beobachtung, dass Prostitution sich in den letzten Jahren vermehrt in die Welten des Internets verlagerte,[190] stellt das Konzept vor gänzlich neue Herausforderungen. Gerade vor diesem Hintergrund muss die Gefahr der etwaigen Verschiebung in das Dunkelfeld noch verstärkter beachtet werden, als um die Jahrhundertwende herum in Schweden bei Einführung des Modells. Vor dem Hintergrund dieser Abwägung erscheint die Einführung des nordischen Modells in Deutschland die Schwächen des derzeitigen Regelungsapparats der Prostitution nicht aushebeln zu können. Die bestehenden deutschen Gesetze und Ressourcen sowie die gesellschaftliche Akzeptanz hierzulande legen keinen solchen Grundstein für die Einführung des nordischen Modells, der dem Ziel entsprechend angemessen erscheint. Zu groß ist das Risiko, als Gesetzgeber hier versehentlich kontraproduktiv zu agieren und den Betroffenen zu schaden, statt sie zu schützen.

b) Vorschläge für einen besseren Schutz von Prostituierten

Wird ein Sexkaufverbot nach dem Vorbild des schwedischen Modells abgelehnt, stellt sich weiter die Frage, wie ein weitreichender Schutz der Prostituierten in Deutschland alternativ erreicht werden könnte. Essentielle Kernelemente sind dabei die verstärkte Fachberatung, umfassende Aufklärung und die Stärkung des Strafvollzugs.

aa) Fachberatung

Die Opfer des Systems sollten im Mittelpunkt der Debatte stehen. Daher sind in der Praxis weitergehende Beratungsstellen für einen vereinfachten Ausstieg zwingend notwendig. Der auch in dem nordischen Modell repräsentierte Gedanke der Ausbreitung der Beratungsstellen für Prostituierte bildet einen wichtigen Denkanstoß. Die derzeitige Lage der Fachberatung in Deutschland ist dabei deutlich unzureichend.[191] Es bedarf einer umfangreichen finanziellen Bezuschussung von Bund und Ländern. Darüber hinaus müssen Fachkräfte aufgrund der hohen Sensibilität des Themas Sexualität und sexuelle Selbstbestimmung stets ausreichend geschult werden.[192] Dazu gehört auch eine enge Zusammenarbeit aller relevanten sozialen, rechtlichen und gesundheitlichen Beratungseinrichtungen. Auch könnte die Einbindung ehemaliger Prostituierter in diese Arbeit helfen, um ein verstärktes Vertrauensverhältnis zu den Betroffenen aufzubauen. Es ist wichtig, sich aktiv von stigmatisierenden Wirkungen zu entfernen, damit Betroffene den Weg zur Fachberatung auf sich nehmen. Neben der allgemeinen Ausstiegsberatung,

190 Siehe oben III. 6. a).
191 Siehe oben IV. 1. d).
192 Vgl. CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 9.

bedarf es auch vollumfänglicher Sozialberatung hinsichtlich der vorherrschenden Risiken innerhalb der Tätigkeit.[193]

bb) Aufklärungskampagnen

Ebenso wertvoll ist die Dimension der gesellschaftlichen Aufklärung, die im nordischen Modell Anklang gefunden hat. Eine derartige Geschlechterungleichheit, wie sie derzeit in der Realität von Prostituierten häufig vorherrscht, ist nicht mit dem aktuellen Verständnis der Gesellschaft vereinbar oder sollte es zumindest nicht sein. Eine flächendeckende Aufklärung in der Bevölkerung zur Sensibilisierung der Missstände in der Prostitution[194] und Entstigmatisierung des Milieus ist daher unerlässlich, um den intentionierten Bewusstseinswechsel nicht bloß in Form von Strafen und Verboten, sondern auch durch einen tatsächlichen gesellschaftlichen Bewusstseinswechsel zu erreichen. Ein wichtiger Anknüpfungspunkt könnte die Einbindung von Schulen sein.[195] Das Unterrichtskonzept „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern" des österreichischen Bundesministeriums für Unterricht, Kunst und Kultur bietet dabei erste Anhaltspunkte. Es enthält eine Vielzahl von Anregungen zur Umsetzung ab der weiterführenden Schule, um das Thema Geschlecht an die Lernenden heranzutragen. Neben dem Fokus auf Diversität, Individualisierung und Sprache, behandelt das Konzept ebenfalls dazugehörige Medienkompetenz und Gewaltprävention.[196] Ebenso könnten Social-Media-Kampagnen stärker ausgebaut werden, da dadurch ein sehr breites Zielpublikum erreicht werden kann. Dies hat außerdem den Vorteil, dass direkt im entsprechenden Kommentarfeld ein Austausch stattfinden kann und der Dialog zwischen verschiedenen Parteien gefördert wird. Gerade durch diese Art von Konfrontation mit dem Thema der Prostitution und der dadurch entstehenden Nahbarkeit, könnte eine eigenmächtigte Entstigmatisierung der nächsten Generationen erreicht werden. Ein aus der Gesellschaft herauswachsender Paradigmenwechsel, getragen von dem Leitgedanken der Gleichwertigkeit der Frau, würde dazu führen, die Nachfrage nach sexuellen Dienstleistungen zu reduzieren, ohne mit justiziellen Mitteln eingreifen zu müssen.

cc) Stärkung des Strafvollzugs

Eine wesentliche Baustelle in der derzeitigen Schutz- und Rechtslage in Deutschland ist außerdem die Effizienz der Strafverfolgung und des Strafvollzugs.[197] Die Investitionen müssen auch in den Vollzug eingesetzt werden, damit Menschenhandel und Zwangsprostitution nachhaltig verfolgt werden können. Die Studie aus Frankreich zeigte ferner, dass insbesondere eine Schwäche ist, dass das Vollzugspersonal unzureichend in dem Bereich geschult ist,[198] sodass hier auch mit entsprechenden Fortbildungen angesetzt werden muss. Durch gezielte Schulungen und Workshops könnte dieser Missstand behoben werden. Ferner ist für die Bekämpfung des Menschenhandels eine internationale Vernetzung unerlässlich, da der Menschenhandel häufig ein grenzüberschreitendes Problem darstellt.[199] Nur so kann der Strafvollzug in internationaler Zusammenarbeit gezielter und effektiver funktionieren. Dazu könnte auch zählen, den Opfer- und Zeugenschutz im Rahmen dieser Delikte effizienter auszubauen.[200]

193 *Renzikowski,* ZRP 2014, 75 (78).
194 CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 8.
195 CDU/CSU, Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden - Sexkauf bestrafen, Positionspapier, 7.11.2023, S. 8.
196 BMUK, Unterrichtsprinzip Erziehung zur Gleichstellung von Männern und Frauen, 3. Aufl. (2011).
197 Vgl. *Killinger,* Das Prostituiertenschutzgesetz und sein Vollzug, Verfassungsblog, 24.10.2023.
198 *Gaudy/Le Bail,* Comparative Summary of Evaluation Reports on France's 2016 Prostitution Act, 2020, S. 35.
199 BKA, Bundeslagebild 2022 Menschenhandel und Ausbeutung, S. 28.
200 *Wohlfarth,* LKRZ 2007, 376 (380).

c) Fazit und Ausblick

Prostitution hat in Deutschland einen Wandel hinter sich. Zwischen einem Wechsel von repressiven zu permissiven Reformierungen befindet sich die Branche schwankend zwischen Legalität und Illegalität. Das Stimmungsbild in der Bevölkerung ist verschiedenartig und ebenso sind es die Forderungen der Politik. Für die Einführung des nordischen Modells sprechen einige Vorteile, dagegen jedoch auch eine nicht zu missachtende Vielzahl an Nachteilen. Gerade vor dem Hintergrund der verheerenden Gefahren von zunehmender Gewalt und einer Verschiebung in das unbeobachtete Dunkelfeld bedarf es zur abschließenden Bewertung einer ausreichend empirisch belegten und fundierten Datenlage. Somit wäre idealerweise auch zunächst das Ergebnis der Evaluation zum ProstSchG 2025 abzuwarten, bevor voreilige Schlüsse auf Basis grober und divergierender Schätzungen gezogen werden. Letztlich sollte stets die Entscheidung oberste Priorität haben, die das Wohl der Betroffenen und den Schutz der Prostituierten am besten im Blick hat. Auf Grundlage des jetzigen Kenntnisstandes und der Beobachtungen während der Coronapandemie kann dabei die Kriminalisierung von Freiern nicht der geeignete Weg für Deutschland sein. Vielmehr müssen Aufklärung und Fachberatung verstärkt eingesetzt werden, um durch Entstigmatisierung die Arbeitsbedingungen der Prostituierten zu stärken. Aufgrund der Dynamik der Forderungen und der noch in Aussicht stehenden Evaluationsergebnisse ist das letzte Wort hier aber sicherlich noch lange nicht gesprochen.

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

KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift JuP

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Milena Getto

Muss der Straftatbestand der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB reformiert werden?

Universität zu Köln
Fachbereich Rechtswissenschaft
Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann
Abgabedatum: 15.4.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung **111**

II. Hauptteil **112**

1. Allgemeines zu § 216 StGB *112*

a) Tatbestandsmerkmale und Charakter des § 216 StGB *112*

b) 2. Sinn und Zweck des § 216 StGB *112*

c) Rechtfertigung der Vorschrift des § 216 StGB *113*

2. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe am Suizid *114*

a) Abgrenzungskriterien *114*

b) Darstellung anhand der BGH-Rechtsprechung *115*

c) Kritik an der BGH-Rechtsprechung *116*

3. Mögliche Verfassungswidrigkeit des § 216 StGB *118*

a) Entscheidende Gründe des BVerfG-Urteils zu § 217 StGB *118*

b) Grundrechtsverletzung: Übertragbarkeit des BVerfG-Urteil auf § 216 StGB? *119*

aa) Schutzbereich *119*

bb) Eingriff *119*

cc) Rechtfertigung *119*

dd) Zwischenergebnis *122*

4. Reaktionen auf die Normkritik *122*

a) Verfassungskonforme Auslegung des § 216 StGB *122*

b) Beibehaltung der Norm *123*

c) Streichung der Norm *123*

d) Neuregelung des § 216 StGB bzw. der Thematik der Sterbehilfe *124*

aa) Neufassung des § 216 StGB: Kriterium des freien Willensentschlusses *124*

bb) Ausnahmetatbestand bei körperlich Suizidunfähigen *125*

cc) Ausnahmetatbestand bei Handeln eines Arztes *125*

dd) Prozedurale Lösung *126*

ee) AMHE-Sterbehilfegesetz *127*

ff) Gesetzesentwürfe zur Sterbehilfereform aus der Politik *127*

e) Evaluierung der Reformansätze *128*

III. Fazit und Ausblick **129**

I. Einleitung

Wie sollten die strafrechtlichen Regeln gestaltet sein, um den individuellen Wunsch nach einem würdevollen Lebensende angemessen zu berücksichtigen, während gleichzeitig die Schutzinteressen des Lebens gewahrt bleiben? Diese Frage vereint hochemotionale und komplexe Gesichtspunkte. Das Thema Sterbehilfe ist eines der in der Öffentlichkeit meistdiskutierten Themen der letzten Jahre. Dies liegt auch daran, dass die Thematik jeden Einzelnen in der Gesellschaft betrifft, denn jeder Mensch sieht sich im Verlauf seines Lebens an irgendeinem Punkt mit dem Tod konfrontiert.

Das deutsche Strafgesetzbuch enthält kaum unmittelbare Regelungen zur Sterbehilfe. Es existieren verschiedene Formen der Sterbehilfe, die die Komplexität des Themas aufzeigen: die indirekte oder direkte und die aktive oder passive Sterbehilfe.[1] Im Folgenden relevant ist nur die aktive Sterbehilfe, die in § 216 StGB unter Strafe gestellt wird. Danach wird bestraft, wer durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt wurde. Der Paragraf besteht seit der deutschen Reichsgründung im Jahr 1871.[2] Er stammt aus einer Zeit, die religiös-sittliche Grundlagen stärker bewertete als individuelle Sichtweisen und Bedürfnisse.[3] Trotz zahlreicher Reformbestrebungen und Entwürfen zur Neuregelung blieb dieser Paragraf bisher im Kern unverändert.

Inwieweit das Leben einem absoluten Rechtsschutz unterworfen ist oder schwerkranken Menschen die Möglichkeit gegeben sein sollte, selbst über ihr Leben bestimmen zu dürfen, ist Gegenstand einer langanhaltenden ethischen, gesellschaftlichen und rechtspolitischen Debatte. Mit dem Urteil des *BVerfG* aus dem Jahr 2020, indem der § 217 StGB, der die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe stellte, für verfassungswidrig erklärt wurde,[4] ist die strafrechtliche Bewertung der Sterbehilfe aktueller denn je. Das Urteil sorgte für große Aufmerksamkeit, die Folgen werden bis heute diskutiert.

Die Relevanz des Themas wird insbesondere durch die herausragend wichtigen Verfassungsgüter in diesem Zusammenhang deutlich: Auf der einen Seite steht das Rechtsgut Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG, welches vom Staat geschützt wird, auf der anderen Seite steht das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben, abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art 1 Abs. 1 GG.[5] Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben bestätigte das *BVerfG* in seinem Urteil im Jahr 2020 erstmals.[6] Das *BVerfG*-Urteil wirft ein neues Licht auf die Rechtslage und unterstreicht die Dringlichkeit einer Überprüfung und möglichen Reform des § 216 StGB. Besonders kritisiert wird, dass § 216 StGB eine klare rechtliche Regelung im Bereich der Sterbehilfe und des assistierten Suizids vermissen lässt.

Zu Beginn dieser Arbeit werden die Merkmale, der Zweck und die Rechtfertigungsmodelle des § 216 StGB dargestellt. Im Anschluss wird auf die Abgrenzungsschwierigkeiten der straflosen Beihilfe und der Tötung auf Verlangen anhand dreier *BGH*-Urteile eingegangen. Zudem gilt es zu untersuchen, ob das Urteil des *BVerfG* zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB auch für § 216 StGB eine Verfassungswidrigkeit bedeuten könnte. Abschließend wird aus verschiedenen Perspektiven betrachtet, ob der Strafrechtstatbestand des § 216 StGB reformiert werden muss und falls ein Reformbedürfnis besteht, welche Reformmöglichkeiten in Betracht kommen.

1 *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), Vor § 211 Rn. 99 ff.
2 *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 216 Rn. 5.
3 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (32).
4 *BVerfG,* NJW 2020, 905 (906).
5 *BVerfG,* NJW 2020, 905 (906).
6 *BVerfG,* NJW 2020, 905 (906).

II. Hauptteil

1. Allgemeines zu § 216 StGB

a) Tatbestandsmerkmale und Charakter des § 216 StGB

Nach § 216 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist.

Erstes Tatbestandsmerkmal ist der Tod eines anderen Menschen.[7]

Zudem muss eine Tötungshandlung vorliegen.[8] Hier erfolgt die Abgrenzung zwischen einer strafbaren täterschaftlichen Handlung oder einer straflosen Teilnahmehandlung am Suizid.[9] Denn der Suizid an sich ist straflos, sodass mangels rechtswidriger Haupttat niemand der Beihilfe zum Suizid bestraft werden kann.[10] Die Abgrenzung sorgt für viele Diskussionen, die im Verlauf dieser Arbeit noch dargestellt werden.

Für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals des Verlangens ist eine auf das Vorstellungsbild des Erklärungsadressaten abzielende Einwirkung in Form einer Willensäußerung des Opfers erforderlich.[11] In Anlehnung an die Regeln der Anstiftung ist danach ein Verlangen tatbestandlich erfüllt, wenn der Getötete mit seinem Verhalten darauf abzielt, den Adressaten zur Tötung zu veranlassen.[12] Das Verlangen ist ausdrücklich, wenn der Lebensmüde durch sein Verhalten eindeutig und unmissverständlich seinen Todeswunsch verdeutlicht.[13] Ernstlichkeit setzt das Vorliegen eines subjektiv frei verantwortlichen Willensentschlusses des Opfers voraus, bei dem es auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit ankommt.[14]

§ 216 StGB stellt nach tradierter Sichtweise eine Privilegierung der §§ 211, 212 StGB dar, der im Falle seines Eingreifens für die §§ 211, 212 StGB eine Sperrwirkung entfaltet.[15] Im Vergleich zu anderen Straftatbeständen im Bereich des Lebensschutzes kommt bei § 216 StGB der Zustimmung des Opfers keine rechtfertigende Wirkung zu, sondern wirkt in diesem Fall nur strafmildernd.[16] Diese besondere Konzeption des § 216 StGB spielt eine erhebliche Rolle bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit,[17] worauf später noch näher eingegangen wird.

b) Sinn und Zweck des § 216 StGB

§ 216 StGB regelt Fälle minder schwerer Tötung. Im Vergleich zu den §§ 211, 212 StGB sieht § 216 StGB bei der Tötung auf Verlangen eine erhebliche Strafmilderung vor. Für die Privilegierung werden im Wesentlichen zwei Gründe genannt: Durch das Verlangen des Getöteten erscheint sowohl das objektive Unrecht durch einen Verzicht des Rechtsgutträgers auf sein Leben als auch die individuelle Schuld des Täters durch den Mitleidskonflikt gemindert.[18]

So sei das Unrecht der Tat nach § 216 StGB aufgrund des einwilligungsähnlichen Tötungsverlangen erheblich weniger stark ausgeprägt,[19] denn durch den Rechtsgutsverzicht habe die Allgemeinheit ein geringeres Interesse

7 *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 216 Rn. 4.
8 *Saliger*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 216 Rn. 5.
9 *Saliger*, in: NK-StGB, § 216 Rn. 5.
10 *Neumann*, in: NK-StGB, Vor §§ 211-217 Rn. 47.
11 *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 13.
12 *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 216 Rn. 10; *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 13.
13 *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 216 Rn. 2; *Joecks/Jaeger*, Studienkommentar, StGB, 13. Aufl. (2021), § 216 Rn. 8.
14 *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 216 Rn. 12, *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 19.
15 *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 216 Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 216 Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 24. Aufl. (2023), § 6 Rn. 4.
16 *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2022), § 21 Rn. 76; *Rengier*, StrafR BT II, § 6 Rn. 1.
17 *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 2.
18 *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 216 Rn. 1; *Rengier*, StrafR BT II, § 6 Rn. 1.
19 *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 1.

am Schutz dieses Lebens.[20] Damit solle der Situation Rechnung getragen werden, in der sich der Täter von dem suizidähnlichen Verlangen des Opfers habe leiten lassen.[21]

Der zweite Ansatz, eine verminderte Schuld des Täters, wird damit begründet, dass sich der Täter durch sein Mitleid mit dem Opfer in einer außergewöhnlichen schuldmindernden Konfliktlage befinde.[22] Teilweise wird diese Begründung allerdings als nicht zutreffend gesehen, denn das Verlangen müsse nicht zwingend zu einer Konfliktsituation führen und tue dies tatsächlich auch häufig nicht.[23] So treffe eine persönliche schuldmindernde Konfliktlage beispielsweise eher selten bei professionellen Sterbehelfern, die meist keine emotionale Verbundenheit zum Opfer haben, zu und könne im Gegensatz zum Milderungsgrund des Unrechts nicht am Tatbestand des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens des Getöteten festgemacht werden.[24] Das Kriterium der Mitleidsmotivation zur Begründung der Privilegierung heranzuziehen, sei damit zweifelhaft.[25]

Im Ergebnis ist der erste Ansatz vorzugswürdig und der Rechtsgrund der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB ist auf die einwilligungsbedingte Unrechtsminderung zurückzuführen.

c) Rechtfertigung der Vorschrift des § 216 StGB

§ 216 StGB ist eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz im deutschen Strafrecht, wonach die Verletzung eines Rechtsguts durch Einwilligung des Rechtsgutsinhabers gerechtfertigt wird.[26] Warum das ernstliche Tötungsverlangen das Unrecht der Tat lediglich absenkt, ohne es vollständig aufzuheben und warum die Suizidbeteiligung straflos und die Tötung auf Verlangen strafbar ist, bedarf einer Begründung. Diesbezüglich werden vor allem zwei Rechtfertigungsmodelle vertreten: Zum einen werden individuelle, am Interesse des Sterbewilligen ausgerichtete Aspekte, zum anderen werden Belange der Allgemeinheit betrachtet.[27]

Nach den überindividuellen Rechtfertigungsmodellen wird § 216 StGB als Schutzvorschrift zugunsten der Allgemeinheit legitimiert, indem er die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Tabu aktiver Tötung betone.[28] Sowohl die generelle als auch die teilweise Zulassung aktiver Fremdtötung könnten zu einer Aufweichung des Tötungsverbots und zu einer Entwertung des Schutzguts Leben führen: Gegen eine umfassende Straffreiheit der Tötung auf Verlangen sprächen Dammbrucherwägungen und die Gefahr einer generellen Erosion des Tötungsverbots. Bei partieller Zulassung aktiver Fremdtötung würde es zu erheblichen Beweisschwierigkeiten kommen.[29]

Eine vollständige Erklärung zur Legitimation des § 216 StGB können die überindividuellen Rechtfertigungsmodelle jedoch nicht liefern: Denn der Ansatz des uneingeschränkten Lebensschutzes stehe im Widerspruch mit den Begründungen der Straflosigkeit indirekter und passiver Sterbehilfe, durch die der Grundsatz der generellen Tabuisierung der aktiven Tötung schon aufgeweicht werde.[30]

Die individuell-paternalistischen Rechtfertigungsmodelle führen Erwägungen zur Autonomie des Einzelnen an.[31] *Roxin* erklärt zur Abgrenzung der straflosen Teilnahme von der Tötung auf Verlangen, dass wenn der Sterbewillige die Ausführung der todbringenden Handlung einem Dritten überlasse, dies auf einen Mangel an Entschlossenheit hindeute und Zweifel an der Eigenverantwortlichkeit des Todeswunsches aufwerfe, was die Pönalisierung der

[20] *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, StGB, 4. Aufl. (2022), § 216 Rn. 1.
[21] *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 216 Rn. 1.
[22] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 216 Rn. 1; *Rengier*, StrafR BT II, § 6 Rn. 1.
[23] *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 216 Rn. 3.
[24] *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. (2023), § 216 Rn. 10.
[25] *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 1.
[26] *Saliger*, in: NK-StGB, § 216 Rn. 1.
[27] *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 2.
[28] *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 3.
[29] *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 3.
[30] *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 3.
[31] *Roxin*, in: FS Jakobs, 2007, S. 571 (577), *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 5.

Tötung auf Verlangen rechtfertigen würde.[32] *Jakobs* begründet die Legitimation des § 216 StGB damit, den Sterbewilligen vor einer übereilten Lebensbeendigung zu schützen.[33] Denn die Einschaltung eines Dritten erhöhe die Gefahr einer unzureichenden Prüfung der Gründe für die Tötung, wodurch der Schutz des Lebensmüden gefährdet werde.[34] Gegen den individuell-paternalistischen Ansatz spricht, dass er zu stark in die Autonomie des Individuums eingreife, denn es werde vorausgesetzt, dass der Staat oder andere Personen in bestimmten Situationen eingreifen müssten, weil sie besser als das Individuum selbst wüssten, was für dieses gut sei.[35] Auch dieser Ansatz vermag die Legitimation des § 216 StGB somit nicht vollständig zu erklären.

Der historische Gesetzgeber begründete im Jahr 1871 die Einführung des § 216 StGB in das damalige Reichsstrafgesetzbuch mit der Unveräußerlichkeit des Lebens und dem Sittengesetz.[36] Gegen die Annahme der Unveräußerlichkeit des Lebens spreche aber das im Grundgesetz geschützte Recht auf selbstbestimmtes Sterben, das gerade nicht zur Unveräußerlichkeit des Lebens führe.[37] Das Sittengesetz, welches aus dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 1 GG folge, besage, dass derjenige, der gegen die Wertvorstellungen der Allgemeinheit verstoße, moralwidrig handele. Moral könne aber keine Strafnorm legitimieren.[38] Die Begründungen des historischen Gesetzgebers sind damit in der heutigen Zeit nicht mehr haltbar.

Damit werden die dogmatischen Schwachstellen der Norm deutlich: Der Paragraf ist rechtfertigungsbedürftig und es existieren unterschiedliche Legitimationsansätze, die alle nicht vollständig überzeugen.

2. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe am Suizid

a) Abgrenzungskriterien

Nach dem Tod eines Menschen ist zweite Voraussetzung für die strafbare Tötung auf Verlangen eine Tötungshandlung.[39] Die Abgrenzung zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe am Suizid bereitet erhebliche Schwierigkeiten und wird häufig als Kritikpunkt gegen § 216 StGB angeführt, was wiederum für eine Reform des § 216 StGB sprechen könnte.

Die Rechtsprechung unterscheidet grundsätzlich nach dem Kriterium der Tatherrschaft.[40] Während der *BGH* früher die Tatherrschaft anhand subjektiver Kriterien bestimmte, das heißt danach, ob der Täter mit Täterwillen gehandelt hat,[41] erfolgt die Abgrenzung mittlerweile anhand normativer Kriterien unter Berücksichtigung des Gesamtgeschehens.[42] Es komme darauf an, wer das zum Tod führende Geschehen tatsächlich beherrsche und welches Gewicht die Verfügung des Getöteten über sein Leben bei der Umsetzung des Gesamtplans habe: Tatherrschaft liege vor, wenn „sich der Suizident nach dem Gesamtplan in die Hand des anderen, um duldend von ihm den Tod entgegenzunehmen“, gebe.[43] Straflose Beihilfe hingegen sei anzunehmen, wenn das Opfer bis zuletzt die freie Entscheidung und Kontrolle über den Geschehensablauf behalte und den lebensbeendenden Akt eigenhändig ausführe.[44] Straflose Beihilfe könne insbesondere auch dann vorliegen, wenn die Kausalhandlung nicht vom Sterbewilligen selbst, sondern vom möglichen Täter in Gang gesetzt wurde: „Solange nach Vollzug des Tatbeitrags des

32 *Roxin*, NStZ 1987, 345 (348).
33 *Jakobs*, in: FS Kaufmann, 1993, S. 459 (467).
34 *Jakobs*, in: FS Kaufmann, 1993, S. 459 (467).
35 *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (510).
36 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, 2022, S. 168.
37 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 168.
38 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 168.
39 *Saliger*, in: NK-StGB, § 216 Rn. 5.
40 *BGH,* NJW 1965, 699 (701); *BGH,* NJW 1987, 1092 (1092); *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
41 *RG,* JW 1921, 579 (579); *BGH,* NJW 1959, 1738 (1739).
42 *BGH,* NJW 1965, 699 (701); *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
43 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
44 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).

anderen dem Sterbewilligen noch die volle Freiheit verbleibt, sich den Auswirkungen zu entziehen oder sie zu beenden“,[45] liege auch in einem solchen Fall straflose Beihilfe vor. Relevant ist insofern, ob bzw. zu welchem Zeitpunkt der Tatbeitrag des möglichen Täters abgeschlossen ist.

b) Darstellung anhand der BGH-Rechtsprechung

Die aktuellste Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2022, die für intensive Diskussionen sorgte, verdeutlicht die Problematik: Der Geschädigte war seit Jahren schwerstkrank und äußerte mehrfach den Wunsch, sterben zu wollen, wozu er selbst aufgrund der erheblichen körperlichen Einschränkungen nicht in der Lage war.[46] Seine Frau, die Angeklagte, pflegte den Geschädigten drei Jahre zuhause und verabreichte ihm seitdem unter anderem Insulininjektionen, wozu er krankheitsbedingt nicht selbst in der Lage war.[47] Am Abend der Tat äußerte der Geschädigte gegenüber der Angeklagten, die Schmerzen nicht mehr auszuhalten und an diesem Tag „gehen“ zu wollen.[48] So brachte die Angeklagte dem Geschädigten auf dessen Wunsch hin alle verfügbaren Medikamente, die dieser dann selbständig einnahm und schluckte.[49] Anschließend injizierte die Angeklagte dem Geschädigten auf dessen Verlangen sechs Insulinspritzen, wobei ihr bewusst war, dass die Insulingabe geeignet war, seinen Tod herbeizuführen.[50] So geschah es auch: Die Insulingabe führte nach einigen Stunden zum unmittelbaren Tod des Geschädigten durch Unterzuckerung, wobei auch allein die Medikamente, die der Geschädigte selbst zu sich nahm, zu seinem Tod geführt hätten.[51] Gleichwohl verneinte der *BGH* eine aktive Tötungshandlung und damit eine Strafbarkeit nach § 216 StGB.[52]

Zur Begründung stellte der *BGH* auf die normative Betrachtung ab: Wesentliches Kriterium für die Annahme einer Tötung auf Verlangen sei nicht die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Handeln, sondern die Tatherrschaft, die im vorliegenden Fall nicht die Angeklagte, sondern der Geschädigte innehatte.[53] Denn die Einnahme der Tabletten und die Injektion des Insulins bildeten einen einheitlichen lebensbeendenden Akt, über den allein der Geschädigte bestimmte und dessen Geschehen er bis zuletzt in den Händen gehalten habe.[54] So sei es bloß Zufall gewesen, dass letztlich das Insulin und nicht die Medikamente zum Tod führten.[55] Entscheidend für den *BGH* war auch, dass der Tatbeitrag der Angeklagten mit der Verabreichung der Insulinspritzen abgeschlossen war und anschließend allein der Geschädigte die Tatherrschaft inne hatte: So blieb er noch einige Zeit bei Bewusstsein und sah dennoch davon ab, Gegenmaßnahmen einzuleiten.[56]

In seiner Urteilsbegründung verweist der *BGH* auf zwei weitere signifikante Fälle, die seiner Auffassung nach nicht im Widerspruch zur aktuellen Entscheidung stünden.[57]

Im Gisela-Fall aus dem Jahr 1965 hatten sich der Angeklagte und die Geschädigte in ein Auto begeben, um dort gemeinsam zu sterben.[58] Dazu ließ der Angeklagte durch ein an den Auspuff angeschlossenen Schlauch Abgas in das Wageninnere strömen, indem er das Gaspedal durchtrat, bis er bewusstlos wurde.[59] Zumindest anfangs war es der Geschädigten dabei noch möglich, das Auto durch die Beifahrertür zu verlassen oder den Fuß vom Gaspedal

45 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
46 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3021).
47 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3021).
48 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
49 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
50 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
51 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
52 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
53 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
54 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
55 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
56 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
57 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3023).
58 *BGH,* NJW 1965, 699 (699).
59 *BGH,* NJW 1965, 699 (700).

zu stoßen.[60] Der *BGH* bejahte die Strafbarkeit des Angeklagten nach § 216 StGB mit der Begründung, dass dieser nach dem Gesamtplan durch das fortdauernde Durchtreten des Gaspedals das Geschehen bis zuletzt in der Hand gehabt habe.[61] Der entscheidende Unterschied zum Insulinspritzen-Fall sei, dass im Insulinspritzen-Fall die Tötungshandlung der Angeklagten mit der Insulininjektion abgeschlossen war und der Geschädigte danach selbst die Tatherrschaft innehatte, wohingegen im Gisela-Fall die Tatherrschaft durch das Durchtreten des Gaspedals bis zuletzt auf Seiten des Angeklagten lag.[62]

Im Gashahn-Fall entschied der *BGH* im Jahr 1921 anders: Der Angeklagte und die Geschädigte begaben sich in ein Hotelzimmer, um gemeinsam zu sterben.[63] Dazu verstopfte die Geschädigte die Türritzen, während der Angeklagte die Gashähne öffnete.[64] Die Geschädigte hätte jederzeit eigenständig Rettungsmaßnahmen ergreifen können, weswegen sie bis zuletzt das Geschehen in der Hand hielt.[65] Das *RG* bejahte damals die Tatherrschaft des Angeklagten aufgrund von subjektiven Merkmalen;[66] diese von subjektiven Merkmalen ausgerichtete Unterscheidung verwarf der *BGH* im Gisela-Fall indes und korrigierte das Urteil dahingehend, dass der Angeklagte im Gashahn-Fall bei richtiger Bewertung nur straflose Beihilfe zur Tötung geleistet hätte.[67] Denn hier sei die Situation mit der des Insulinspritzen-Falls vergleichbar: Nachdem der aktive Beitrag des Angeklagten mit dem Aufdrehen des Gashahns abgeschlossen war, hätte die Geschädigte die Handlung jederzeit abbrechen können und hatte damit die Tatherrschaft inne.[68]

c) Kritik an der BGH-Rechtsprechung

Das Ergebnis des *BGH*-Urteils aus dem Jahr 2022 zum Insulinspritzen-Fall wird zwar vielseitig begrüßt, die Begründung erscheint aber in kriminalpolitischer, rechtsstaatlicher und dogmatischer Hinsicht problematisch.

Der *BGH* gelange zu seinem Ergebnis, indem er auf eine normative Betrachtung zurückgreife und sich bemühe, die Tötungshandlung herunterzuspielen.[69] Die Annahme, dass es letztlich dem Zufall überlassen war, ob der Geschädigte durch das Insulin oder die Tabletten gestorben wäre, widerspreche den Grundlagen der strafrechtlichen Kausalitätslehre.[70] Kausal ist danach eine Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass ihr konkreter Erfolg entfiele.[71] Dabei ist insbesondere das Hinzudenken von hypothetischen Ersatz- oder Reserveursachen nicht geboten[72], sodass es unbeachtlich ist, ob der Geschädigte später ohnehin an den Medikamenten gestorben wäre.

Der *BGH* lasse zudem die Tatsache völlig unberücksichtigt, dass die Angeklagte durch ihre aktive Handlung den zum Tode führenden Akt ausführte.[73] Selbst bei der Bewertung des Geschehens als einheitlichen lebensbeendenden Akt, dürfe nicht unbeachtet bleiben, wessen Handlung zum Tod führte.[74] Unter Berücksichtigung des Gesamtgeschehens sei es schwierig, die tödlichen Beiträge der Angeklagten, gemäß der vom *BGH* betonten, normativen Betrachtung als unbedeutend einzustufen.[75]

60 *BGH,* NJW 1965, 699 (701).
61 *BGH,* NJW 1965, 699 (701).
62 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3023).
63 *RG,* JW 1921, 579 (579).
64 *RG,* JW 1921, 579 (579).
65 *RG,* JW 1921, 579 (579).
66 *RG,* JW 1921, 579 (579).
67 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3023).
68 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3023).
69 *Grünewald*, NJW 2022, 3025 (3025).
70 *Seifert*, HRRS 2023, 13 (15).
71 *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2023), § 13 Rn. 3.
72 *Rengier*, StrafR AT, § 13 Rn. 15.
73 *Jansen*, medstra 2023, 4 (5).
74 *Jansen*, medstra 2023, 4 (5).
75 *Murmann*, ZIS 2022, 530 (533).

Die Anwendung der Tatherrschaftslehre sei im vorliegenden Fall auch mit dem Wortlaut und Sinn des § 216 StGB nicht vereinbar. § 216 StGB lege fest, dass die Freiwilligkeit einer Handlung, die zum Tod führe, keine normative Relevanz habe.[76] Selbst, wenn die betroffene Person ausdrücklich und ernsthaft um Sterbehilfe bittet, verbiete § 216 StGB jede Form von Einwilligung. Die Tatherrschaftslehre führe aber zu einer Umwandlung in eine Art verkappte Einwilligungslehre: Denn sie werde letztlich dazu verwendet, die Übereinstimmung des Handelns mit dem freien Willen des Betroffenen zu prüfen, ähnlich wie dies bei der Einwilligungslehre der Fall sei.[77] Dies würde für den vorliegenden Fall bedeuten, dass durch das Insulinspritzen eine eigenhändige Tötungshandlung der Angeklagten vorliege, die von § 216 StGB erfasst sei.[78] Daran ändere sich vor allem nichts dadurch, dass der Geschädigte die Angeklagte danach noch um Hilfe hätte bitten können.[79] Denn Wertungsmaßstab im Kontext des § 216 StGB könne nicht der freie Wille des Geschädigten sein.[80]

Anhand des Vergleichs mit dem Gisela- und Gashahn-Fall wird entgegen der Auffassung des BGH die Ungeeignetheit der Abgrenzungskriterien ebenfalls klar. Denn bei eingehender Betrachtung der drei Sachverhalte ergibt sich dieselbe Situation: In allen Fällen hatten die Geschädigten die Möglichkeit, den Suizid bis zum Zeitpunkt der Bewusstlosigkeit zu verhindern.[81] So hing es schlussendlich nur von Zufällen ab, ob die Tathandlung nun abgeschlossen war (durch das Aufdrehen des Gases im Gashahn-Fall oder der Insulininjektion im Insulinspritzen-Fall) und die Tatherrschaft somit beim Geschädigten lag oder ob sie noch nicht abgeschlossen war (durch das Drücken auf das Gaspedal im Gisela-Fall) und die Tatherrschaft beim möglichen Täter lag.[82] Hätte der Angeklagte im Gisela-Fall einen Stein auf das Gaspedal gelegt, wäre seine Tathandlung mit dem Ablegen des Steins abgeschlossen und er wäre mangels Tatherrschaft straffrei geblieben.[83] Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein. Die strafrechtliche Beurteilung dürfe bei derart gleichartigen Fällen nicht vom Zufall abhängen.[84] Wende man die normative Betrachtung auch auf den Gisela-Fall an, hätten die Handlungen der Geschädigten und Angeklagten nach der Gesamtbetrachtung ebenfalls als einheitlicher Lebenssachverhalt bewertet werden müssen.[85] Selbst wenn man von einer normativen Betrachtungsweise ausgehen mag, so sei die Schlussfolgerung des *BGH* dahingehend, dass der Geschädigte nach Abschluss der Insulingabe der Angeklagten weiterhin die Tatherrschaft innehatte, fehlerhaft.[86] Der Geschädigte war schwerstkrank und bettlägerig, sodass unklar bleibe, wie er selbstständig und ohne Hilfe der Angeklagten Rettungsmaßnahmen hätte einleiten können.[87] Vielmehr war der Geschädigte vollkommen auf die Angeklagte angewiesen, um das Geschehen zu beherrschen.[88] Die Annahme der Tatherrschaft aufgrund des Nichtergreifens von Rettungsmaßnahmen, also bloße Passivität auf Seiten des Geschädigten, erscheine höchst fragwürdig.[89] Auch hinsichtlich des Sinn und Zwecks des § 216 StGB könne diese Umwandlung einer Tötungshandlung in eine Selbsttötung kaum gewollt sein.[90] Der Zweck des § 216 StGB, unter anderem der Schutz vor defizitären Opferentscheidungen, werde unterlaufen, wenn Umstände dazu führen, dass die Selbsttötung überlistet werde, indem der Außenstehende die tödliche Handlung vornehme und das Opfer Rettungsmaßnahmen nicht ergreife.[91]

[76] *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (182).
[77] *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (182).
[78] *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (185).
[79] *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (185).
[80] *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (185).
[81] *Seifert*, HRRS 2023, 13 (15).
[82] *Seifert*, HRRS 2023, 13 (15).
[83] *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (185); *Seifert*, HRRS 2023, 13 (15).
[84] *Seifert*, HRRS 2023, 13 (15).
[85] *Grünewald*, NJW 2022, 3025 (3025).
[86] *Seifert*, HRRS 2023, 13 (16).
[87] *Grünewald*, NJW 2022, 3025 (3025).
[88] *Grünewald*, NJW 2022, 3025 (3025).
[89] *Murmann*, ZIS 2022, 530 (533).
[90] *Murmann*, ZIS 2022, 530 (534).
[91] *Murmann*, ZIS 2022, 530 (536).

Die besprochenen Fallbeispiele zeigen auf, dass die Abgrenzungskriterien zufällig und willkürlich sind und in gleichgelagerten Fällen zu divergierenden Ergebnissen führen können. Minimale Unterschiede des Tatgeschehens sollten nicht den Unterschied zwischen einer Strafe bis zu fünf Jahren oder einer straffreien Handlung entscheiden. Das Kriterium der Tatherrschaft führt in zahlreichen Fällen zu fragwürdigen Resultaten, was Anpassungen in diesem Bereich erforderlich macht. Die unzureichenden Regelungen des § 216 StGB führen dazu, dass die Gerichte nicht an bestimmte Kriterien gebunden sind und die Entscheidungen daher häufig durch Richterrecht und Einzelfallentscheidungen geprägt sind. Eine solche Einzelfallrechtsprechung ohne ein klares Regelwerk ist unter rechtsstaatlichen und kriminalpolitischen Aspekten nicht tragfähig und kann so nicht gewollt sein. Allein dieser Punkt zeigt, dass § 216 StGB, so wie er gerade besteht, höchst problematisch ist.

3. Mögliche Verfassungswidrigkeit des § 216 StGB

a) Entscheidende Gründe des BVerfG-Urteils zu § 217 StGB

Im Folgenden wird auf das Urteil des *BVerfG* zu § 217 StGB eingegangen, da dies auch Auswirkungen auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit des § 216 StGB haben könnte.

Im Jahr 2020 erklärte das *BVerfG* in seinem Urteil § 217 StGB für nichtig.[92] § 217 StGB stellte die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe. Das *BVerfG* betonte in seinem ersten Leitsatz: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben.“[93] Damit bestätigte es das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben erstmals. Von diesem Grundrecht sei die Freiheit, sich das Leben zu nehmen und hierfür auch die Hilfe Dritter zu suchen und in Anspruch zu nehmen, umfasst.[94] Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, sei von existenzieller Bedeutung für die Persönlichkeit des Menschen und werde daher vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfasst.[95] Aufgrund der Würde des Menschen, die im Mittelpunkt der Werteordnung stehe und somit den Schutz der freien menschlichen Persönlichkeit als obersten Wert der Verfassung herausstelle, müsse die Möglichkeit zur Selbsttötung immer gewährleistet sein.[96] Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben sei als Akt autonomer Selbstbestimmung zu akzeptieren und bedürfe keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung, unabhängig davon, in welcher Lebens- oder Krankheitsphase sich der Einzelne gerade befinde.[97] Eine Einschränkung des Schutzbereiches sei mit dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes nicht vereinbar.[98]

Das *BVerfG* sah in § 217 StGB einen mittelbaren Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben desjenigen, der Suizidhilfe in Anspruch nehmen wolle: § 217 StGB sei im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht angemessen, da das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 StGB das Recht auf Selbsttötung faktisch unterlaufe.[99] So wurde durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung und dem damaligen gleichzeitigen berufsrechtlichen Verbot für Ärzte, Sterbehilfe zu leisten, die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung derart eingeschränkt, dass dem Einzelnen damit seine verfassungsrechtlich geschützte Freiheit entzogen wurde.[100]

92 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (905).
93 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (905).
94 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (908).
95 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).
96 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).
97 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).
98 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).
99 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (913).
100 *BVerfG*, NJW 2020, 905 (914).

b) Grundrechtsverletzung: Übertragbarkeit des BVerfG-Urteil auf § 216 StGB?

Seit dem Urteil des *BVerfG* zu § 217 StGB stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich die Gründe der Entscheidung des *BVerfG* auch auf § 216 StGB übertragen lassen. § 216 StGB wird im Urteil des *BVerfG* zwar an einigen Stellen erwähnt, zu dessen Verfassungskonformität äußert sich das *BVerfG* allerdings nicht. Es gilt zu klären, ob das Verbot der Tötung auf Verlangen aus § 216 StGB vom Schutzbereich des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben erfasst ist, ein Eingriff darin vorliegt und ob der Eingriff möglicherweise gerechtfertigt ist.

aa) Schutzbereich

Das *BVerfG* verdeutlichte in seinem Urteil, dass der Schutzbereich des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben, abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, auch beinhalte, sich für die Selbsttötung Hilfe bei Dritten zu suchen und angebotene Hilfe in Anspruch nehmen zu können, denn der Einzelne müsse frei über die Modalitäten seines Todes bestimmen können.[101] Der Schutzbereich enthalte keine Differenzierung bezüglich der verschiedenen Modalitäten der Hilfe zum Sterben, sodass auch die Entscheidung des Einzelnen, sich durch einen anderen töten zu lassen, vom Schutzbereich umfasst sei.[102]

bb) Eingriff

§ 216 StGB müsste auch in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben eingreifen. Wenn ein Verhalten, das in den Schutzbereich des Grundrechts fällt, durch staatliches Handeln ganz oder teilweise unmöglich gemacht oder erschwert wird, liegt ein Eingriff vor.[103] Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen.[104] Ein mittelbarer Eingriff liegt vor, wenn die öffentliche Gewalt Maßnahmen gegen einen bestimmten Adressaten richtet, die beeinträchtigende Wirkung jedoch nicht bei diesem, sondern bei einem Dritten eintritt.[105] Das gesetzliche Verbot der Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB hindere Einzelpersonen daran, ihren eigenen Tod selbstbestimmt herbeizuführen, indem sie eine dritte Person ermächtigen, die Handlung zur Todesursache mit Tatherrschaft auszuführen.[106] § 216 StGB bestrafe zwar nur den Sterbehelfer, verkürze damit mittelbar aber auch die Möglichkeiten zur Sterbehilfe seitens des Sterbewilligen.[107] Damit liegt jedenfalls ein mittelbarer Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben vor.

cc) Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Einschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedürfen einer verfassungskonformen Grundlage, sie sind am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.[108]

Das Verbot der Tötung auf Verlangen aus § 216 StGB dient einem legitimen Zweck, nämlich dem Schutz des Lebens und der Stabilisierung des Fremdtötungstabus: Der Sterbewillige solle vor fremdbestimmtem Druck und Missbrauch geschützt werden, der durch die Erlaubnis der aktiven Sterbehilfe seitens des Staates verstärkt werden könnte. Der Druck könne beispielsweise von Angehörigen oder Pflegepersonal ausgehen.[109] Es sei eine staatliche

[101] *BVerfG,* NJW 2020, 905 (908).
[102] *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
[103] *Manssen*, Staatsrecht II, 19. Aufl. (2022), § 7 Rn. 181.
[104] *BVerfG,* 2020, 905 (908).
[105] *BVerfG,* 2020, 905 (908).
[106] *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
[107] *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
[108] *BVerfG,* 2020, 905 (908).
[109] *Lindner*, JZ 2006, 373 (378).

Schutzpflicht, dafür zu sorgen, dass ein Sterbewunsch tatsächlich auf einem selbstbestimmten Willen beruhe.[110] Das Verbot der Tötung auf Verlangen ist zur Erreichung dieses Schutzzwecks auch geeignet und erforderlich.[111]
Das Verbot aktiver Sterbehilfe müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne, also angemessen sein. Eine Freiheitseinschränkung ist nur angemessen, wenn der legitime Zweck des Gesetzes und die für den Betroffenen mit dem Zwecke verbundenen Beeinträchtigungen nicht vollkommen außer Verhältnis stehen und daher für den Betroffenen unzumutbar sind.[112] Dazu ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen, vorzunehmen.[113] Im Kern ist der Schutz des Lebens, verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützt, mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben, verfassungsrechtlich durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützt, abzuwägen.
Für die Abwägung ist es von Bedeutung, ob dem Einzelnen andere Optionen zur Verfügung stehen, um von seinem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben Gebrauch zu machen, oder ob das Verbot aktiver Sterbehilfe in § 216 StGB dazu führt, dass dem Einzelnen kein realistischer Weg mehr offensteht, seinen freiverantwortlichen Sterbewunsch zu realisieren.[114] Das *BVerfG* betonte in seinem Urteil, dass dem Einzelnen aufgrund des Verbots der geschäftsmäßigen Selbsttötung kumulativ mit dem berufsrechtlichen Verbot ärztlicher Suizidassistenz das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben vollständig entzogen werde.[115] Daher stellt sich die Frage, ob diese Situation gleichermaßen auf § 216 StGB zutrifft, genauer gesagt, ob das Verbot aktiver Sterbehilfe dem Einzelnen den Weg zu einem selbstbestimmten Tod mithilfe dazu bereiter Dritter gänzlich versperrt.[116]
Durch die Aufhebung des § 217 StGB stehe dem Einzelnen aber der Weg zur geschäftsmäßig organisierten Beihilfe zum Suizid wieder offen, sodass § 216 StGB gerade nicht dazu führe, dass die Inanspruchnahme Dritter beim Sterbeprozess gänzlich versperrt sei.[117] Denn der Sterbewillige habe trotz des Verbots der aktiven Sterbehilfe in § 216 StGB noch die Möglichkeit, geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen, sodass ihm sein Recht auf selbstbestimmtes Sterben nicht vollständig entzogen werde.[118] Die Nichtigkeit des § 217 StGB spreche somit gerade für eine Verfassungsmäßigkeit des § 216 StGB und nicht umgekehrt für dessen Verfassungswidrigkeit.[119] Auch die Tatsache, dass die letzte lebensbeendende Handlung nicht vom Sterbewilligen selbst, sondern von einer dritten Person ausgeführt wird, lasse an der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zu sterben zweifeln.[120] Dies lässt § 216 StGB zunächst verfassungskonform erscheinen.
Der legitime Zweck der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung werde jedoch durch normativ relevante Gründe in Frage gestellt, die die Möglichkeit einer Tötung durch einen Dritten nahelegen: Ein würdevolles Sterben könnte es erforderlich machen, dass die Tötung durch einen Dritten erfolgt, unabhängig davon, ob eine Selbsttötung objektiv vernünftig erscheine oder praktisch unmöglich sei.[121] Die verfassungsrechtliche Legitimität der Norm könne nicht nur aufgrund der abstrakt bestehenden Möglichkeit von defizitären Entscheidungen des Sterbewilligen gerechtfertigt werden. Zudem erfasse der Anwendungsbereich des § 216 StGB ausschließlich freiverantwortliche Entscheidungen, sodass unfreie Tötungsverlangen von vornherein nicht unter § 216 StGB fallen.[122]

110 *Ibold*, GA 2024, 16 (27).
111 *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (601).
112 *BVerfG,* 2020, 905 (909).
113 *BVerfG,* 2020, 905 (913).
114 *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
115 *BVerfG,* 2020, 905 (914).
116 *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
117 *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
118 *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Ibold*, GA 2024, 16 (29).
119 *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
120 *Kunze*, medstra 2022, 88 (92).
121 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (481).
122 *Öz*, JR 2021, 428 (433).

Auch seien die Fälle zu beachten, in denen der Sterbewillige physisch aufgrund seiner Krankheit nicht mehr in der Lage sei, die Todeshandlung selbst auszuführen.[123] Sie seien auf die Hilfe Dritter zwingend angewiesen, um ihr Grundrecht verwirklichen zu können. Mit der Aufrechterhaltung des § 216 StGB werde ihnen damit die Möglichkeit, selbstbestimmt zu sterben, gänzlich untersagt.[124]

Darüber hinaus seien aber auch nicht die Fälle außer Acht zu lassen, in denen der Sterbewillige zwar physisch, aber nicht psychisch in der Lage sei, die Todeshandlung selbst auszuführen. Denn aus Gleichheitsgründen sollten diejenigen, die zwar rein praktisch die Tötungshandlung selbst ausführen können, es aber aufgrund fehlender Willenskraft nicht schaffen, mit denjenigen, die physisch nicht in der Lage sind, die Tötungshandlung auszuführen, gleichbehandelt werden.[125] Denn die Selbstverwirklichung in Form vom selbstbestimmten Sterben könne angesichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung nicht davon abhängen, ob ein Grundrechtsträger zur Selbsttötung physisch oder psychisch in der Lage ist.[126] Das Recht zu Sterben dürfe nicht nur den „Mutigen“ oder „körperlich Fähigen“ zur Verfügung stehen.[127] Das Selbstbestimmungsrecht beinhalte auch die Modalitäten des Sterbens, weswegen nicht ersichtlich sei, warum die aktive Handlung eines Dritten dieses Recht beeinträchtigen sollte.[128]

Ferner könne der Tod mithilfe eines Dritten in einigen Fällen sicherer sein, sodass der Suizident sich für diesen Weg entscheide, um Schäden zu vermeiden.[129] Insbesondere dürfe eine Möglichkeit der Lebensbeendigung nicht deswegen ausgeschlossen sein, weil weitere Möglichkeiten beständen.[130]

§ 216 StGB führe dazu, dass die individuelle Autonomie und Selbstbestimmung über den eigenen Tod zu stark eingeschränkt werde.[131] Gemäß § 216 wird die aktive Sterbehilfe, auch wenn sie auf ausdrücklichen und ernsthaften Wunsch des Betroffenen erfolgt, unter Strafe gestellt. Dies bedeutet, dass Personen, die freiwillig und bewusst beschließen, ihr Leben zu beenden, und dabei die Hilfe Dritter in Anspruch nehmen möchten, kriminalisiert werden. So mache sich der Dritte in Abgrenzung zur straflosen Beihilfe der Tötung auf Verlangen strafbar, wenn er bei Ausführung der Tötungshandlung die Tatherrschaft innehatte.[132] Auch der *BGH* äußerte sich dahingehend, dass die vom *BVerfG* entwickelten Grundsätze auf § 216 StGB übertragbar seien, weil § 216 StGB in vergleichbarer Weise in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben eingreife.[133] Diese Aussage lasse sich so interpretieren, dass der *BGH* den Tatbestand der Tötung auf Verlangen insgesamt als einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben betrachte.[134] Gegen die Annahme, dass der *BGH* § 216 StGB für verfassungswidrig hält, spreche aber, dass er das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 216 StGB wahren wolle.[135] Der Vorschlag einer verfassungskonformen Auslegung spricht aber wiederum dafür, dass der *BGH* zumindest Teilaspekte des § 216 StGB für verfassungswidrig hält, da die Norm ansonsten auch keiner verfassungskonformen Auslegung bedürfte.

Zusammenfassend betrachtet wird durch das Verbot der aktiven Sterbehilfe das Recht auf selbstbestimmtes Sterben zu stark eingeschränkt. Die Fälle, in denen der Sterbewillige physisch nicht in der Lage ist, sich selbst zu töten, zeigen die Unangemessenheit des Eingriffs auf. Nach dem Urteil des *BVerfG* zu § 217 StGB stellt sich verstärkt

123 *Ibold*, GA 2024, 16 (30); *Kunze*, medstra 2022, 88 (92); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
124 *Ibold*, GA 2024, 16 (30); *Kunze*, medstra 2022, 88 (92).
125 *Schütz/Sitte*, GuP 2020, 121 (128).
126 *Schütz/Sitte*, GuP 2020, 121 (128).
127 *Coenen*, KriPoZ 2020, 67 (75).
128 *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (513).
129 *Öz*, JR 2021, 428 (430).
130 *Öz*, JR 2021, 428 (430).
131 *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (513).
132 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3022).
133 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3023).
134 *Frister*, medstra 2022, 390 (392).
135 *Frister*, medstra 2022, 390 (392).

die Frage, warum die Selbstbestimmung eines Individuums über sein Leben eingeschränkt werden darf. Schließlich besteht keine Verpflichtung des Einzelnen gegenüber dem Staat, zu leben. Schon *Roxin* erkannte: „Es gibt keine Pflicht zum Leben, aber das Recht auf einen selbstbestimmten Tod."[136] In der strafrechtlichen Literatur wird schon lange auf die Defizite des § 216 StGB hingewiesen: Bereits *Jakobs* erklärte, dass der paternalistische Schutz des § 216 StGB spätestens dann seine Berechtigung verliere, wenn der Sterbewillige aus objektiver Sicht akzeptable Gründe habe, solche seien beispielsweise schwere Schmerzen oder der Verlust jeglichen Lebenssinns.[137] Der Eingriff in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist daher unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.

dd) Zwischenergebnis

Das Verbot der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB ist somit verfassungswidrig. Angesichts der Verfassungswidrigkeit der Norm ist eine Reform geboten, die Norm ist in ihrer derzeitigen Fassung nicht mehr haltbar.

4. Reaktionen auf die Normkritik

Es wurden mit den nicht überzeugenden Rechtfertigungsmodellen und den Schwierigkeiten der Abgrenzung zur straflosen Teilnahme am Suizid bereits die Defizite des § 216 StGB aufgezeigt. Darüber hinaus spricht sogar einiges für eine Verfassungswidrigkeit der Norm. Es drängt sich somit die Frage auf, welche Möglichkeiten zur Verbesserung dieser Norm bestehen und welche Ansätze sich als sinnvoll erweisen könnten.

a) Verfassungskonforme Auslegung des § 216 StGB

Ein erster Ansatz könnte sein, § 216 StGB verfassungskonform auszulegen. Der *BGH* schlägt in seinem Urteil aus dem Jahr 2022 vor, dass zumindest diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich des § 216 StGB ausgenommen werden, in denen eine Person physisch nicht in der Lage sei, ihren Suizid eigenhändig, ohne Hilfe Dritter, auszuführen.[138] Denn bei dieser Fallgruppe führe das Verbot aktiver Sterbehilfe schlussendlich dazu, dass der sterbewilligen Person das Recht auf selbstbestimmtes Sterben unmöglich gemacht werde.[139] Es wird somit eine Ausnahme vom Verbot der aktiven Sterbehilfe gefordert, ohne den Gesetzestext des § 216 StGB ändern zu wollen.

Gegen eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift könnte aber der gesetzgeberische Wille sprechen: § 216 StGB wurde im Jahr 1871 wegen der sittlichen Überzeugung von der Unverfügbarkeit menschlichen Lebens in das Reichsstrafgesetzbuch aufgenommen.[140] Wenn das Leben unantastbar ist, bedeute dies, dass selbst ein klarer Wunsch nach dem eigenen Tod niemals zur Straffreiheit führen könne, auch wenn eine physische Selbsttötung unmöglich sei.[141] Ferner bedürften die Ausnahmen von der Tötung auf Verlangen einer klaren Regelung und könnten nicht lediglich mit dem Ansatz, die Norm bräuchte eine verfassungskonforme Auslegung, bewältigt werden.[142] Zuletzt falle die Aufgabe, die Verfassungswidrigkeit einer Norm festzustellen, nicht in den Aufgabenbereich des *BGH*, sondern vielmehr in den des *BVerfG*.[143] Der Weg der konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG wäre dafür der richtige Weg gewesen.[144] Es sei Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Strafsenate, ein klares

136 *Roxin*, NStZ 2016, 185 (186).
137 *Jakobs*, in: FS Kaufmann, 1993, S. 459 (470).
138 *BGH,* NJW 2022, 3021 (3023).
139 *Ibold*, GA 2024, 16 (30); *Kunze*, medstra 2022, 88 (92); *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (512); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).
140 *Ibold*, GA 2024, 16 (31).
141 *Ibold*, GA 2024, 16 (31).
142 *Grünewald*, NJW 2022, 3025 (3025).
143 *Leitmeier*, jM 2023, 302 (304); *Seifert*, HRRS 2023, 13 (16).
144 *Seifert*, HRRS 2023, 13 (16).

Regelwerk hinsichtlich der Frage, wann die Tötung durch Dritte zulässig sei, zu schaffen.[145] Die verfassungskonforme Auslegung des § 216 StGB wird der Kritik hinsichtlich der Norm nicht hinreichend gerecht, insbesondere weil es einer klaren Regelung zu Ausnahmefällen bedarf und die Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung nicht in den Aufgabenbereich der Senate fällt.

b) Beibehaltung der Norm

Zwar ist die Beibehaltung nicht direkt eine Reformmöglichkeit, allerdings stellt sie auch eine mögliche Maßnahme zur Reaktion auf § 216 StGB dar. Individualistische und paternalistische Ansätze konnten, wie bereits dargestellt (siehe II. 1. c.), nicht zur Rechtfertigung der Norm überzeugen. Daher versuchen einige Stimmen in der Literatur § 216 StGB durch allgemeine Interessen zu rechtfertigen. So stelle die Norm eine allgemeine und abstrakte Schutzvorschrift zur Sicherheit des Einzelnen vor ungewollter Fremdtötung dar.[146] Um eine solche Nichtbeachtung zu verhindern, solle die Norm signalisieren, dass die Missachtung des Lebens anderer nicht toleriert und deshalb strafrechtlich verfolgt werde.[147] § 216 StGB komme eine generalpräventive Wirkung zu und werde damit dem gesellschaftlich anerkannten Tötungstabu gerecht.[148] Die Aufhebung der Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen könne daher nicht aufgehoben werden, da dies gegen tief verwurzelte gesellschaftliche Normen und Tabus verstoßen würde.[149]

Gegen diese Begründung der Beibehaltung der Norm spricht aber die Autonomie des Einzelnen. Zwar steht das Leben in Art. 2 Abs. 2 GG unter staatlicher Schutzpflicht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Staat den Einzelnen vor gewollter Fremdtötung schützen muss, denn dies stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, das beinhaltet, dass jeder selbst über sein Leben bestimmen kann. Denn sonst wird die persönliche Freiheit des Einzelnen auf das reduziert, was der Staat für richtig hält.

c) Streichung der Norm

Als Kontrast zur Beibehaltung des § 216 StGB wird als rechtspolitische Handlungsmöglichkeit von einigen Stimmen in der Literatur auch die vollständige Streichung des § 216 StGB befürwortet. § 216 StGB sei eine bevormundende Norm, die dem Einzelnen die Verfügbarkeit über sein eigenes Leben insofern entziehe, dass er nicht uneingeschränkt selbst bestimmen dürfe, wie es enden solle.[150] Der Wille des Einzelnen im höchstpersönlichen Bereich der Lebensbeendigung sei aber zu schützen, wobei die Lebensbeendigung nicht nur das „Ob", sondern auch das „Wie" betreffe.[151] Die Streichung des § 216 StGB würde dem Einzelnen mehr Autonomie über seine Entscheidungen geben, insbesondere in Bezug auf die Entscheidung der Beendigung des eigenen Lebens.[152] Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben würde damit gewahrt werden. Zudem würde die Streichung des § 216 StGB eine Anpassung an die gesellschaftliche Entwicklung darstellen. Denn die Norm besteht seit dem Jahr 1871 und werde der heutigen Gesellschaft, die sich zunehmend für die Selbstbestimmung, Autonomie und individuelle Freiheit des Einzelnen einsetzt, nicht mehr gerecht.[153] Auch die Tatsache, dass die Tötung auf Verlangen strafbar, die

145 *Seifert*, HRRS 2023, 13 (16).
146 *Schoppe*, BLJ 2012, 107 (111); *Sternberg-Lieben*, ZfL 2023, 23 (30).
147 *Schoppe*, BLJ 2012, 107 (111); *Sternberg-Lieben*, ZfL 2023, 23 (30).
148 *Schoppe*, BLJ 2012, 107 (111).
149 *Schoppe*, BLJ 2012, 107 (111).
150 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).
151 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).
152 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).
153 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).

Beihilfe zum Suizid aber straflos sei, führe zu Schwierigkeiten, da nahezu identische Fälle in einem Fall zur Straflosigkeit und im anderen Fall zur Strafbarkeit führen würden.[154] Mit der Streichung des § 216 StGB könne dem entgegengewirkt werden. Zuletzt sei das Rechtsgut Leben ausreichend durch die §§ 211, 212 StGB geschützt, sodass die Streichung des § 216 StGB keinesfalls dazu führe, dass der Staat den Schutz des Lebens vernachlässige bzw. seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG nicht ausreichend nachkomme. [155] Ein umfassendes Verbot sämtlicher Fremdtötungen, die von der Einwilligung des Rechtgutsinhabers gedeckt seien, laufe somit der komplexen Interessenlage zuwider.[156]
Gegen die Streichung des § 216 StGB spreche aber, dass die Verhinderung der missbräuchlichen Einflussnahme auf die individuelle Entscheidung von Sterbewilligen weiterhin schutzwürdig sei.[157] Wer diese Entscheidung durch eine unzulässige Einflussnahme auf den Sterbewilligen herbeiführe, müsse dafür prinzipiell auch bestraft werden.[158] Die Streichung führe zudem in den Fällen, in denen sich nicht mehr klären lasse, ob der Sterbewille tatsächlich freiverantwortlich war, zu einer Strafbarkeitslücke.[159] Die Feststellung der freiverantwortlichen Entscheidung sei aber notwendig, um den Lebensschutz möglichst umfassend zu gewähren und eine missbräuchliche Einflussnahme auf den Sterbewilligen zu vermeiden.[160]

d) Neuregelung des § 216 StGB bzw. der Thematik der Sterbehilfe
Die Neufassung des § 216 StGB bzw. die Gesetzesänderung in Bezug auf die Thematik der Sterbehilfe wird als vierte und am weitesten verbreitete Reaktionsmöglichkeit häufig diskutiert. Im Folgenden werden sechs verschiedene Ansätze zur Neuregelung untersucht.

aa) Neufassung des § 216 StGB: Kriterium des freien Willensentschlusses
Rostalski schlug im Jahr 2021 bereits vor, § 216 StGB wie folgt neuzufassen:

„§ 216 (Unerlaubte Tötung auf Verlangen und unerlaubte Förderung oder Veranlassung einer Selbsttötung): Wer einen anderen Menschen auf dessen Verlangen hin tötet, obwohl er nach den Umständen nicht davon ausgehen darf, dass dieses Verlangen frei von wesentlichen Willensmängeln ist, wird (…) bestraft. Ebenso wird bestraft, wer die Selbsttötung eines anderen oder deren Versuch veranlasst oder fördert, obwohl er nach den Umständen nicht davon ausgehen darf, dass die Selbsttötung frei von wesentlichen Willensmängeln ist. Eine etwaige strengere Strafbarkeit nach den allgemeinen Vorschriften bleibt unberührt.“[161]

Sie bezieht sich im Wesentlichen auf das Kriterium der freien Willensentscheidung: Dem Sterbewilligen dürfe das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben mit Hilfe Dritter im Falle einer frei getroffenen Entscheidung zur Lebensbeendigung nicht genommen werden.[162] Damit werde zum einen der fahrlässige Versuch des Täters hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts des Opfers bestraft, und zwar in Form eines Gefährdungsdelikts.[163] Zum anderen vermeide die Neufassung des § 216 StGB die gegenwärtigen Mängel, indem sie klarstellt, dass Dritte grundsätzlich

154 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).
155 *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).
156 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).
157 *Rostalski*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, StGB, 2023, § 216 Rn. 53.
158 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).
159 *Coenen*, KriPoZ 2020, 67 (75).
160 *Coenen*, KriPoZ 2020, 67 (75).
161 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
162 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
163 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).

Fremdtötungen durchführen dürfen, sofern sie dem freien Willensentschluss des Opfers entsprechen.[164] Dabei sei alleinige Voraussetzung, dass der Betreffende die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches des Sterbewilligen sorgfältig überprüft habe. Durch die Neuregelung würden auch abstrakte Gefahren für das Leben des Einzelnen durch eine Sanktionsnorm im Bereich der Tötungsdelikte strafrechtlich erfasst.[165]

bb) Ausnahmetatbestand bei körperlich Suizidunfähigen

Lindners Vorschlag zu einer verfassungskonformen Neuregelung des § 216 StGB sieht vor, die Absätze eins und zwei des § 216 StGB so zu belassen und zwei neue Absätze drei und vier einzufügen. In einem neuen Absatz drei möchte er eine Ausnahme von der Tötung auf Verlangen für die Fälle regeln, in denen die sterbewillige Person aufgrund tatsächlicher Umstände zu einer Suizidhandlung auch unter Zuhilfenahme Dritter und technischer Unterstützung nicht mehr in der Lage sei.[166] Sein Vorschlag zu einem neuen Absatz vier geht in eine ähnliche Richtung zu dem Vorschlag von *Rostalski*. Auch er bezieht sich auf den frei verantwortlichen Willen der sterbewilligen Person. Danach sei die Tötung auf Verlangen aus Absatz drei nur zulässig, wenn der frei verantwortlich gebildete Wille der sterbewilligen Person ohne Zweifel erkennbar sei.[167] Der freie Willensentschluss und die Alternativlosigkeit hinsichtlich anderer Möglichkeiten zur Lebensbeendigung sei für die Feststellung der Zulässigkeit der Tötungshandlung von zwei Ärzten unabhängig voneinander zu prüfen.[168]

cc) Ausnahmetatbestand bei Handeln eines Arztes

Auch *Schäfer* appelliert für eine partielle Entkriminalisierung der Tötung auf Verlangen. Er schlägt ebenso wie *Lindner* vor, die Absätze eins und zwei des § 216 StGB so zu belassen und durch zwei neue Absätze drei und vier zu ergänzen. Diese sollen wie folgt aussehen:

„(3) Nicht rechtswidrig handelt ein Arzt, der
1. pflichtgemäß zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Patient sein Verlangen freiwillig und nach reiflicher Überlegung geäußert hat,
2. den Patienten über dessen Situation und über dessen Aussichten aufgeklärt hat,
3. nach einer Beratung feststellt, dass der Patient zu der Überzeugung
gelangt ist, dass es für seine Situation keine andere annehmbare Lösung gibt, 4. mindestens einen anderen, unabhängigen Arzt zu Rate gezogen hat, der den Patienten untersucht und schriftlich zur Voraussetzung unter 1. bis 3. Stellung genommen hat und
5. bei der Lebensbeendigung nach Regeln der ärztlichen Kunstverfahren ist.
Die Voraussetzung nach Nr. 1 ist in der Regel erfüllt, wenn der Arzt zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Zustand des Patienten aussichtslos und sein Leiden unerträglich ist. Der Arzt kann nach seinem Ermessen eine Wartezeit anordnen, wenn der Regelfall nicht erfüllt ist.
(4) Kein Arzt ist zur Vornahme der Handlung nach Absatz 1 und 3 verpflichtet.“[169]

[164] *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
[165] *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
[166] *Lindner*, NStZ 2020, 505 (508).
[167] *Lindner*, NStZ 2020, 505 (508).
[168] *Lindner*, NStZ 2020, 505 (508).
[169] *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 201.

Schäfer möchte somit der Ärzteschaft das Angebot einer Tötung auf Verlangen überlassen. Damit könne die Missbrauchsgefahr im Wesentlichen eingeschränkt werden. Vor allem Ärzte könnten ein würdevolles und zuverlässiges Sterben vermitteln, ohne Dritte zu gefährden.[170] Der Arzt kenne den Patienten in typischen Fällen schon über längere Zeit, habe seine Entwicklung verfolgt und könne am ehesten beurteilen, ob der Sterbewille freiverantwortlich geäußert wurde oder auf Übereilung beruhe.[171] Dem Argument, dass dieser Ansatz nicht im Einklang mit dem Berufsethos und der Gewissensfreiheit der Ärzte stehe, könne folgendes entgegengehalten werden: Die Berufsordnung der Ärzte könne entsprechend angepasst werden. § 16 S. 2 der Berufsordnung verbietet es Ärzten, Patienten auf deren Verlangen zu töten, § 16 S. 3 schreibt vor, dass Ärzte keine Hilfe zur Selbsttötung leisten. Diese beiden Sätze müssten gestrichen werden, sodass § 16 der Berufsordnung nur noch regele, dass Ärzte Sterbenden unter Wahrung ihrer Würde und unter Achtung ihres Willens beizustehen haben.[172] Die Gewissensfreiheit sei insofern nicht beeinträchtigt, da kein Arzt zur Sterbehilfe verpflichtet werden könne, solange er selbst keine Verpflichtung, etwa als Palliativmediziner Sterbehilfe zu leisten, eingegangen sei.[173] Zusätzlich zu den Änderungen im Strafgesetzbuch sollte ein neues Sterbehilfegesetz eingeführt werden, in welchem die Voraussetzungen mit Hilfe von Dokumentations- und Berichterstattungspflichten kontrolliert werden sollten.[174]

Der Vorschlag von *Schäfer* hat mit den Ansätzen von *Rostalski* und *Lindner* gemein, dass auch er letztlich wieder auf das Kriterium der freien Willensentscheidung abstellt. So soll überprüft werden, ob der Patient seinen Willen freiwillig und nach reiflicher Überlegung geäußert hat. Dies wird konkretisiert durch ein Verfahren, welches von einem Arzt vorgenommen wird, um so sicherzustellen, dass der Sterbewunsch auch freiwillig und nach ausreichender Beratung erfolgt.

dd) Prozedurale Lösung

Ferner wird von Stimmen in der Literatur vorgeschlagen, die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches durch ein formelles Verfahren abzusichern, so wie es bereits in der Schweiz die Regel ist. Durch eine ärztliche Verschreibungspflicht solle es zu einem Kontrollverfahren kommen, das sicherstelle, dass eine Suizidentscheidung tatsächlich dem freien und wohlerwogenen Willen des Betroffenen entspricht.[175] Die ärztliche Verschreibungspflicht solle zudem dafür sorgen, dass Aufklärungsgespräche stattfinden und der Arzt dadurch die Urteilsfähigkeit des Sterbewilligen sowie die medizinischen Unterlagen und die Ausschöpfung von Behandlungsmaßnahmen prüfen könne.[176] Auch das *BVerfG* spricht sich in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB für eine prozedurale Lösung zum Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben in Bezug auf die Suizidhilfe aus.[177] Gesetzliche Sicherungsmechanismen sollten Aufklärungs- und Wartepflichten, die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sowie Verbote besonders gefährlicher Erscheinungsformen der Suizidhilfe regeln.[178] Je nach Lebenssituation des Sterbewilligen seien unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis und die Dauerhaftigkeit des Selbsttötungswillen zu stellen. Für die Sicherung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts des Einzelnen, mit Unterstützung Dritter zu sterben, müsse zusätzlich zu einem prozeduralen Sicherungskonzept auch das Berufsrecht

170 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 191.
171 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 191.
172 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 192.
173 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 192.
174 *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, S. 202.
175 *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (514).
176 *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (514).
177 *BVerfG,* NJW 2020, 905 (921).
178 *BVerfG,* NJW 2020, 905 (921).

der Ärzte und Apotheker ausgestaltet werden sowie möglicherweise auch Anpassung des Betäubungsmittelrechts stattfinden.[179]

ee) AMHE-Sterbehilfegesetz

Im Jahr 2021 reagierte ein Zusammenschluss von Juristen ebenfalls auf das *BVerfG*-Urteil zur Nichtigkeit des § 217 StGB. Durch ein eigenes Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention, dem Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf (AMHE-SterbehilfeG), solle das Recht auf selbstbestimmtes Sterben mit der effektiven Suizidprävention verbunden werden.[180] Zweck des Gesetzes sei der Schutz der Menschenwürde, des Persönlichkeitsrechts, des Rechts auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit.[181] § 216 StGB werde aus dem Strafgesetzbuch gestrichen und stattdessen in einem eigenen Sterbehilfegesetz als Nebenstrafrecht geregelt: Er solle durch den § 15 Sterbehilfegesetz mit der Überschrift „Strafvorschriften" ersetzt werden, der denjenigen bestraft, der entgegen § 6 SterbehilfeG aktive Sterbehilfe vornimmt.[182] Zusätzlich solle der § 6 SterbehilfeG mit der Überschrift „Aktive Sterbehilfe" eingeführt werden.[183] Danach solle die täterschaftliche Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen unter engen Voraussetzungen nicht rechtswidrig sein.[184] Aktive Sterbehilfe dürfe nur vorgenommen werden, wenn sie dazu diene, einen schweren und nicht anders abwendbaren Leidensdruck der Person zu beenden und dieses, ähnlich wie es in den Benelux-Ländern gehandhabt wird, von einem unabhängigen Arzt bestätigt wurde.[185]

ff) Gesetzesentwürfe zur Sterbehilfereform aus der Politik

Abschließend sei auf die beiden jüngsten Gesetzesentwürfe zur Reform der Sterbehilfe hingewiesen, die nach einer dreieinhalbjährigen Debatte im Juli 2023 im Bundestag abgelehnt wurden. Der Entwurf um den Abgeordneten *Lars Castellucci* (SPD) sieht eine strafgesetzliche Regelung vor, welche die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung mit der Einführung eines neuen § 217 StGB wieder unter Strafe stellen sollte.[186] Es werden allerdings Ausnahmen normiert, unter denen bestimmte Förderungshandlungen nicht rechtswidrig seien.[187] Zusätzlich solle in einem neuen § 217a StGB die Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung unter Strafe gestellt werden.[188] Dieser Entwurf wird dem Urteil des *BVerfG* zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB und dem damit einhergehenden Recht auf selbstbestimmtes Sterben aber in keinem Fall gerecht. Mit der Entscheidung des *BVerfG* könne die Suizidhilfe kein Unrecht mehr begründen, denn sie sei Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Suizidenten.[189] Kern des Gesetzesentwurfes um die Abgeordneten *Katrin Helling-Plahr* (FDP), *Petra Sitte* (Linke) sowie *Renate Künast* (Grüne) und *Katja Keul* (SPD) ist die Schaffung eines eigenständigen Suizidhilfegesetzes, welches das Recht auf Hilfe zur Selbsttötung und das Recht auf Unterstützung von suizidwilligen Personen festlegen sollte.[190] Der Gesetzesentwurf normiert, dass jeder, der einen freien und autonomen Willen entwickelt habe, ein Recht auf

[179] *BVerfG,* NJW 2020, 906 (921).
[180] *Dorneck et al*., Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmtes Sterben und zur Suizidprävention, Augsburger-Münchener-Hallescher-Entwurf, 2021, S. 1.
[181] *Dorneck et al*. (Fn. 180), S. 1.
[182] *Dorneck et al*. (Fn. 180), S. 10
[183] *Dorneck et al*. (Fn. 180), S. 4.
[184] *Dorneck et al*. (Fn. 180), S. 4 ff.
[185] *Dorneck et al*. (Fn. 180), S. 5.
[186] BT-Drucks. 20/904, S. 5.
[187] BT-Drucks. 20/904, S. 5.
[188] BT-Drucks. 20/904, S. 6.
[189] *Rosenau*, medstra 2023, 273 (273).
[190] BT-Drucks. 20/7624, S. 11.

selbstbestimmtes Sterben habe und dazu auch Hilfe Dritter in Anspruch nehmen könne.[191] Zudem enthält der Gesetzesentwurf in den §§ 6-8 Regelungen dazu, dass den Sterbewilligen ein sicherer Zugang zu bestimmten Arznei- oder Betäubungsmitteln eröffnet werde, mit denen sie ihren Suizidwunsch erfüllen wollen.[192] Insbesondere dem letzteren Gesetzesentwurf ist zugute zu halten, dass er mit der Ausweitung der Möglichkeiten zum Suizid die Freiverantwortlichkeit und Selbstbestimmung in Bezug auf die Lebensbeendigung des Einzelnen stärkt, da er das Recht auf Hilfe zur Selbsttötung vom freien Willen des Sterbewilligen abhängig macht.

e) Evaluierung der Reformansätze

Allein die Vielzahl an verschiedenen Ansätzen, Norm- und Gesetzesentwürfen zeigt die Komplexität der Thematik auf und verdeutlicht, wie viele Gesichtspunkte im Hinblick auf eine mögliche Reform zu berücksichtigen sind. Wie bereits aufgezeigt, können die Ansätze der verfassungskonformen Auslegung, der Streichung und der Beibehaltung des § 216 StGB nicht überzeugen. Denn die aufgezeigten Defizite des § 216 StGB machen eine Reform unumgänglich, wobei die Streichung des § 216 StGB wegen des Schutzes vor missbräuchlicher Einflussnahme keine geeignete Reformmöglichkeit darstellt. Es verbleiben somit die Möglichkeiten zur Neufassung des § 216 StGB bzw. der Thematik der Sterbehilfe.

Einer prozeduralen Regelung ist anzurechnen, dass das formelle Verfahren die Suizidentscheidung durch den tatsächlichen, endgültigen und freien Willen des Sterbewilligen sichert und somit eine missbräuchliche Einflussnahme auf den Sterbewilligen verhindert werden kann. Allerdings könnten lange Wartefristen und Therapieauflagen, die in einem solchen Verfahren geregelt sind, einen nicht unerheblichen Eingriff in die Freiheit des Sterbewilligen darstellen.[193] Die Einführung formeller Hürden könne dazu führen, dass der Sterbewillige von der Durchführung einer Unterstützung abgeschreckt werde, denn es könne als Hinweis verstanden werden, dass ein solches Verhalten sozial unerwünscht sei.[194] Neben einer materiell-rechtlichen Lösung erscheint jedoch ein formelles Verfahren unverzichtbar, da auf diese Weise der tatsächliche und endgültige Wille des Sterbewilligen am besten erkannt und sichergestellt werden kann. Das Verfahren sollte jedoch so gestaltet sein, dass der Einzelne es nicht als Hürde empfindet, sondern vielmehr als Möglichkeit, seinen Sterbewunsch mit Fachpersonal zu besprechen und sich in seiner Entscheidung zur Lebensbeendigung bestärkt fühlt, sobald diese endgültig und zweifelsfrei feststeht. Die Wartezeiten sollten daher so kurz wie möglich gehalten und die Anforderungen an Therapiemaßnahmen den Bedürfnissen und der Situation des Sterbewilligen angepasst werden.

Neben einem formellen Verfahren bedarf es aber unbedingt einer materiell-rechtlichen Lösung im StGB. Insbesondere der Ansatz aus dem AMHE-Sterbehilfegesetzesentwurf, § 216 StGB zu streichen und die aktive Sterbehilfe in einem eigenen Gesetz zu regeln,[195] überzeugt nicht. Denn damit werde ein Tötungsdelikt aus dem Kernstrafrecht herausgenommen und für den Betroffenen kaum erkennbar und unscheinbar ins Nebenstrafrecht verschoben.[196] Auch der Gesetzesentwurf aus dem Bundestag um die Abgeordnete *Renate Künast*, der die Einführung eines eigenständigen Sterbehilfegesetz vorsieht,[197] kann daher nicht überzeugen, da in jedem Fall auch eine Anpassung im StGB erfolgen muss.

Vorzugswürdig ist es, § 216 StGB neu zu fassen und um Hinweise auf ein formelles Verfahren zu ergänzen, wie es auch von *Schäfer* vorgeschlagen wird. Für die Neufassung des § 216 StGB erscheint insbesondere der Ansatz

191 BT-Drucks. 20/7624, S. 11 ff.
192 BT-Drucks. 20/7624, S. 14 ff.
193 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
194 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
195 *Dorneck et al.* (Fn. 180), S. 10.
196 *Scholz*, medstra 2021, 157 (161).
197 BT-Drucks. 20/7624, S. 11 ff.

von *Rostalski* überzeugend, der in einem neu gefassten § 216 StGB nur denjenigen mit Tötung auf Verlangen bestrafen will, der nicht davon ausgehen durfte, dass der Sterbewunsch des Verlangenden frei von erheblichen Willensmängeln ist.[198] Damit wird dem Recht des Einzelnen auf ein selbstbestimmtes Sterben hinreichend Rechnung getragen und gleichzeitig der Schutz des Lebens ausreichend gewahrt. Der Sterbewillige erhält die Möglichkeit, bei einem feststehenden Sterbewunsch die Hilfe Dritter bei der Lebensbeendigung in Anspruch zu nehmen. Die Bestrafung hingegen wird allein davon abhängig gemacht, ob für den Ausführenden eine freiverantwortliche Entscheidung zur Lebensbeendigung erkennbar war. Die neue Norm stellt damit klar, dass Dritte grundsätzlich Fremdtötungen durchführen dürfen, sofern sie dem freien Willensentschluss des Sterbewilligen entsprechen. Es wird sichergestellt, dass abstrakte Gefahren für das Leben des Einzelnen durch eine Sanktionsnorm im Bereich der Tötungsdelikte strafrechtlich erfasst werden.

III. Fazit und Ausblick

Wir stehen hinsichtlich der Regelung der Sterbehilfethematik im StGB an demselben Punkt wie vor neun Jahren, bevor § 217 StGB neu eingeführt wurde und § 216 StGB die einzige Regelung diesbezüglich darstellte. Der aktuelle Wortlaut des § 216 StGB ist nahezu identisch mit dem aus dem Jahr 1871, als die Norm mit dem RStGB eingeführt wurde. Das Rechtfertigungsproblem, welches § 216 StGB schon immer hatte, hat sich durch das Urteil des *BVerfG* zu § 217 StGB weiter verschärft. Die Norm wird dem Ausgleich zwischen dem Rechtsgut Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG, welches vom Staat geschützt wird, und dem Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben, abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art 1 Abs. 1 GG, nicht gerecht. Denn zu einem freien Leben gehört auch ein freies Sterben. Zudem lässt § 216 StGB eine klare Regelung zur Abgrenzung einer straflosen Beihilfe zum Suizid von einer strafbaren Tötung auf Verlangen vermissen.
Die Frage, wie die strafrechtlichen Regeln nun gestaltet sein sollten, um den individuellen Wunsch nach einem würdevollen Lebensende angemessen zu berücksichtigen, während gleichzeitig die Schutzinteressen des Lebens gewahrt bleiben, kann zumindest in eine Richtung beantwortet werden: Der Straftatbestand des § 216 StGB muss reformiert werden. Die immer wieder auftretenden kontroversen Gerichtsentscheidungen zeigen, dass die derzeitige Regelung nicht haltbar ist. Erst wenn im Bereich der Sterbehilfe Rechtsklarheit besteht, kann jeder sein Recht auf selbstbestimmtes Sterben effektiv wahrnehmen. Am sinnvollsten erscheint eine Reform in Form einer Neufassung des § 216 StGB in Verbindung mit einem förmlichen Verfahren, dass die Therapiemaßnahmen im Rahmen von Aufklärungsgesprächen und kurzen Wartezeiten regelt. Dadurch kann sichergestellt werden, dass der Sterbewunsch des Einzelnen gefestigt und endgültig ist. Nach dieser Feststellung sollte dem Sterbewilligen die Möglichkeit zu einem würdevollen Tod gegeben sein, worunter auch die Unterstützung Dritter bei der Lebensbeendigung fällt. Als Vorbild kann hier unser Nachbarland Frankreich dienen, wo die aktive Sterbehilfe unter bestimmten Voraussetzungen legalisiert werden soll.[199] Es bleibt zu hoffen, dass die Rufe nach Forderungen einer Reform des § 216 StGB nicht verstummen und es trotz der vielen Diskussionen zu einer Neuregelung kommt.

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

198 *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).
199 Emmanuel Macron kündigt Liberalisierung an: Frankreich will aktive Sterbehilfe erlauben, LTO, 11.03.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/persistent/a_id/54074/ (zuletzt abgerufen am 11.4.2024).

KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift JuP

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Isabelle Weyermann

Legalisierung von Cannabis in Deutschland – kritische Würdigung des Cannabisgesetzes

Universität zu Köln
Fachbereich Rechtswissenschaft
Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann
Abgabedatum: 12.6.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung ***133***

II. Rechts- und Sachlage bis zur Einführung des CanG ***133***

1. Rechtslage *133*

2. Sachlage *134*

III. Das Cannabisgesetz (CanG): Allgemeines ***134***

1. Struktur und Grundlage *134*

2. Inkrafttreten *135*

IV. Ziele des CanG ***135***

V. Kritische Würdigung des CanG ***135***

1. Konsumcannabisgesetz (KCanG) *135*

a) Privater Gebrauch und privater Anbau von Cannabis *135*

aa) Überblick *135*

bb) Kritische Betrachtung der gesetzlichen Regelungen zum privaten Anbau, § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG und § 9 Abs. 1 KCanG *136*

b) Strafvorschriften des KCanG *137*

aa) Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG *137*

(1) Einsatz des Strafrechts: Allgemeines *137*

(2) Einsatz des Strafrechts bei der Überschreitung von Besitzgrenzen *137*

bb) Die „nicht geringe Menge" Cannabis *139*

(1) Verfassungsrechtliche Bedenken *139*

(2) Neue BGH-Rechtsprechung *140*

cc) Fazit *141*

c) Legale Bezugsmöglichkeiten von Cannabis *141*

2. Artikel 13 CanG *142*

a) Inhalt *142*

b) Verfassungsrechtliche Bedenken *142*

c) Fazit *144*

3. Erfolgsaussichten der mit dem CanG verfolgten Ziele *144*

a) Bekämpfung des Schwarzmarkts *144*

aa) Erleichterung des Straßenhandels *144*

bb) Fehlende Strafbarkeit beim Cannabiserwerb vom Schwarzmarkt? *144*

cc) Auswirkungen der Anbauvereinigungen *145*

(1) Voraussichtliche Inanspruchnahme *145*

(2) Missbrauch durch die organisierte Kriminalität *146*

(3) Fazit *147*

dd) Fehlen eines niedrigschwelligen Zugangs *147*

ee) Fazit *147*

b) Kinder- und Jugendschutz *148*

aa) Voraussichtliche Entwicklung *148*

bb) Würdigung der gesetzlichen Maßnahmen *148*

cc) Fazit *149*
c) Gesundheitsschutz *149*
aa) Voraussichtliche Entwicklung *149*
bb) Würdigung der gesetzlichen Maßnahmen *150*
cc) Speziell: Auswirkungen auf den Straßenverkehr *150*
dd) Fazit *151*
4. Auswirkungen des CanG auf die Justiz *151*
VI. Gesamtfazit **151**

I. Einleitung

Ein zurückgedrängter Schwarzmarkt, ein verbesserter Gesundheits- sowie ein gestärkter Kinder- und Jugendschutz. Oder doch steigende Krankenhausaufenthalte, eine Ausweitung des Schwarzmarkts und eine erheblich überlastete Justiz? Gesetzliche Regelungen, die Besorgnis erregen oder doch für Begeisterung sorgen?[1] Kaum ein Gesetz hat wohl in den letzten Jahren so viel Aufsehen erregt und für so viele intensive Diskussionen gesorgt. Dies betrifft nicht nur die mit einer Legalisierung einhergehenden gesundheitlichen Bedenken, sondern vielmehr auch deren rechtliche Umsetzung.

Seit Inkrafttreten des Cannabisgesetzes (CanG) stehen eine Vielzahl von rechtlichen Fragen im Raum, die insbesondere die Auslegung und praktische Umsetzung der Normen betreffen.[2] Bereits am 14.5.2024, ca. sechs Wochen nach dem Inkrafttreten des CanG, haben die Koalitionsfraktionen schon einen Gesetzesentwurf auf den Weg gebracht, welcher Änderungen des Konsumcannabisgesetzes und des Medizinal-Cannabisgesetzes vorsieht.[3]

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, wie das Cannabisgesetz insgesamt zu würdigen ist. Deren Beantwortung erfordert zunächst eine Herausarbeitung der bisherigen Rechts- und Sachlage sowie eine Darstellung der mit dem CanG verfolgten Ziele. Sodann werden ausgewählte Gesetze und Normen des CanG näher untersucht und gewürdigt. Besondere Berücksichtigung finden dabei die Strafvorschriften. Ebenfalls zu würdigen sind die Erfolgsaussichten der mit dem CanG verfolgten Ziele. Zuletzt werden die Auswirkungen des CanG auf die Justiz näher betrachtet.

II. Rechts- und Sachlage bis zur Einführung des CanG

1. Rechtslage

Bis zum Inkrafttreten des CanG (speziell: Art. 3 CanG – Änderung des Betäubungsmittelgesetzes) war Cannabis in der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG gelistet. Es handelte sich bis dahin um ein nicht verkehrsfähiges Betäubungsmittel.[4] So gut wie jegliche Umgangsformen, so z.B. der Besitz von Cannabis, wurden durch die §§ 29 ff. BtMG unter Strafe gestellt. Besaß der Täter unerlaubt eine nicht geringe Menge Cannabis, so erfüllte dieser den Verbrechenstatbestand (vgl. § 12 Abs. 1 StGB) des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, welcher mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr sanktioniert wird.

Doch wie sah es mit dem Konsum von Cannabis aus? Für ein Besitzen im Sinne der §§ 29 ff. BtMG fordert die ständige Rechtsprechung des *BGH* ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und einen Besitzwillen, der darauf gerichtet ist, die Möglichkeit der ungehinderten Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten.[5] Wurde das Cannabis zum sofortigen Verbrauch in einer verbrauchsgerechten Menge an den Konsumenten übergeben, so blieb die Verfügungsgewalt beim Übergebenden. Es lag lediglich ein strafloser Konsum vor.[6] Grund für die Straflosigkeit war, dass, im Gegensatz zum Besitz, hier nicht die potenzielle Gefahr der Weitergabe des Cannabis bestand.[7] Aufgrund der starken Verschränkungen der Tatvarianten des § 29 Abs. 1 BtMG war der straflose Konsum jedoch

[1] MDR Aktuell, Lob und Kritik für neues Cannabis-Gesetz, 24.2.2024, online abrufbar unter: https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/reaktionen-ampel-cannabis-gesetz-100.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
[2] *Wittig*, Legaler Besitz, illegaler Erwerb?, LTO, 17.05.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-schwarzmarkt-illegaler-erwerb-zeuge-staatsanwaltschaft-legalisierung (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
[3] BT-Drs. 20/11366.
[4] *Kellner*, NJW-Spezial 2024, 248.
[5] *BGH*, NStZ 2020, 41 (41); *BGH*, NStZ 2011, 98 (98); *BGH*, NStZ-RR 1998, 148 (149); *BGH*, Besch. v. 2.12.1992 - 5 StR 592/92, BeckRS 1992, 31083905, Rn. 6.
[6] *BGH*, NStZ 1993, 191 (191 f.); *OLG Hamburg*, NStZ 2008, 287 (288); *OLG München*, NStZ 2006, 579 (580).
[7] *Wettley*, in: BeckOK-BtMG, 22. Ed. (Stand: 15.3.2024), § 29 Rn. 510.

in der Praxis höchst selten.[8]

Somit war bis zur Einführung des CanG der Umgang mit Cannabis, bis auf dessen bloßen Konsum, verboten. Die Verwendung von Cannabis zu medizinischen Zwecken war nur in Ausnahmefällen vorgesehen.[9] Jedenfalls wurde es durch Art. 3 CanG aus der Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG gestrichen, sodass auch dieses nicht mehr in den Anwendungsbereich des BtMG fällt.

2. Sachlage

Trotz der genannten Verbote (s.o.) war Cannabis in den letzten Jahren eine weit verbreitete Droge in Deutschland. Der Epidemiologische Suchtsurvey (ESA), der alle drei Jahre bevölkerungsrepräsentative Studien zum Thema Drogenkonsum in Deutschland durchführt, kam zuletzt im Jahr 2021 zu dem Ergebnis, dass ca. 4,5 Millionen Erwachsene zwischen 18 und 64 Jahren (ca. 8,8 %) in den letzten zwölf Monaten (sog. Zwölf-Monats-Prävalenz) Cannabis konsumiert haben. Im Vergleich zur letzten ESA-Befragung im Jahr 2018 ist damit eine Steigerung von 1,7% zu verzeichnen.[10] Eine weitere Studie („Alkoholsurvey 2021“) ist zu dem Ergebnis gekommen, dass im Jahr 2021 ca. die Hälfte (50,8 %) der jungen Erwachsenen zwischen 18 und 25 Jahren in Deutschland über eigene Konsumerfahrung verfügten. In den letzten zwölf Monaten konsumierten 8,6 % dieser Altersgruppe regelmäßig (mehr als zehnmal) Cannabis. Bei den Jugendlichen zwischen zwölf und 17 Jahren ist der Anteil geringer: 9,3 % gaben im Jahr 2021 an, eigene Konsumerfahrungen mit Cannabis gemacht zu haben. 1,6 % der Jugendlichen konsumierten regelmäßig Cannabis.[11] Zwischen 1973 und 1997 machten in der Regel ca. 25 % der 18- bis 25-jährigen eigene Konsumerfahrungen. Dieser Anteil lag im Jahr 2021 bei 50,8 % (s.o.) und ist so hoch wie in keinem anderen Jahr bisher. Bei den Jugendlichen ist dieser Anteil seit 2011 zwar gestiegen, der dargestellte Wert von 9,3 % liegt dennoch unter dem Höchstniveau von 2004 (15 %).[12]

Im Ergebnis ist der Cannabiskonsum, trotz der bisherigen Prohibitionspolitik, in der deutschen Bevölkerung nicht nur verbreitet, sondern steigt insbesondere bei jungen Erwachsenen, aber auch bei Jugendlichen, weiter an.

III. Das Cannabisgesetz (CanG): Allgemeines

1. Struktur und Grundlage

Bei dem CanG handelt es sich um ein sog. Artikelgesetz.[13] In seinen 15 Artikeln werden der Umgang mit Cannabis (Konsumcannabisgesetz - KCanG), die Versorgung mit Cannabis zu medizinisch und medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken (Medizinal-Cannabisgesetz - MedCanG) und die Änderung zahlreicher Gesetze und Verordnungen sowie deren Inkrafttreten geregelt.

Das CanG basiert auf den Eckpunkten des sog. Zwei-Säulen-Modells „Club Anbau & Regional-Modell“ (CARe-Modell)[14], durch dessen Einführung Vorgaben der ersten Säule, u.a. der private Eigenanbau und der Anbau in nicht-gewinnorientierten Vereinigungen, umgesetzt wurden. Im Rahmen der zweiten Säule sind regionale Modellvorhaben mit kommerziellen Lieferketten vorgesehen.[15]

---

8 *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321 (324).
9 *Kellner*, NJW-Spezial 2024, 248.
10 *Rauschert et al.*, Deutsches Ärzteblatt 2022, 527 ff.
11 BzgA, Der Substanzkonsum Jugendlicher und junger Erwachsener in Deutschland, Juni 2022, S. 34 f., online abrufbar unter: https://www.bzga.de/fileadmin/user_upload/PDF/studien/BZgA_Alkoholsurvey_2021.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
12 BzgA, Der Substanzkonsum Jugendlicher und junger Erwachsener in Deutschland, S. 37 f.
13 *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1217).
14 Eckpunkte eines 2-Säulen-Modells, 24.3.2023, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/04/Eckpunkte_2-Saeulenmodell_Cannabis.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
15 Bundesgesundheitsministerium, Fragen und Antworten zum Cannabisgesetz, online abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/cannabis/faq-cannabisgesetz (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

2. Inkrafttreten

Der Großteil des CanG, darunter auch die Bestimmungen, die den Umgang mit Cannabis und dessen privaten Eigenanbau betreffen, ist gem. Art. 15 Abs. 1 CanG seit dem 1.4.2024 in Kraft. Regelungen zu den nicht gewinnorientierten Anbauvereinigungen treten gem. Art. 15 Abs. 2 CanG ab dem 1.7.2024, solche zur Tilgung von Eintragungen im Bundeszentralregister gem. Art. 15 Abs. 3 CanG ab dem 1.1.2025 in Kraft.

IV. Ziele des CanG

Grundlage für die Neuorientierung in der Cannabispolitik ist eine sog. geänderte Risikobewertung.[16] Mit der Einführung des CanG werden zahlreiche Ziele verfolgt. Der Gesundheitsschutz soll u.a. dadurch gefördert werden, dass die Qualität des Cannabis nunmehr kontrolliert und die Weitergabe von verunreinigtem Cannabis gestoppt wird.[17] Cannabis, welches vom Schwarzmarkt erworben wird, beinhaltet oftmals einen unbekannten THC-Gehalt, verunreinigte oder giftige Beimengungen oder synthetische Cannabinoide. Dessen Konsum ist mit erheblichen Gesundheitsgefahren verbunden.[18] Daneben wird die Eindämmung des Schwarzmarktes, die Stärkung der cannabisbezogenen Aufklärung und Prävention sowie der Schutz der Bürgerinnen und Bürger, die kein Cannabis konsumieren, vor den direkten und indirekten Folgen des Konsums, befolgt. Generell soll volljährigen Personen ein verantwortungsvoller Umgang mit Cannabis erleichtert werden, während Anreize zu diesem gerade nicht geschaffen werden sollen.[19] Auch die Justiz soll teilweise entlastet werden.[20]

V. Kritische Würdigung des CanG

1. Konsumcannabisgesetz (KCanG)

Kernpunkt des CanG ist u.a. Art. 1 CanG, das Konsumcannabisgesetz (KCanG). Mit seinen 44 Paragraphen regelt dieses insbesondere den (un-)zulässigen Umgang mit Cannabis. Was unter Cannabis iSd KCanG zu verstehen ist, ist in § 1 Nr. 8 KCanG geregelt. Hervorzuheben ist, dass Cannabis zu medizinischen Zwecken und oder zu medizinisch-wissenschaftlichen Zwecken nicht darunterfällt. Auf diese finden gem. § 1 MedCanG die Vorschriften des neu eingefügten MedCanG Anwendung.

a) Privater Gebrauch und privater Anbau von Cannabis

aa) Überblick

Aufgrund der Komplexität der Normen ist ein kurzer Überblick über die Regelungen zum privaten Gebrauch und privaten Anbau geboten: § 2 Abs. 1 KCanG erklärt zunächst einen Großteil der cannabisbezogenen Umgangsformen für verwaltungsrechtlich verboten. § 2 Abs. 3 KCanG enthält wiederum für Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, abschließende Ausnahmen von den Verboten nach § 2 Abs. 1 KCanG.[21] Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, grundsätzlich bis zu 25 Gramm Cannabis außerhalb Ihres Wohnraums (vgl. § 3 Abs. 1 KCanG) und an ihrem Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort bis

16 BT-Drs. 20/8704, S. 68 f. (zu beachten ist, dass sich die Gesetzesbegründungen auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung bezieht, dennoch können diese übertragen werden).
17 BT-Drs. 20/8704, S. 1, 68 f.
18 Ebd.
19 Ebd.
20 BT-Drs. 20/8704, S. 86.
21 *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1217).

zu 50 Gramm Cannabis und bis zu drei lebende Cannabispflanzen besitzen dürfen (vgl. § 3 Abs. 2 S. 1 KCanG). Gem. § 3 Abs. 2 S. 2 darf die Gesamtmenge des Besitzes 50 Gramm Cannabis nicht überschreiten.

bb) Kritische Betrachtung der gesetzlichen Regelungen zum privaten Anbau, § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG und § 9 Abs. 1 KCanG

In Anbetracht des nunmehr in Grenzen erlaubten privaten Eigenanbaus sind speziell die Regelungen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG und § 9 Abs. 1 KCanG näher zu betrachten.

Gem. § 9 Abs. 1 KCanG ist volljährigen Personen, zum Zwecke des Eigenkonsums,[22] der Eigenanbau von bis zu drei Cannabispflanzen erlaubt.

In diesem Zusammenhang ist § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG von Bedeutung, welcher die Herstellung von Cannabis verbietet. Für die Auslegung dieses Begriffs soll im Rahmen des KCanG dieselbe Auslegung gelten wie im BtMG.[23]

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 BtMG enthält wiederum eine Legaldefinition für das Herstellen: Darunter ist das Gewinnen, Anfertigen, Zubereiten, Be- oder Verarbeiten, Reinigen und Umwandeln zu verstehen.

In Bezug auf Cannabis ist festzustellen, dass die bloße Abnahme von Cannabisblättern[24] oder deren Abschneiden[25] schon unter das Herstellen iS des § 2 Abs. 1 Nr. 4 BtMG fielen und somit grundsätzlich auch unter das Herstellen iS des §2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG fallen. Daraus folgt, dass die Abnahme von Cannabisblättern (als Herstellung) gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG verboten ist. Schlussfolgernd wäre das Anbauen von bis zu drei Cannabispflanzen gleichzeitig grundsätzlich erlaubt (vgl. § 9 Abs. 1 KCanG), das Ernten dieser (z.B. durch die Abnahme der Cannabisblätter) wäre aber wiederum gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG verboten und in § 34 Abs. 1 Nr. 3 KCanG unter Strafe gestellt.[26] Dies kann vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit dem privaten Anbau gerade eine legale Bezugsmöglichkeit von Cannabis angestrebt hat,[27] nicht gewollt sein.

Um den Bezug von Cannabis durch den privaten Cannabisanbau überhaupt legal zu ermöglichen, wird vorgeschlagen, den Begriff des Herstellens autonom iS des KCanG auszulegen.[28] Alternativ könnte künftig in § 1 KCanG eine eigenständige Begriffsdefinition für das Herstellen geregelt oder eine Streichung des Verbots des Herstellens von Cannabis in § 2 Abs. 1 Nr. 3 KCanG vorgenommen werden.[29] Dass der Gesetzgeber hier tätig werden und seinen gesetzgeberischen Fehler beheben sollte, ist im Hinblick auf die Klarheit und Nachvollziehbarkeit der Normen wünschenswert. Wie dargelegt, stehen diese nach jetziger Rechtslage in einem Widerspruch zueinander, obwohl der Wille des Gesetzgebers, den Bezug von Cannabis durch den privaten Eigenanbau zu ermöglichen, eindeutig aus dem Gesetz und der Gesetzesbegründung hervorgeht. In der Übergangszeit sollte, um dem gesetzgeberischen Willen gerecht zu werden, die Herstellung von Cannabis jedenfalls autonom iS des KCanG ausgelegt werden.

22 BT-Drs. 20/8704, S. 101.
23 BT-Drs. 20/8704, S. 94.
24 *OLG Dresden*, NStZ-RR 1999, 372 (373).
25 BayObLGSt 2001, 166 (167).
26 *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1218); *Oğlakcıoğlu/Sobota*, ZRP 2023, 194 (195); NRV, Geplante Legalisierung von Cannabis muss optimiert werden, 26.10.2023, S. 2, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-7-_Neue-Richtervereinigung_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
27 BT-Drs. 20/8704, S. 101.
28 *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1218 f.).
29 *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme zum Entwurf, 11.10.2023, S. 10 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-3-_Prof-Dr-Mustafa-Temmuz-Oglakcioglu_Cannabis_nicht-barrierefrei-data-1.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

b) Strafvorschriften des KCanG

Verstöße im Umgang mit Cannabis werden im KCanG durch Strafvorschriften in § 34 KCanG sowie durch Bußgeldvorschriften in § 36 KCanG sanktioniert. Zu prüfen ist, wie der entsprechende Einsatz des Strafrechts im Rahmen des KCanG zu würdigen ist.

aa) Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG

Der Einsatz des Strafrechts wird nicht nur im Hinblick auf die Überschreitung der Besitzgrenzen kritisiert, sondern auch im Hinblick auf die weiteren konsumbezogenen Handlungen.[30]

Speziell wird hier die Strafbarkeit des Besitzes kritisch untersucht und bewertet.

(1) Einsatz des Strafrechts: Allgemeines

Der Einsatz des Strafrechts als schärfstes Machtinstrument der Staatsgewalt darf in der Bundesrepublik Deutschland, entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher u.a. in Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist, nur als letztes Mittel erfolgen (sog. Ultima-Ratio-Grundsatz).[31] Bevor das Strafrecht zum Einsatz kommt sind andere Mittel, wie das Zivil- und Verwaltungsrecht, einzusetzen.[32] Das Strafrecht ist insofern subsidiär[33] und darf nur zum Einsatz kommen, wenn das Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist. Die Verhinderung des Verhaltens muss deshalb besonders dringlich sein.[34]

(2) Einsatz des Strafrechts bei der Überschreitung von Besitzgrenzen

Zunächst ist festzuhalten, dass der Besitz von Cannabis, wenn die Grenzen des § 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG nicht eingehalten werden, weiterhin strafrechtlich sanktioniert wird. Besitzt eine Person mehr als 30 Gramm Cannabis an einem Ort, der nicht sein Wohnsitz oder sein gewöhnlicher Aufenthalt ist, mehr als 60 Gramm an seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort oder mehr als drei lebende Cannabispflanzen, so drohen ihm eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren. Geringere Überschreitungen der erlaubten Besitzmengen stellen eine Ordnungswidrigkeit dar, vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 KCanG.

Dies ist vor dem Hintergrund der oben dargestellten Grundsätze zu würdigen.

Schwierigkeiten ergeben sich schon bei der Prüfung, welchem Rechtsgut das Strafrecht hier dienen soll, denn ganz herrschend wird die Aufgabe des Strafrechts gerade im Rechtsgüterschutz gesehen.[35]

Der alleinige Besitz von Cannabis, auch von mehr als 60 Gramm am Wohnsitz, schadet zunächst keiner Person.[36] Besitzt der Täter diese zum späteren privaten Gebrauch, so kommt eine spätere Selbstschädigung des Konsumenten in Betracht, sodass auf dessen individuellen Gesundheitsschutz als zu schützendes Rechtsgut abgestellt werden könnte.

Allerdings akzeptiert schon der Gesetzgeber den Cannabiskonsum volljähriger Personen bei gleichzeitiger Anerkennung der damit einhergehenden gesundheitlichen Risiken.[37] Eine Beeinträchtigung der Gesundheit kann mit

30 *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8 f. (zu beachten ist, dass die Tathandlungen sind in der Stellungnahme teilweise noch anders beziffert).
31 *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2023), § 3, Rn. 5; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 97.
32 Ebd.
33 *Rengier*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 6; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 97.
34 BVerfGE 88, 203 (258).
35 Vgl. BVerfGE 96, 245 (249); BVerfGE 88, 203 (273); *Radtke*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), Vor § 38 Rn. 1; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 1; *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. (2017), Vor § 1 Rn. 3; *Rengier*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 1 ff.; *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321 (323).
36 *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321 (323); *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 34.
37 BT-Drs. 20/8704, S. 68; *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8.

dem Cannabiskonsum zwar einhergehen, allerdings obliegt die straflose Selbstschädigung gerade der eigenverantwortlichen und autonomen Entscheidung einer Person, weshalb das Strafrecht in diesen Fällen nicht zum Einsatz kommen darf.[38] Die Selbstschädigung ist Bestandteil der Selbstverwirklichung einer Person.[39] Schon in Anbetracht der straflosen Selbsttötung kann eine etwaige Gesundheitsgefährdung nicht den Einsatz des Strafrechts als schärfstes Machtinstrument rechtfertigen,[40] zumal der Gesetzgeber ohnehin davon ausgeht, dass nach dem derzeitigen Standpunkt der Wissenschaft der Konsum von rein pflanzlichem Cannabis nicht tödlich ist.[41]

In Betracht kommt eine mit dem Besitz einhergehende Gefahr, dass das (in großen Mengen) gelagerte Cannabis an Dritte weitergegeben werden könnte.[42] Es wird vorgebracht, dass derart große Mengen Cannabis ohnehin nicht selbst konsumiert werden könnten, sodass deren Lagerung zu einer unzulässigen Abgabe verleite.[43] Dies könnte wiederum die Gesundheitsgefahren für Kinder und Jugendliche steigern oder den Schwarzmarkt fördern.

Die bloß abstrakte Gefahr einer Weitergabe kann in Anbetracht der, wie dargelegt, generellen Akzeptanz des Cannabiskonsums durch den Gesetzgeber allerdings für eine Sanktionierung mit dem Strafrecht gerade nicht mehr ausreichen.[44] Zudem ist die Weitergabe selbst schon als eine strafbare Tathandlung ausgestaltet (§ 34 Abs. 1 Nr. 7 KCanG). Selbst wenn sich Dritte, auch Kinder und Jugendliche, aufgrund mangelnder Schutzmaßnahmen des Cannabisbesitzers Zugriff zum Cannabis verschaffen könnten, begeht der Cannabisbesitzer durch den Verstoß gegen § 10 KCanG eine Ordnungswidrigkeit (§ 36 Abs. 1 Nr. 6 KCanG), sodass ihm gem. § 36 Abs. 2 KCanG ein Bußgeld von bis zu dreißigtausend Euro droht. Insofern wird schon eine aufkommende Gefahr des Fremdzugriffs, ohne dass es zu diesem kommen muss, mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht sanktioniert. Der Besitz größerer Mengen Cannabis ist, wenn es allein dem privaten Gebrauch dient, weder in besonderer Weise sozialschädlich, noch ist es für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich.

Das Ultima-Ratio-Prinzip muss beachtet werden: Der Einsatz des Strafrechts als schärfstes Schwert ist hier nicht geboten. Es besteht ein erhebliches Legitimationsdefizit.[45] In Anbetracht dessen ist auch die indirekte Forderung, die Überschreitung der Besitzmengen nicht nur als Ordnungswidrigkeit einzustufen, sondern direkt mit dem Strafrecht zu sanktionieren, weil sie gesetzeswidriges Verhalten verharmlose,[46] nicht tragbar. Als Gegenbeispiel ist die Strafbarkeit von Handlungen zu betrachten, die in einem Zusammenhang mit Minderjährigen (z.B. Abgabe von Cannabis an Minderjährige, § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 Buchst. a) KCanG) stehen.[47] Diese vulnerable Gruppe soll vor strukturellen Veränderungen des Gehirns und kognitiven Funktionsbeeinträchtigungen geschützt werden, da das menschliche Gehirn bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres noch nicht ausgereift ist.[48] Insofern ist der Einsatz des Strafrechts hier geboten.[49]

Dadurch, dass der Umgang mit Cannabis aufgrund der geänderten Risikobewertung zwar gebilligt wird, dennoch schon Überschreitungen der Besitzmengen mit dem Strafrecht sanktioniert werden, wird auch von der Gefahr eines „BtMG light“[50] gesprochen.[51] Dass sich die strafbar bleibenden Handlungsformen in § 34 KCanG generell am

[38] *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 32; Vgl. *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321 (323); Vgl. *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo-StGB, BtMG, Bd. 7, 4. Aufl. (2022), Vor zu § 29 Rn. 16.
[39] *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 32.
[40] Vgl. *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321 (323).
[41] BT-Drs. 20/8704, S. 132.
[42] Vgl. *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321 (324).
[43] Vgl. BR-Drs. 92/2/24, S. 2.
[44] *Oğlakcıoğlu/Sobota,* ZRP 2023, 194 (196); *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8.
[45] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8.
[46] BR-Drs. 92/2/24, S. 2.
[47] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8.
[48] Bundesärztekammer, Stellungnahme zum Entwurf, 30.10.2023, S. 3 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-11-_Bundesaerztekammer_Cannabis-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
[49] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8.
[50] *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1221); *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 8.
[51] Ebd.

BtMG orientieren,[52] bestätigt dies.[53]

Der Kritik, dass es keine mit dem Grundgesetz konforme Begründung für die Strafbarkeit des Cannabisbesitzes zum Eigenbedarf gibt,[54] ist zuzustimmen. Das Strafrecht sollte bei einer Überschreitung der Besitzmengen nicht zum Einsatz kommen.[55] Die vorgeschlagene Streichung der Strafbarkeit des Besitzes von mehr als 30 bzw. 60 Gramm aus den Strafvorschriften, oder jedenfalls dessen Herabstufung zu einer Ordnungswidrigkeit,[56] ist vor dem Hintergrund des Vorgebrachten zu befürworten.

bb) Die „nicht geringe Menge" Cannabis

Was unter der nicht geringen Menge i.S.d. §34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG (Regelbeispiel) und § 34 Abs. 4 Nr. 3, 4 KCanG (Qualifikation zu einem Verbrechenstatbestand) zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Vielmehr wurde deren Festsetzung der Rechtsprechung überlassen.[57]

(1) Verfassungsrechtliche Bedenken

Legt nicht der Gesetzgeber eine Grenze zur Strafbarkeit fest, sondern die Rechtsprechung, könnte dies zunächst unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich sein. Art. 103 Abs. 2 GG bestimmt, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Verankert ist darin insbesondere, dass sich aus einem Gesetz ergeben muss, welches Verhalten überhaupt strafbar ist (nullum crimen sine lege) und dieses muss zudem hinreichend bestimmt sein (nullum crimen, nulla poena sine lege certa).[58] Der Normadressat muss anhand des gesetzlichen Tatbestands voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. Der Gesetzgeber ist dazu verpflichtet, den Straftatbestand dementsprechend zu bestimmen.[59]

Der Begriff der nicht geringen Menge ist auch im BtMG zu finden (u.a. in § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG). Das *BVerfG* hat sich bezüglich der nicht geringen Menge Cannabis im Rahmen des BtMG geäußert: Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG liege, auch wenn es sich um einen wertausfüllenden Begriff handele, nicht vor. Der Begriff der nicht geringen Menge habe durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung Konturierung erfahren, sodass kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vorliege.[60] Für den Grenzwert der nicht geringen Menge wird nicht auf die Gewichtsmenge eines Betäubungsmittels, sondern auf die darin enthaltene Menge eines Wirkstoffs abgestellt.[61] In Bezug auf Cannabis wurde dieser Grenzwert durch den *BGH* bereits in einem Urteil aus dem Jahr 1984 auf 7,5 Gramm des Wirkstoffs Tetrahydrocannabinol (THC) festgesetzt.[62]

Fraglich ist, wie dies in Bezug auf die neuen Straftatbestände des KCanG zu bewerten ist. Es wird vorgebracht, dass jedenfalls bis zur Etablierung einer neuen Rechtsprechung für den Adressaten nicht erkennbar bzw. vorher-

52 BT-Drs. 20/8704, S. 130.
53 *Sobota*, NJW 2024, 1217 (1221).
54 *Werse/von Dewitz/Stallwitz/Kamphausen/Steinmetz/Mohrdiek*, Stellungnahme des Schildower Kreises e.V., 24.7.2023, S. 3, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-12-_Schildower-Kreis_Cannabis-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
55 *Pollähne*, Stellungnahme des RAV, 3.11.2023, S. 7, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-35-_Republikanischer-Anwaeltinnen-und-Anwaelteverein-e-V-_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Werse/von Dewitz/Stallwitz/Kamphausen/Steinmetz/Mohrdiek*, Stellungnahme des Schildower Kreises e.V., S. 3 f.; *Oğlakcıoğlu/Sobot/Diebel*, Stellungnahme, S. 8 f.; zur generellen Kritik an der Pönalisierung des Cannabisbesitzes siehe *Frisch*, NStZ 2016, 16 (16).
56 *Oğlakcıoğlu/Sobot/Diebel*, Stellungnahme, S. 8 f.
57 BT-Drs. 20/8704, S. 132.
58 *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 4, 103. EL (Januar 2024), Art. 103 Abs. 2, Rn. 2; *Roxin/Greco,* Strafrecht AT I, § 5 Rn. 2 ff.
59 BVerfGE 25, 269 (285).
60 *BVerfG*, NJW 2023, 3072 (3081 f.).
61 *BGH*, Urt. v. 14.1.2015 - 1 StR 302/13- BeckRS 2015, 3560, Rn. 35; *BGH*, NJW 2009, 863 (865); *BGH*, NStZ 1988, 462 (463).
62 *BGH*, NStZ 1984, 556 (556).

sehbar ist, wann der Grenzwert der nicht geringen Menge erreicht ist und wann damit einhergehend ein Verbrechenstatbestand erfüllt wird.[63] Dem könnte entgegenhalten werden, dass der THC-Grenzwert durch die Rechtsprechung ausreichend konturiert und somit bestimmt wurde, sodass für den Normadressaten erkennbar war, dass er sich bei einer Überschreitung der Menge von 7,5 Gramm THC nach den entsprechenden Normen des KCanG strafbar macht.

Allerdings ist, selbst wenn man mit dem *BGH* davon ausgeht, dass der Begriff der nicht geringen Menge im Rahmen des BtMG ausreichend Konturierung erfahren hat, zu beachten, dass Cannabis seit dem 1.4.2024 nicht mehr in den Anwendungsbereich des BtMG fällt (s.o.). Die genannte *BGH*-Rechtsprechung bezog sich stets auf den Grenzwert im BtMG, also eines anderen Gesetzes. Insofern konnte das BtMG auch nicht als eine zuverlässige Grundlage, welche nach der Rechtsprechung des *BVerfG* jedoch bestehen muss,[64] für die Auslegung und Anwendung der nicht geringen Menge im Rahmen des KCanG herangezogen werden. Sogar der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass der Grenzwert durch die Rechtsprechung künftig deutlich höher angesetzt werden wird.[65] In Anbetracht dessen konnten auch die Normadressaten nicht wissen, welche (neue) Grenze die Rechtsprechung als nicht geringe Menge festsetzen wird. Seiner Verpflichtung, einen Straftatbestand dementsprechend zu formulieren, ist der Gesetzgeber nicht nachgekommen. Dem hätte er durch die Bestimmung eines Grenzwertes entgegenwirken können, sodass die oben genannte Beanstandung gerechtfertigt ist.

Der Kritik, dass die Einführung der nicht geringen Menge als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu bewerten ist,[66] ist zuzustimmen.

(2) Neue BGH-Rechtsprechung

Am 18.4.2024 hat der *1. Strafsenat* des *BGH* in einem Beschluss klargestellt, dass er an der bisherigen Rechtslage, trotz geänderter Gesetzeslage, festhält: Eine nicht geringe Menge liegt vor, wenn die Cannabismenge mindestens 7,5 Gramm THC enthält.[67] Begründet hat der *BGH* dies damit, dass der Gesetzesbegründung schon nicht zu entnehmen sei, worauf sich die geänderte Risikobewertung beziehe. Es fehle an wissenschaftlich belegten oder belegbaren Prämissen. Zudem habe sich die Gefährlichkeit des THC-Wirkstoffs gerade nicht verändert.[68]

Dieser Beschluss wird vielfach beanstandet.[69] Kritiker rügen u.a. die Verfassungskonformität des Beschlusses im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, weil der *BGH* sich über die Gesetzesbegründung, die von einer deutlich höheren Grenzwertfestsetzung ausging, hinwegsetzt,[70] bzw. der *BGH* mit diesem Beschluss gegen das Analogieverbot verstoße.[71] Daneben kommen weitere Bedenken auf: Der durchschnittliche THC-Gehalt von Cannabis lag im Jahr 2021 bei ca. 14 %. 2008 lag dieser noch bei ca. 10 %, sodass er in den letzten Jahren leicht angestiegen ist.[72] Schon unter Zugrundelegung des Wertes von 14 %, der bis heute weiter angestiegen sein kann, ist die Grenze von 7,5 Gramm THC jedenfalls erreicht, wenn eine Person mehr als 60 Gramm Cannabis besitzt. Dies hätte zur Folge,

63 *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel,* Stellungnahme, S. 14.
64 *BVerfG*, NJW 2023, 3072 (3081); BVerfGE 160, 284, Rn. 95; BVerfGE 126, 170 (198 f.).
65 BT-Drs. 20/8704, S. 132.
66 NRV, Geplante Legalisierung von Cannabis muss optimiert werden, S. 1 f.; *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel,* Stellungnahme, S. 14; *Werse/von Dewitz/Stallwitz/Kamphausen/Steinmetz/Mohrdiek*, Stellungnahme des Schildower Kreises e.V., S. 4 f.
67 *BGH*, Beschl. v. 18.04.2024 - 1 StR 106/24, BeckRS 2024, 7982, Rn. 7.
68 *BGH*, Beschl. v. 18.04.2024 - 1 StR 106/24, BeckRS 2024, 7982, Rn. 12 ff.
69 *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2024, 313 (313); *Grubwinkler*, Ist die BGH-Entscheidung verfassungswidrig?, LTO, 11.5.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-geringe-menge-thc-grenzwert-strafbarkeit-kcang-grubwinkler/ (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Gianni/Mewes,* Half-baked decision, Verfassungsblog, 14.5.2024, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/half-baked-decision/ (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
70 *Grubwinkler*, Ist die BGH-Entscheidung verfassungswidrig?, LTO, 11.5.2024.
71 *Gianni/Mewes,* Half-baked decision, Verfassungsblog, 14.5.2024
72 Statista, Entwicklung des THC-Gehalts von Marihuana für Kraut und Blüten in Deutschland, Dezember 2022, online abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1175275/umfrage/entwicklung- des-wirkstoffgehalts-von-marihuana-in-deutschland/ (zuletzt abgerufen am 11.6.2024)

dass nicht nur eine Strafbarkeit nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) KCanG besteht, sondern auch ein besonders schwerer Fall (§ 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG) vorliegt. Somit könnte der besonders schwere Fall, auch wenn dieser aufgrund seiner bloßen Indizwirkung nicht zur Anwendung eines erhöhten Strafrahmens führen muss,[73] zum Hauptanwendungsfall werden.[74]

Der Gesetzgeber hätte diesen nunmehr aufkommenden Rechtsfragen und -streitigkeiten mit der Festsetzung eines bestimmten THC-Grenzwertes, der das Vorliegen einer nicht geringen Menge bestimmt, entgegenwirken können.

cc) Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Strafvorschriften teilweise bearbeitungsbedürftig sind. Vorzugswürdig ist, die Überschreitung der festgelegten Besitzmengen jedenfalls aus den Strafvorschriften zu streichen.

Die nunmehr aufkommenden rechtlichen Probleme bezüglich der nicht geringen Menge hätte der Gesetzgeber mit einer eigenständigen Festsetzung des Grenzwertes verhindern können. Damit wäre er auch den Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG gerecht geworden. Deren Fehlen ist zu beanstanden.

c) Legale Bezugsmöglichkeiten von Cannabis

Cannabis kann, wie dargelegt, legal aus dem privaten Anbau unter Einhaltung der Anforderungen des § 9 Abs. 1 KCanG und ab dem 1.7.2024 auch aus Anbauvereinigungen bezogen werden.

Fraglich ist, wie der Cannabiserwerb vom Schwarzmarkt rechtlich zu bewerten ist. Grundsätzlich ist der Erwerb von mehr als 25 Gramm Cannabis pro Tag bzw. mehr als 50 Gramm Cannabis pro Kalendermonat in § 34 Abs. 1 Nr. 12 Buchst. a), b) KCanG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Der Gesetzesbegründung lässt sich jedoch entnehmen, dass der Cannabiserwerb erst ab der Überschreitung der Grenze von 25 Gramm strafbewehrt ist, unabhängig von der Herkunft des Cannabis.[75] Somit macht sich derjenige, der Cannabis vom Schwarzmarkt erwirbt, solange die Mengengrenzen des § 34 Abs. 1 Nr. 12 KCanG eingehalten werden, nicht nach dem KCanG strafbar. Diese Straflosigkeit sollte zum einen der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden dienen. Zum anderen sollten aufwendige und unverhältnismäßige labortechnische Untersuchungen vermieden werden.[76]

Allerdings kommt durch den Cannabiserwerb vom Schwarzmarkt eine Strafbarkeit nach § 261 StGB (Geldwäsche) in Betracht.[77] § 261 StGB wurde 2021 neu gefasst. Seitdem ist grundsätzlich jede rechtswidrige Tat als Geldwäschevortat geeignet (sog. All-Crimes-Ansatz).[78] § 261 Abs. 1 StGB setzt Handlungen wie das Verbergen und Verschaffen von einem Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, unter Strafe. Das Cannabis (als Gegenstand iS des § 261 Abs. 1 StGB), welches vom Schwarzmarkt erworben wird, stammt regelmäßig aus einer rechtswidrigen Tat des Cannabishändlers. Dieser selbst macht sich bspw. durch den Erwerb des Cannabis von einem Dritten wegen Handeltreiben oder Erwerb nach §34 Abs. 1 Nr. 4 bzw. 12 KCanG strafbar.[79] Mit der Übergabe des Cannabis geht auch die tatsächliche Verfügungsgewalt mit dem Einverständnis des Vortäters, des Händlers, auf den Erwerber über, sodass ein Verschaffen iS des §261 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegt.[80]

---

73 *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), §243 Rn. 3.
74 *Grubwinkler,* Ist die BGH-Entscheidung verfassungswidrig?, LTO, 11.5.2024.
75 Vgl. BT-Drs. 20/8704, S. 131 (zu beachten ist, dass die Strafbarkeit des Erwerbs in dem Gesetzesentwurf noch mit einer anderen Nummer beziffert war).
76 BT-Drs. 20/8704, S. 131.
77 *El-Ghazi*, Cannabis-Konsumenten droht Verfolgung wegen Geldwäsche, LTO, 29.4.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-geldwaesche-entkriminalisierung-legalisierung-erwerb-schwarzmarkt-kcang (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
78 *El-Ghazi,* in: Herzog/Achtelik, GwG, 5. Aufl. (2023), § 261 StGB Rn. 13 f.; BT-Drs. 19/24180, S. 42.
79 *El-Ghazi*, Cannabis-Konsumenten droht Verfolgung wegen Geldwäsche, LTO, 29.4.2024.
80 Vgl. *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 261 Rn. 26.

Die alleinige Straflosigkeit nach dem KCanG ist, wie dargelegt, nicht zielführend. Weder wurde der Erwerb in den festgelegten Mengengrenzen straflos gestellt, noch wird die Justiz (daraus resultierend) entlastet werden können. Um die genannten Ziele zu erreichen, muss der Gesetzgeber entsprechende Änderungen vornehmen.

2. Art. 13 CanG

Auf die Justizbehörden wirkt sich derzeit vor allem Art. 13 CanG aus. In Rheinland-Pfalz wurden z.B. bis zum 2.5.2024, ca. einen Monat nach dem Inkrafttreten des CanG, 13 Gefangene wegen eines Straferlasses oder einer verkürzten Gesamtstrafe aus dem Justizvollzug entlassen. In insgesamt 38 Fällen wurde die Freiheitstrafe verkürzt.[81]

a) Inhalt

Gemäß Art. 13 CanG wird eine neue gesetzliche Norm, Art. 316p EGStGB, in das EGSTGB eingeführt. Art. 316p EGStGB enthält eine Regelung bezüglich noch nicht vollstreckter Strafen im Zusammenhang mit Cannabis nach dem BtMG. Dabei erklärt dieser Art. 313 EGStGB, für im Hinblick auf vor dem 1.4.2024 nach dem BtMG verhängte Strafen, die nach dem KCanG oder dem MedCanG nicht mehr strafbar und auch nicht mit Geldbuße bedroht sind, für entsprechend anwendbar. Die entsprechende Anwendung des Art. 313 Abs. 1 EGStGB führt dazu, dass rechtskräftig verhängte Strafen mit Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen werden, sofern noch keine Vollstreckung stattgefunden hat.

Zu beachten ist, dass für solche Fälle, für die noch keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, hingegen der Meistbegünstigungsgrundsatz aus § 2 Abs. 3 StGB gilt. Danach findet das mildeste Gesetz (lex mitior) Anwendung, was regelmäßig zur Anwendung des KCanG statt des BtMG führt.[82]

Art. 313 Abs. 2 erklärt Abs. 1 für solche Konstellationen entsprechend anwendbar, bei denen ein vor Inkrafttreten des neuen Rechts erlassenes Urteil rechtskräftig wird. Gem. Art. 313 Abs. 3 EGStGB muss das Gericht eine Strafe in den dort genannten Fällen sogar neu festsetzen bzw. ermäßigen.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Vereinbarkeit von Art. 13 CanG mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere mit dem u.a. in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip,[83] wird beanstandet.[84]

Eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist der sog. Gewaltenteilungsgrundsatz, der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt. Die Staatsgewalt ist in die drei Bereiche der rechtsprechenden, vollziehenden und gesetzgeberischen Gewalt aufgeteilt.[85] Aus dieser politischen Machtverteilung soll eine Mäßigung der Staatsherrschaft resultieren.[86] Durch den rückwirkenden Eingriff in rechtskräftige Gerichtsentscheidungen wird dieses Gewaltenteilungsprinzip berührt.[87] Das *BVerfG* hat in einem Beschluss aus dem Jahr 2006 klargestellt, dass die Generalkassation formell fortbestehender Strafurteile einer besonderen Rechtfertigung bedürfen.[88]

Gegen die Zulässigkeit des rückwirkenden Straferlasses wird vorgebracht, dass dieser „durch die Zwecke des

[81] LTO, 38 Haftstrafen verkürzt, 13 Gefangene entlassen, 2.5.2024, online abrufbar unter: https://www.lto.de/persistent/a_id/54471/ (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
[82] *Patzak/Möllinger*, NStZ 2024, 321 (327).
[83] *Rux*, in: BeckOK-GG, 57. Ed. (Stand: 15.1.2024), Art. 20 Rn. 140.
[84] *Engel*, ZRP 2024, 50 (51 f.); BR-Drs. 367/1/23, S. 76 f.
[85] *Rux*, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 155.
[86] *BVerfG*, NJW 1954, 65 (68).
[87] BVerfGE 72, 302 (327 f.).
[88] *BVerfG*, Beschl. v. 8.3.2006 - 2 BvR 486/05, BeckRS 2006, 22732.

Gesetzesentwurfs weder geboten noch begründbar“[89] ist. Es wird argumentiert, dass erst das Gesamtpaket der mit dem CanG verfolgten Ziele (s.o.) den Verzicht der strafrechtlichen Verfolgung für entsprechende Handlungen mit Cannabis ab dem 1.4.2024 rechtfertigt. Diese rechtfertigenden Rahmenbedingungen bestehen bis zu diesem Zeitpunkt, also dem Inkrafttreten des CanG, jedoch nicht. Angeführt wird, dass das Cannabis in diesen Fällen gerade vom Schwarzmarkt herrührte, wodurch wiederum u.a. die Gefahr des Konsums von verunreinigtem Cannabis bestand.[90] Darüber hinaus wird das Fehlen einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben und einer Begründung für diese Ausnahmeregelung gerügt.[91]

Dem wird entgegengehalten, dass die Vollstreckung von Freiheitsstrafen besonderer Umstände bedarf, die diesen Eingriff rechtfertigen. Grund dafür sei die Erheblichkeit des Grundrechtseingriffs.[92] Zudem sollen Betroffene, die sich nach altem Recht strafbar gemacht haben, obwohl die Entkriminalisierung der Handlungen unmittelbar bevorstehe, ebenfalls von den Regelungen profitieren können.[93]

Das Argument, dass die früheren Taten immer noch im Zusammenhang mit dem verunreinigten Cannabis zusammenhängen würden, weshalb ein rückwirkender Straferlass nicht zu rechtfertigen sei, überzeugt nicht. Wie bereits dargelegt ist sogar der Besitz und der Erwerb von Cannabis vom Schwarzmarkt, solange die vorgegebenen Grenzen eingehalten werden, nach aktueller Rechtslage nicht nach dem KCanG strafbar. Da der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung selbst auf die Gefahren des Konsums von verunreinigtem Cannabis hingewiesen hat,[94] war er sich bei der Festlegung der Straflosigkeit der möglichen Gesundheitsgefahren bewusst. Dennoch sind diese Handlungen nicht nach dem KCanG strafbewehrt. Sowohl bei einem Erwerb von Cannabis auf dem Schwarzmarkt vor dem 1.4.2024, als auch nach diesem Zeitpunkt, besteht insofern der gleiche tatsächliche Zusammenhang zum Schwarzmarkt und damit auch zu den möglicherweise verunreinigten Stoffen. Mit der Einführung des Art. 316p EGStGB unterstreicht der Gesetzgeber somit folgerichtig die geänderte Risikobewertung in Bezug auf Cannabis. Das Handeltreiben und eine Vielzahl von weiteren Handlungen sind weiterhin nach dem KCanG (oder dem MedCanG) strafbar, sodass in diesen Fällen z.B. ein rückwirkender Straferlass nicht in Betracht kommt.

Zudem ist hervorzuheben, dass insbesondere Inhaftierungen erheblich in das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) eingreifen.[95] Aufgrund dessen haben verurteilte Personen, bei denen die Vollstreckung des Urteils noch nicht eingesetzt hat, ein berechtigtes Interesse daran, dass diese beendet wird. Schließlich handelt es sich in den entsprechenden Fällen um eine nunmehr straflose Handlung.[96] Vor diesem Hintergrund ist der rückwirkende Straferlass, die Neufestsetzung oder die Ermäßigung der Strafe in den entsprechenden Fällen gerade angezeigt.

Eine besondere Rechtfertigung, die die Generalkassation der formellen Strafurteile begründet, liegt somit vor. Der Gesetzgeber hat seine Begründung zwar insofern nicht ausführlich erläutert, dennoch ist diese, mit dem Hinweis auf das Vorgebrachte, als ausreichend zu erachten.

89 BR-Drs. 367/1/23, S. 76.
90 BR-Drs. 367/1/23, S. 76 f.
91 *Engel*, ZRP 2024, 50 (52).
92 BT-Drs. 20/8763, S. 13.
93 DAV, Stellungnahme zum Entwurf, 10.2023, S. 5, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-5-_Deutscher-Anwaltsverein_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024) (bezeichnet den in Kraft getretenen Artikel 316p EGStGB als „§ 316o“).
94 BT-Drs. 20/8704, S. 1, 68.
95 BVerfGE 35, 185 (190).
96 BT-Drs. 20/8763, S. 13.

c) Fazit

Die Einführung des Art. 316p EGStGB ist verfassungskonform.

3. Erfolgsaussichten der mit dem CanG verfolgten Ziele

Zu erörtern ist, ob und inwiefern die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele durch die Vorschriften des CanG erreicht werden.

a) Bekämpfung des Schwarzmarkts

Der Gesetzgeber intendiert mit dem eingeführten CanG die Zurückdrängung bzw. Bekämpfung des Schwarzmarktes (s.o). Dass dieses Ziel erreicht werden kann, wird vielfach bezweifelt.[97]

aa) Erleichterung des Straßenhandels

Es bestehen Bedenken hinsichtlich der Entwicklung des Straßenhandels.[98] Vorgebracht wird, dass durch das erlaubte Mitführen von bis zu 25 Gramm Cannabis außerhalb der Wohnung oder des gewöhnlichen Aufenthalts (§ 3 Abs. 1 KCanG) der Cannabishandel in öffentlichen Bereichen gefördert werde. Die Entdeckungswahrscheinlichkeit der Händler werde verringert.[99]

Zunächst ist festzuhalten, dass der Handel und andere Umgangsformen mit Cannabis weiterhin verboten und in § 34 KCanG unter Strafe gestellt sind. Aufgrund des Legalitätsprinzips, welches in § 152 Abs. 2 StPO verankert ist, sind die Staatsanwaltschaft und die Polizei gem. §163 Abs. 1 S. 1 StPO[100] bei einem entsprechenden Anfangsverdacht grundsätzlich verpflichtet, den Sachverhalt zu erforschen.[101] Durch das alleinige Besitzen von Cannabis in der Öffentlichkeit erlangen die Strafverfolgungsbehörden jedoch grundsätzlich keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte, die das Vorliegen einer Straftat nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen,[102] denn dessen Besitz ist unter Einhaltung der Mengengrenzen vielmehr erlaubt (vgl. § 3 Abs. 1 KCanG).

Dass das Beisichführen von Cannabis für volljährige Personen nunmehr überhaupt gestattet ist, spricht dafür, dass dies sich auch auf den Handel auswirken wird. Der Nachweis des Handels und ähnlichen Umgangsformen wird in der Praxis voraussichtlich schwieriger sein, als in der Vergangenheit. Nunmehr muss grundsätzlich an Verhaltensweisen angeknüpft werden, die einen entsprechenden Verdacht mit sich ziehen.[103]

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der legale Besitz von bis zu 25 Gramm Cannabis außerhalb des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltsorts (§ 3 Abs. 1 KCanG) zu einer Erleichterung des Straßenhandels führt, was sich wiederum negativ auf das Ziel der Zurückdrängung des Schwarzmarktes auswirken kann.

bb) Fehlende Strafbarkeit beim Cannabiserwerb vom Schwarzmarkt?

Ferner wird gegen eine Eindämmung des Schwarzmarktes angeführt, dass eine Strafbarkeit nach dem KCanG wegen Besitz und Erwerb von Cannabis erst bei Überschreiten der Mengengrenzen besteht, unabhängig davon, ob

---

97 Branchenverband der Cannabiswirtschaft e.V., Stellungnahme zum Entwurf, 20.11.2023, S. 4, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-2-_Branchenverband-der-Cannabiswirtschaft-e-V-_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Poitz*, Stellungnahme der GdP zum Entwurf, 2.11.2023, S. 1, 3, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-31-_Gewerkschaft-der-Polizei-Bundesvorstand_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); Bundesärztekammer, Stellungnahme, S. 10; *Werse/von Dewitz/Stallwitz/Kamphausen/Steinmetz/Mohrdiek*, Stellungnahme des Schildower Kreises e.V., S. 13; BR-Drs. 92/2/24, S. 1, 5 f.; BT-Drs. 20/8735, S. 2.

98 *Poitz*, Stellungnahme, S. 5; *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 5.

99 Ebd.

100 *Kölbel/Ibold*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. (2024), § 163 Rn. 1.

101 *Peters*, in: MüKo-StPO, § 152 StPO Rn. 26.

102 Zum Anfangsverdacht: *BVerfG*, NStZ 1982, 430 (430).

103 *Poitz*, Stellungnahme, S. 5.

das Cannabis vom Schwarzmarkt oder auf legalem Weg erworben wurde.[104] Dies führe zu einer Beförderung der Nachfrage auf dem Schwarzmarkt. Der Anreiz für den eigenen Anbau von Cannabispflanzen oder den Bezug von Cannabis aus einer Anbauvereinigung, welche mit einem gewissen Aufwand verbunden sind, falle insofern weg.[105] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass, wie bereits dargelegt, Personen, die Cannabis vom Schwarzmarkt erwerben, eine Strafbarkeit nach § 261 StGB droht. Der Strafrahmen des § 261 StGB fällt sogar höher aus als der des § 34 Abs. 1 KCanG.

Die Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung bei einem Erwerb vom Schwarzmarkt besteht fort, sodass nicht zu erwarten ist, dass die fehlende Strafbarkeit nach dem KCanG zu einer Ausweitung des Schwarzmarktes führt.

cc) Auswirkungen der Anbauvereinigungen

Zu prüfen ist der Einfluss der künftig erlaubten Anbauvereinigungen (vgl. § 1 Nr. 13 KCanG) auf den Schwarzmarkt.

(1) Voraussichtliche Inanspruchnahme

Der Einfluss der Anbauvereinigungen auf die Bekämpfung des Schwarzmarkts wird insbesondere von deren künftiger Inanspruchnahme abhängen.

Aufgrund der umfangreichen Vorschriften wird eine verbreitete Teilnahme in den Anbauvereinigungen bezweifelt.[106]

Festzustellen ist, dass mit dem Cannabisbezug aus einer Anbauvereinigung ein gewisser Aufwand betrieben werden muss: Die Anbauvereinigungen selbst bedürfen einer Erlaubnis (§ 11 Abs. 1 KCanG), sie müssen Maßnahmen zur Qualitätssicherung durchführen (§ 18 KCanG), dürfen das Cannabis nur unter den Vorgaben des § 19 KCanG weitergeben und müssen insbesondere ihren Dokumentations- und Berichtspflichten (§§ 26 ff. KCanG) nachkommen. Für die Entgegennahme des Cannabis aus einer Anbauvereinigung ist zunächst eine Mitgliedschaft (§ 16 KCanG) erforderlich. Gem. § 16 Abs. 5 S. 1 KCanG haben Anbauvereinigungen in der Satzung eine Mindestdauer der Mitgliedschaft von drei Monaten vorzusehen, sodass eine zeitliche Bindung mit dem Abschluss dieser eintreten wird. Zudem ist gemeinsamer aktiver Anbau des Cannabis verpflichtend (§ 17 Abs. 1 und 2 KCanG).

Der Prognose, dass sich ein Beitritt in Anbauvereinigungen für gelegentlich Konsumierende, im Gegensatz zu Intensivkonsumierenden, die eine legale Bezugsmöglichkeit ersuchen, voraussichtlich als unattraktiv darstellen wird,[107] ist in Anbetracht dessen zuzustimmen. Zu beachten ist, dass erstere den Großteil der Cannabiskonsumierenden ausmachen (s.o.), sodass der Einfluss der Anbauvereinigungen auf den Schwarzmarkt schon vorab voraussichtlich nicht allzu groß sein wird.

Kritisch gesehen werden auch die für Mitglieder in den Anbauvereinigungen anfallenden Kosten.[108] Dass auch die Kosten für Konsumierende einen entscheidenden Faktor bei dem Bezug von Cannabis darstellen, hat eine Studie ergeben, in der Umfragen aus Kanada ausgewertet wurden. Der Kauf von Cannabis ist dort u.a. in bestimmten Geschäften gestattet. Die ausschlaggebendsten Faktoren waren für 42% der Befragten der Kaufpreis, für 15% die

104 BR-Drs. 92/2/24 S. 5 f.; *Poitz*, Stellungnahme, S. 5.
105 Ebenda.
106 *Werse*, Stellungnahme, S. 2; *Manthey*, Stellungnahme, S. 2; *Schmid*, Überfällig, aber schlecht gemacht, Frankfurter Rundschau, 22.3.2024, online abrufbar unter: https://www.fr.de/politik/lauterbach-gras-kiffen-kommentar-cannabis-legalisierung-gesetz-schwarzmarkt-dealer-92850829.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
107 Sch*mid*, Überfällig, aber schlecht gemacht, Frankfurter Rundschau, 22.3.2024.
108 BT-Drs. 92/2/24, S. 5.

Bequemlichkeit und für 9% die Stärke des Cannabis.[109]

Zunächst ist festzustellen, dass der Hauptzweck dieser Anbauvereinigungen der gemeinschaftliche Anbau von Cannabis zum Eigenkonsum ist.[110] Sie dürfen ausschließlich nichtgewerblich tätig sein (vgl. § 1 Nr. 13 KCanG). Allerdings werden im Rahmen der zu zahlenden Mitgliedsbeiträge oder laufenden Beiträge (§ 24 KCanG) die Kosten zur Erfüllung ihres in § 1 Nr. 13 KCanG festgelegten Zwecks anfallen, so z.B. Anbaukosten, Kosten für die Erstanschaffung, Immobilien, Sicherungsmaßnahmen und Verwaltung.[111] Daraus resultierend wird befürchtet, dass es Anbauvereinigungen nicht möglich sein wird, mit den Cannabispreisen auf dem illegalen Markt mitzuhalten.[112] Wiederum wird sich positiv auf die zu zahlenden Beiträge auswirken, dass die Anbauvereinigungen, wie dargelegt, keine Gewinne durch die Weitergabe des Cannabis erzielen dürfen, was bei einem Kauf vom Schwarzmarkt regelmäßig nicht der Fall sein wird.

Wie (hoch) die Kosten in Anbauvereinigungen tatsächlich ausfallen werden und ob die Bedenken der Kritiker begründet sind, wird sich jedoch erst künftig zeigen können, wenn die ersten Anbauvereinigungen etabliert sind. Da der Preis bei dem Bezug von Cannabis eine entscheidende Rolle spielen wird, werden die in den Anbauvereinigungen anfallenden Kosten jedenfalls einen Einfluss auf deren Inanspruchnahme haben, was wiederum Auswirkungen auf das Ziel der Eindämmung des Schwarzmarktes haben wird.

(2) Missbrauch durch die organisierte Kriminalität

Darüberhinausgehend wird befürchtet, dass Anbauvereinigungen für den illegalen Markt missbraucht werden könnten, was zur Förderung der organisierten Kriminalität beitragen könnte.[113] Dies wird aufgrund mangelnder Attraktivität der Anbauvereinigungen für die organisierte Kriminalität bezweifelt.[114]

Für einen künftigen Missbrauch durch die organisierte Kriminalität wird vorgebracht, dass Händler nunmehr die Möglichkeit bekommen könnten, ihre illegalen Produkte über die Anbauvereinigungen in den legalen Verkehr einzuschleusen. Die Dokumentations- und Berichtpflichten der Anbauvereinigungen nach § 26 KCanG könnten insofern nicht ausreichend sein, um die entsprechenden Lieferketten etc. nachzuverfolgen.[115] Dagegen werden die strikten Regulierungen der Anbauvereinigungen vorgebracht.[116]

In Anbetracht dessen ist festzustellen, dass die §§ 26 ff. KCanG umfassend ausgestaltet sind. § 26 KCanG enthält umfangreiche Dokumentationspflichten, denen die Anbauvereinigungen nachkommen müssen. Diese erlauben der zuständigen Behörde die Kontrolle der Einhaltung von Weitergabe- und Eigenanbauvorgaben. Ziel dieser Überwachung ist u.a. gezielt die Ausnutzung der Anbauvereinigungen durch die organisierte Drogenkriminalität oder das Einschleusen bzw. die Vermischung von Cannabis vom Schwarzmarkt zu verhindern.[117] Es ist davon auszugehen, dass die „mit Argusaugen beobachtete“[118] Anbauvereinigung dahingehend akribisch überprüft wird. Darüber hinaus haben die zuständigen Behörden gem. § 27 Abs. 1 KCanG regelmäßig Stichproben zu entnehmen. An dieser Stelle ist das am 6.6.2024 vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Änderung des Konsumcannabisgesetzes und des Medizinal-Cannabisgesetzes zu beachten.[119] Dieses sieht u.a. vor, in § 27 Abs. 1 S. 2 KCanG das Wort

[109] Canadian Cannabis Survey 2023: Summary, 18.1.2024, online abrufbar unter: https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-medication/cannabis/research-data/canadian-cannabis-survey-2023-summary.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
[110] BT-Drs. 20/8704, S. 113.
[111] BT-Drs. 92/2/24, S. 5.
[112] BT-Drs. 92/2/24, S. 5; *Poitz*, Stellungnahme, S. 5.
[113] *Poitz*, Stellungnahme, S. 5 f.
[114] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 5.
[115] *Poitz*, Stellungnahme, S. 5 f.
[116] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 5.
[117] BT-Drs. 20/8704, S. 122.
[118] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 5.
[119] Vgl. hierzu BR-Drs. 275/24, BT-Drs. 20/11366 und BT-Drs. 20/11662.

„regelmäßigen“ zu streichen und „einmal jährlich“ durch „regelmäßig“ zu ersetzen,[120] was den zuständigen Behörden mehr Flexibilität und insbesondere die Möglichkeit bieten soll, bei aufkommenden Gefahrenlagen zu agieren.[121] Diese Änderung ist in Anbetracht dessen, dass die Behörden bei aufkommenden Verdachtsmomenten auch mehrmalige Kontrollen jährlich durchführen könnten, zu begrüßen. Dies wird dazu beitragen können, etwaige Missbräuche durch die organisierte Kriminalität aufzudecken, sodass diesen entgegengewirkt werden kann.
Dem Entgegenbringen, dass eine künftige Ausnutzung der Anbauvereinigungen durch die organisierte Kriminalität zu bezweifeln ist,[122] ist zuzustimmen.

(3) Fazit
Anbauvereinigungen schaffen eine weitere legale Bezugsmöglichkeit, was im Hinblick auf die gewünschte Zurückdrängung des Schwarzmarktes zu begrüßen ist. Inwiefern dieses Ziel erreicht wird, wird von der praktischen Inanspruchnahme abhängig sein. Ein Missbrauch der Anbauvereinigungen durch die organisierte Kriminalität ist nicht zu erwarten.

dd) Fehlen eines niedrigschwelligen Zugangs
Die Entwicklungen in Kanada haben gezeigt, dass eine legale niedrigschwellige Bezugsmöglichkeit von Cannabis zu einer erheblichen Eindämmung des Schwarzmarktes führen kann. Dort ist u.a. der Konsum von Cannabis seit 2018 erlaubt. Ziel dieser Maßnahmen war dort ebenfalls die Zurückdrängung des Schwarzmarktes. Dieses konnte teilweise erreicht werden: Im Jahr 2023 haben 73% der Konsumierenden angegeben, dass Sie in den letzten zwölf Monaten zum Erwerb des Cannabis legale Einzelhandelsgeschäfte oder Websites nutzten. Im Jahr 2019 war diese Zahl signifikant geringer (ca. 39%).[123] Im Laufe der letzten Jahre hat die Etablierung der legalen Einzelhandelsgeschäfte zu einer enormen Zurückdrängung des Schwarzmarktes geführt.
Der Cannabiserwerb in derartigen Geschäften ist in Deutschland (noch) nicht vorgesehen. Generell fehlt es, insbesondere für nur gelegentlich Konsumierende, die einen Großteil der Konsumierenden ausmachen (s.o.), an einem niedrigschwelligen Zugang. Um den Schwarzmarkt zukünftig erfolgreich zurückzudrängen, müssen allerdings die Möglichkeiten geschaffen werden, die einen einfachen Zugang zu Cannabis erlauben.[124] Es bleibt insofern abzuwarten, welche Regelungen der Gesetzgeber im Rahmen der „zweiten Säule“ einführen wird.

ee) Fazit
Dass der private und ab dem 1.7.2024 auch der gemeinschaftliche Anbau von Cannabis erlaubt sind, wird voraussichtlich nur zu einer teilweisen Eindämmung des Schwarzmarktes führen, während weite Teile des Schwarzmarktes, insbesondere der Straßenhandel, bestehen bleiben bzw. sogar zunehmen können. Generell ist zur effektiven Eindämmung des Schwarzmarktes die Einführung einer niedrigschwelligen Bezugsmöglichkeit von Cannabis erforderlich. Nichtsdestotrotz ist ein Vergleich zur Rechtslage vor der Einführung des CanG geboten: Cannabis war bis zum 1.4.2024 ausschließlich als illegale Droge auf dem Schwarzmarkt zu erwerben, sodass jedenfalls mit einer Schmälerung des Schwarzmarktes zu rechnen ist.[125]

[120] BT-Drs. 20/11366, S. 4.
[121] BT-Drs. 20/11366, S. 9.
[122] *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 5
[123] Canadian Cannabis Survey 2023: Summary, 18.1.2024.
[124] Branchenverband Cannabiswirtschaft e.V., Stellungnahme, S. 4.; *Werse/von Dewitz/Stallwitz/Kamphausen/Steinmetz/Mohrdiek*, Stellungnahme des Schildower Kreises e.V., S. 13; *Werse*, Stellungnahme, S. 3.
[125] *Werse*, Stellungnahme zum Entwurf, 31.10.2023, S. 5, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-10-_Dr-Bernd-Werse_Cannabis-data-1.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 4 f.

b) Kinder- und Jugendschutz

Neben der Eindämmung des Schwarzmarktes wird auch eine Stärkung des Kinder- und Jugendschutzes bezweckt (s.o.).

aa) Voraussichtliche Entwicklung

Anhand der bereits dargelegten Sachlage bezüglich der Entwicklung des Cannabiskonsums unter Jugendlichen in der Vergangenheit, ist davon auszugehen, dass dieser, auch ohne legalisierende Maßnahmen, weiter ansteigen würde (s.o.). Der Cannabiskonsum von Jugendlichen ist in US-Staaten mit legalen Cannabismärkten über einen Beobachtungszeitraum von zwei Jahren im Vergleich zu Ländern, in denen solche legalen Märkte nicht existieren, stärker angestiegen.[126] Zu beachten ist zwar, dass ein kommerzialisierter Markt in Deutschland (noch) nicht eingeführt wurde, dennoch können die nunmehr legalen Möglichkeiten zu einem verstärkten Konsumanstieg führen.

bb) Würdigung der gesetzlichen Maßnahmen

Die oben genannte Studie ist zu dem Ergebnis gekommen, dass ein hohes gesetzliches Freigabealter, eine eingeschränkte Lizenzvergabe an den Einzelhandel und die Beschränkung der Abgabe von sog. Cannabis Edibles (Lebensmittel oder Getränke, die mit Cannabis angereichert werden) einen positiven Einfluss auf die Minimierung cannabisbezogener Probleme haben.[127] Vor diesem Hintergrund ist zunächst der (weiterhin) verbotene Umgang mit Cannabis für Minderjährige (vgl. § 2 Abs. 1 KCanG) zu begrüßen. Auch Anbauvereinigungen dürfen Cannabis nur an volljährige Personen weitergeben. Für Heranwachsende gelten bezüglich der Menge und des THC-Gehalts sogar einschränkende Regelungen (vgl. § 19 Abs. 3 S. 1 und 2 KCanG). Zudem ist der Verkauf von Cannabis (im Einzelhandel), wie bereits erwähnt, weiterhin verboten. Das Cannabis darf in Anbauvereinigungen gem. § 18 Abs. 4 Nr. 5 KCanG nur in Reinform als Marihuana oder Haschisch weitergegeben werden, was eine Weitergabe von Cannabis Edibles ausschließt.[128]

Angelehnt an die Erfahrungen bezogen auf Alkohol und Tabak können sich zudem Vermarktungsverbote und Verfügbarkeitsbeschränkungen wirksam auf den Kinder- und Jugendschutz auswirken,[129] weshalb das allgemeine Werbeverbot (§ 6 KCanG) und der bis dato noch nicht eingeführte kommerzialisierte Markt zu begrüßen sind.

Darüber hinaus hat auch ein umfassendes Präventionsangebot positiven Einfluss auf einen verantwortungsvollen Umgang mit Drogen.[130] Lobenswert ist daher die Erkenntnis des Gesetzgebers, dass eine deutliche Verstärkung und Ausweitung der Präventionsmaßnahmen erforderlich sind.[131]

§ 8 KCanG ist die zentrale Vorschrift für die Suchtprävention. Danach hat die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung im Bereich der Suchtprävention gewisse Vorgaben, wie das Errichten einer digitalen Plattform und die Weiterentwicklung des bestehenden Angebots, zu erfüllen.

Fraglich ist, ob die Vorgaben zur Suchtprävention ausreichend sind. Positiv zu bewerten ist, dass § 8 Abs. 1 Nr. 2 KCanG die Weiterentwicklung der bestehenden cannabisspezifischen Präventionsmaßnahmen für Kinder und Ju-

126 *Manthey et al.,* Technischer Bericht, Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis, April 2023, S. 79, online abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Drogen_und_Sucht/Abschlussbericht/230623_Technical_Report_de_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
127 *Manthey et al.,* Technischer Bericht, Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis, April 2023, S. 80.
128 Vgl. BT-Drs. 20/8704, S. 115.
129 *Manthey et al.,* Technischer Bericht, Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis, April 2023, S. 81.
130 UNODC, International Standards on Drug Use Prevention., 2. Ed. (2018), S. 3, online abrufbar unter: https://www.unodc.org/documents/prevention/UNODC-WHO_2018_prevention_standards_E.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
131 BT-Drs. 20/8704, S. 100.

gendliche vorsieht. Schon konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung der Umsetzung wären an dieser Stelle wünschenswert.[132] Zudem wird kritisch betrachtet, dass die Stärkung regionaler bzw. lokaler Maßnahmen zur Suchtprävention in diesem Gesetz nicht ausreichend geregelt werden.[133] Eine Umfrage von Schülerinnen und Schülern zwischen 15 und 18 Jahren in Frankfurt am Main hat gezeigt, dass diese als Informationsquelle über Drogen primär soziale Medien nutzten oder Gleichaltrige befragten. Offizielle Präventionsmaßnahmen wurden kaum in Anspruch genommen.[134] Die Errichtung einer nutzerfreundlichen und adressatengerechten digitalen Plattform, die cannabisspezifische Informationen bereitstellt (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 KCanG), ist generell zu begrüßen. In Anbetracht der bisher geringen Inanspruchnahme erscheint die verstärkte Aufklärungsarbeit in lokalen Einrichtungen, insbesondere in den Schulen, erforderlich.[135] Letztere bringt auch den Vorteil mit sich, dass die Richtigkeit der Informationen, die den Schülerinnen und Schülern mitgeteilt werden, sichergestellt werden können. Mit der cannabisbezogenen Aufklärung über soziale Medien kann die Gefahr von Fehlinformationen einhergehen. Des Weiteren könnte durch die Stärkung der schulischen Aufklärungsarbeit solchen Schülerinnen und Schülern, die sich nicht bewusst über Drogen informieren, ein entsprechendes Wissen vermittelt werden. Der Anteil dieser unter den Befragten lag bei ca. einem Drittel.[136]

Vor diesem Hintergrund ist das kürzlich vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Änderung des Konsumcannabisgesetzes und des Medizinal-Cannabisgesetzes (s.o.), welches u.a. eine Ergänzung des § 8 Ab. 1 KCanG vorsieht,[137] zu betrachten. Danach soll die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung dazu verpflichtet werden, ein Weiterbildungsangebot für Suchtpräventionsfachkräfte bereitzustellen, womit Anstrengungen der für die Suchtprävention zuständigen Länder unterstützt werden sollen.[138] Der bis dato mangelnden gesetzlichen Regelungen zur Unterstützung der Länder würde durch diese Ergänzung zumindest entgegengewirkt werden. Nichtsdestotrotz ist die Einführung weitergehender Regelungen wünschenswert.

Der Kritik, dass § 8 KCanG bis dato keine ausreichenden lebensweltbezogenen Präventionsmaßnahmen vorsieht,[139] ist zuzustimmen. Eine Erweiterung der Präventionsmaßnahmen durch den Gesetzgeber ist erforderlich. § 8 KCanG sollte entsprechend ergänzt werden.

cc) Fazit

Das KCanG enthält teilweise Regelungen, die im Hinblick auf den Kinder- und Jugendschutz zu begrüßen sind. Allerdings sollten Regelungen zur Förderung der Präventionsmaßnahmen ergänzt werden.

c) Gesundheitsschutz

Das CanG soll zudem zu einem stärkeren Gesundheitsschutz beitragen (s.o.).

aa) Voraussichtliche Entwicklung

Entwicklungen in Kanada und den USA mit längeren Beobachtungszeiträumen zeigen, dass der Cannabiskonsum

132 Bundesärztekammer, Stellungnahme, S. 8.
133 *Werse*, Stellungnahme, S. 3; Bundesärztekammer, Stellungnahme, S. 7; Bundespsychotherapeutenkammer, Stellungnahme zum Entwurf, 19.10.2023, S. 7 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-1-_Bundespsychotherapeutenkammer-BPtK-_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); BR-Drs. 92/2/24 S. 3 f.
134 *Werse/Martens/Klaus/Kamphausen*, MoSyD Jahresbericht 2022, Oktober 2023, S. 18, online abrufbar unter: https://www.uni-frankfurt.de/146663665/MoSyD_Jahresbericht_2022_final.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
135 *Werse*, Stellungnahme, S. 3.
136 *Werse/Martens/Klaus/Kamphausen*, MoSyD Jahresbericht 2022, Oktober 2023, S. 18.
137 BT-Drs. 20/11366, S. 4.
138 BT-Drs. 20/11366, S. 7 f.
139 BR-Drs. 92/1/24, S. 5.

dort, wo legale Märkte entstanden sind, häufiger geworden ist.[140] In Deutschland wurden derartige legale Märkte zwar (noch) nicht eingeführt, dennoch ist die Konsumprävalenz in Deutschland in den letzten Jahrzehnten ohnehin gestiegen (s.o.), sodass jedenfalls davon auszugehen ist, dass diese auch künftig zunehmen wird.

bb) Würdigung der gesetzlichen Maßnahmen

Die dargelegten gesetzlichen Regelungen werden sowohl positive als auch negative Einflüsse auf den Gesundheitsschutz haben.

Da mit dem Konsum von Cannabis gesundheitliche Risiken verbunden sind,[141] sind die vermutlich steigenden Konsumprävalenzen als negativ zu bewerten. Demgegenüber ist zu erwähnen, dass mit dem Konsum von Cannabis, welches vom Schwarzmarkt erworben wurde, erhebliche Gesundheitsgefahren einhergehen (s.o.). Durch die Möglichkeit des nunmehr legalen Eigenanbaus wird diesem entgegengetreten (vgl. § 9 Abs. 1 KCanG). Begrüßenswert ist im Hinblick auf den Gesundheitsschutz zudem, dass Cannabis aus Anbauvereinigungen ebenfalls strengen Regulierungen unterliegt, die die Qualität des Cannabis sicherstellen (vgl. § 18 KCanG).

Generell sollte der Gesetzgeber auch hier die Präventionsmaßnahmen ausweiten.[142]

cc) Speziell: Auswirkungen auf den Straßenverkehr

In Anbetracht des Gesundheitsschutzes muss auch der Einfluss des Cannabisgesetzes auf den Straßenverkehr untersucht werden. Durch den Konsum von Cannabis kann u.a. das Reaktionsvermögen negativ beeinflusst werden. Die damit einhergehende Senkung der Fahrtauglichkeit führt zu einem höheren Unfallrisiko.[143]

Am 28.3.2024 hat, wie es in § 44 KCanG vorgegeben wurde, eine unabhängige Expertengruppe vorgeschlagen, in § 24a Abs. 2 StVG den gesetzlichen Wirkungsgrenzwert von 1 ng/ml THC[144] auf 3,5 ng/ml THC im Blutserum anzuheben. Dieser Wert sei zwar deutlich unterhalb der Schwelle, ab der ein allgemeines Unfallrisiko beginne, eine verkehrssicherheitsrelevante Wirkung beim Führen eines Kraftfahrzeuges sei aber nicht fernliegend.[145] § 24a StVG wurde bis dato noch nicht geändert, jedoch hat der Bundestag den Gesetzesentwurf[146] zur Anpassung des StVG (sowie der Fahrerlaubnis- und Bußgeldverordnung) an den genannten Grenzwert kürzlich beschlossen.[147] Bis diese Erhöhung gesetzlich festgeschrieben wird, ist daher bei dem Konsum von Cannabis und dem Führen eines Fahrzeugs Vorsicht geboten.[148] Der derzeitig geltende Wert von 1 ng/ml THC im Blutserum wird insbesondere von regelmäßig Konsumierenden erreicht, selbst wenn der Cannabiskonsum schon mehrere Tage zurückliegt.[149] Diesem hätte der Gesetzgeber durch eine frühzeitigere Änderung der genannten Straßenverkehrsvorschriften, zeitgleich mit dem CanG, entgegenwirken können.

Um einer Zunahme von Verkehrsunfällen, die durch den Einfluss von Cannabis verursacht werden, vorzubeugen, spielt auch hier die Aufklärungs- bzw. Präventionsarbeit eine wichtige Rolle.[150] Insbesondere weil Personen, die

140 *Manthey et al.,* Technischer Bericht, Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis, April 2023, S. 78.
141 BT-Drs. 20/8704, S. 68.
142 Bundesärztekammer, Stellungnahme, S. 8; Bundespsychotherapeutenkammer, Stellungnahme, S. 7 f.; BR-Drs. 92/2/24 S. 3 f.
143 ADAC, Stellungnahme zum Entwurf, 21.7.2023, S. 1 f., online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/08/adac.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
144 *OLG Karlsruhe*, NZV 2011, 413 (413); *OLG Karlsruhe*, NZV 2007, 248 (248 f.); *OLG Koblenz*, NStZ-RR 2005, 385.
145 BMDV, Pressemitteilung, 28.3.2024, online abrufbar unter: https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2024/018-expertengruppe-thc-grenzwert-im-strassenverkehr.html(zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
146 BT-Drs. 11370.
147 Pressestelle des Deutschen Bundestages, Erhöhung des Cannabis-Grenzwertes wird mehrheitlich begrüßt, 3.6.2024, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw23-pa-verkehr-cannabis-1003426 (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
148 *Koehl*, SVR 2024, 161 (164).
149 *Koehl*, SVR 2024, 161 (163).
150 ADAC, Stellungnahme, S. 2.

Cannabis zum ersten Mal konsumieren, die Wirkungsweise oftmals nicht gut abschätzen können,[151] ist die Verstärkung der Aufklärung über die mit dem Cannabiskonsum einhergehenden Unfallrisiken zu befürworten.

dd) Fazit

Um den verfolgten Gesundheitsschutz zu stärken, sollte der Gesetzgeber auch hier die Präventionsmaßnahmen breiter fächern, vor allem in Bezug auf die Gefahren im Straßenverkehr.

4. Auswirkungen des CanG auf die Justiz

Die Bundesregierung stützt die prognostizierte teilweise Entlastung der Justiz primär auf den künftigen Wegfall der Strafanzeigen.[152]

Eine Kriminalstatistik[153] hat im Jahr 2021 ca. 180.000 konsumnahe Cannabisdelikte verzeichnet. Durch die nunmehr entfallende strafrechtliche Verfolgung konsumnaher Cannabisdelikte wird bei konstant bleibenden Zahlen eine erhebliche Entlastung der Justiz erwartet.[154] Dem ist jedoch hinzuzufügen, dass der Erwerb von Cannabis, welcher zu den dort genannten konsumnahen Delikten gehört,[155] zwar nicht mehr nach dem BtMG, jedoch nach § 261 StGB strafbar ist, wenn dieses aus einer rechtswidrigen Vortat stammt. Dies könnte die prognostizierte Entlastung wiederum eindämmen.

Daneben werden erhebliche zusätzliche Belastungen für die Strafverfolgungsbehörden, die Justiz und die Gerichte befürchtet.[156] Die Vollzugsbehörden werden nun insbesondere erstmals mit den Abstandsregeln des § 5 Abs. 2 KCanG konfrontiert. Insbesondere der Begriff der „Sichtweite“ wird in der Praxis voraussichtlich zu Vollzugsproblemen führen.[157] Auch die Überwachung der künftig erstmalig legalen Anbauvereinigungen wird zu einem Mehraufwand für die zuständigen Behörden führen. Die genaue Belastung wird davon abhängen, inwiefern diese in Anspruch genommen werden.[158] Neben des bereits in Kraft getretenen Art. 13 CanG wird künftig ein erheblicher Mehraufwand durch die §§ 40 ff. KCanG,[159] die gem. Art. 15 Abs. 3 CanG ab dem 1.1.2025 in Kraft treten, verursacht.

Im Ergebnis wird die Justiz insbesondere durch den Wegfall von Strafanzeigen entlastet werden. § 35a KCanG, welcher § 31a BtMG entspricht,[160] ist vor diesem Hintergrund ebenfalls zu begrüßen. Allerdings ist an vielen Stellen mit neuen Belastungen zu rechnen, die teilweise nur einen einmaligen Mehraufwand darstellen, teilweise aber auch langfristig angelegt sind.

VI. Gesamtfazit

Das Cannabisgesetz ist an vielen Stellen zu beanstanden: vom gesetzgeberischen „Flüchtigkeitsfehler“ bis hin zu einem Verstoß gegen die Verfassung. Auch der weite Straftatbestand des § 261 StGB, den der Gesetzgeber bei der

151 ADAC, Stellungnahme, S. 1 f.
152 BT-Drs. 20/8704, S. 86.
153 BKA, Rauschgiftkriminalität, Bundeslagebild 2021, 10.11.2023, S. 23, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Rauschgiftkriminalitaet/rauschgiftkriminalitaet_node.html (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
154 BT-Drs. 20/8704 S. 86, 163; *Oğlakcıoğlu/Sobota/Diebel*, Stellungnahme, S. 3 f.
155 BKA, Rauschgiftkriminalität, Bundeslagebild 2021, 10.10.2023, S. 5.
156 BR-Drs. 92/2/2024, S. 6 ff.; *Wendt*, Stellungnahme der Deutschen Polizeigewerkschaft zum Entwurf, 2.11.2023, S. 3, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/11/20_14_0154-25-_Deutsche-Polizeigewerkschaft_Cannabis_nicht-barrierefrei-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *Poitz*, Stellungnahme, S. 2.
157 BR-Drs. 92/1/24 S. 3 f.
158 BKA, Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken auf die Strafverfolgungs- und Ordnungsbehörden, 13.12.2023, S. 5, online abrufbar unter: https://www.dpolg.de/fileadmin/user_upload/www_dpolg_de/pdf/2024/231213_Gutachten_BKA_Auswirkungen_Cannabislegalisierung.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).
159 Vgl. BT-Drs. 20/8704, S. 86 f.
160 BT-Drs. 20/10426, S. 137.

gewollten Straflosstellung des Besitzes und Erwerbes vom Schwarzmarkt wohl „übersehen“ hat, konterkariert die Ziele des Gesetzgebers.

Dass Cannabis durch Art. 3 CanG aus dem Anwendungsbereich des BtMG gestrichen wurde, spiegelt grundsätzlich die geänderte Risikobewertung, auf der das Gesetz beruht, wider. Es ist als Fortschritt gegenüber der Rechtslage vor dem 1.4.2024 zu würdigen, dass nunmehr überhaupt bestimmte Mengen Cannabis legal besessen werden dürfen. Dennoch findet auch weiterhin eine nicht zu legitimierende Kriminalisierung des Eigenbesitzes bei Überschreitung der vom Gesetzgeber festgelegten Mengen statt.

Die mit der Einführung des CanG verfolgten Ziele können voraussichtlich nur teilweise erreicht werden. Bis zur Einführung niedrigschwelliger Bezugsmöglichkeiten (im Rahmen der „zweiten Säule“) wird ein nicht unerheblicher Teil des Schwarzmarktes voraussichtlich bestehen bleiben. Allerdings schafft ein (attraktiver) legaler Markt wiederum neue Konsumanreize, was zu höheren Konsumprävalenzen, auch bei Jugendlichen, führen kann.[161] Insofern müssen im Rahmen der zweiten Säule entsprechende (Kompromiss-)Regelungen durch den Gesetzgeber geschaffen werden.

Der Kinder- und Jugendschutz wird im CanG nicht ausreichend berücksichtigt. Es sind weitere vertiefende gesetzliche Regelungen zur Förderung der Präventionsmaßnahmen erforderlich. Die kürzlich vom Bundestag beschlossenen Ergänzungen sind zwar grundsätzlich erfreulich, jedoch insofern nicht ausreichend. Die Präventionsmaßnahmen sollten zudem generell, insbesondere in Bezug auf die Risiken im Straßenverkehr, ausgeweitet werden.

Voraussichtlich wird vor allem die Praxis Aufschluss darüber geben, an welchen Stellen der Gesetzgeber nachbessern muss. Vorab sollte der Gesetzgeber jedoch die genannten Mängel „bereinigen“, um die neuen Aufgaben, die sich in der Zukunft stellen werden, auf einer soliden Grundlage zu bewältigen.

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

[161] *Manthey et al.,* Technischer Bericht, Auswirkungen der Legalisierung von Cannabis, April 2023, S. 81.