

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

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

### Redaktion (national)

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

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 205 – 232

**205** | **Kriminalpolitischer Kreis: Zwischentagung „Herausforderungen und Chancen des Koalitionsvertrages“**

*von Ass. iur. Sabine Horn*

**212** | **Ein neues Mordmerkmal zum Schutz von Frauen und vulnerablen Personen? – Reform der Tötungsdelikte**

*von Prof. Dr. Thomas Weigend*

**216** | **Reformüberlegungen im Sexualstrafrecht**

*von Prof. Dr. Elisa Hoven*

**225** | **Der befangene Staatsanwalt?**

*von RA Dr. Miguel Veljovic und StA Dr. Christopher Bona*

### ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 233 – 236

**233** | **Die Identität des in Brand gesetzten und des zerstörten Objekts bei der Brandstiftung gemäß § 306 StGB**

*von Wiss. Mit. Tim Stephan*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 237 – 242

**237** | **Nils Winkler: Wider das „Damoklesschwert“. Reformüberlegungen für das sexualstrafrechtliche Ermittlungsverfahren**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

**239** | **Wolfgang Wohlers/Kurt Seelmann (Hrsg.): Schuldgrundsatz. Entstehung – Entwicklungsgeschichte – aktuelle Herausforderungen**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

### TAGUNGSBERICHT | 243 – 246

**243** | **Tagung im DFG-Projekt „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“**

*von Dr. Tamina Preuß, M.A.*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Kriminalpolitischer Kreis: Zwischentagung „Herausforderungen und Chancen des Koalitionsvertrages“

von Ass. iur. Sabine Horn\*

### I. Einleitung

Am 20. Juni 2025 fanden sich die Mitglieder des Kriminalpolitischen Kreises (KriK) zu einer Zwischentagung zu den „Herausforderungen und Chancen des Koalitionsvertrages“ zusammen. Durch den Tag moderierten Frau Prof. Dr. Elisa Hoven, Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Bernd Heinrich und Herr Prof. Dr. Thomas Weigend. Das Programm erstreckte sich über die im Koalitionsvertrag angekündigten wichtigsten Änderungen im Straf- und Strafprozessrecht und beinhaltete jeweils einen Vortrag sowie eine anschließende Diskussionsrunde.

### II. Streichung überflüssiger Vorschriften – Wie kann das StGB entrümpelt werden?

Nach einer kurzen Begrüßung und Einführung durch Frau Prof. Dr. Elisa Hoven startete Prof. Dr. Christoph Sowada von der Universität Greifswald mit seinem Vortrag zur Streichung überflüssiger Vorschriften im StGB in den Tag und zog eine Bilanz zu den bisherigen Forderungen und Empfehlungen des KriK an den Gesetzgeber.<sup>1</sup> Zunächst nahm er Bezug auf die Stellungnahme zu kriminalpolitischen Reformen in der Legislaturperiode 2021-2025<sup>2</sup>, in der die Mitglieder vordringliche Reformaufgaben in einer „A-Liste“ und weitere Reformanliegen in einer „B-Liste“ kategorisierten, je nach Dringlichkeit oder Längerfristigkeit der anstehenden Aufgaben. Das Eckpunktepapier des BMJ aus November 2023 zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs<sup>3</sup> griff bereits mehrere Straftatbestände auf, die angepasst, bzw. aufgehoben werden sollten. Mitte Dezember 2024 brachte die Fraktion der FDP kurz vor den Neuwahlen einen auf dem Eckpunktepapier basierenden Gesetzentwurf zur Modernisierung des Strafrechts<sup>4</sup> in den Bundestag ein. Mangels abschließender Abstimmung unterfiel der Vorschlag der Fraktion jedoch der Diskontinui-

tät. Der Koalitionsvertrag zur 21. Legislaturperiode „Verantwortung für Deutschland“ zwischen CDU, CSU und SPD<sup>5</sup> verspricht nun unter der Überschrift „Modernisierung des Strafrechts“, dass das StGB weiterentwickelt und geprüft werde, welche Vorschriften überflüssig seien und gestrichen werden könnten.<sup>6</sup> Dieser Befund sei – so Sowada – grundsätzlich erfreulich, man dürfe sich mangels eines breit aufgestellten Entkriminalisierungskonzepts aber nicht der Illusion hingeben, dass alle wünschenswerten Änderungen auch angestrebt würden.

Bezüglich der wünschenswerten Änderungen im StGB verwies Prof. Sowada auf die zeitlich nach dem Eckpunktepapier erschienenen einschlägigen Beiträge aus der Wissenschaft.<sup>7</sup> Insbesondere der Beitrag von Thomas Fischer in der Festschrift für Werner Leitner liste über das Eckpunktepapier hinaus 28 weitere Tatbestände des Besonderen Teils des StGB auf, über deren Streichung oder zumindest Abmilderung nachgedacht werden sollte. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Streichung überflüssiger Vorschriften zeige jedenfalls, dass der kurze Passus dazu im Koalitionsvertrag durchaus mit Leben gefüllt werden könne. Sowada äußerte sich jedoch dahingehend kritisch, ob der Schwerpunkt schließlich auf der Entkriminalisierung liegen werde. Dazu führte er einen Gastkommentar Fischers in LTO an, in dem es heißt: „Das (materielle) Strafrechtsprogramm der neuen Bundesregierung besteht, mit einer kleinen Ausnahme (Ankündigung, einmal mehr prüfen zu wollen, ob vielleicht Tatbestände überflüssig sind), ausschließlich aus Verschärfungen sowie Absichten, ‚Lücken‘ durch neue Tatbestände schließen zu wollen. Das gibt erneut Anlass zu dem Hinweis, dass die ‚Lücke‘ gerade das Wesen des Strafrechts ist und per se nicht kritikwürdig, sondern begrüßenswert ist – jedenfalls so lange nicht jegliches menschliche Verhalten

\* Sabine Horn ist Referentin für Forschung und Projektmanagement am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln und zugleich Schriftleiterin der KriPoZ. Die Verfasserin dankt den Mitgliedern des Kriminalpolitischen Kreises für die Möglichkeit der Teilnahme an der Tagung.

<sup>1</sup> In ZStW 2017 (Bd. 129), 334 ff. finden sich 15 Beiträge zu der Tagung des Kriminalpolitischen Kreis „Entbehrliche Straftatbestände“ vom 25.11.2016.

<sup>2</sup> Vorschläge des Kriminalpolitischen Kreises zu kriminalpolitischen Reformen in der Legislaturperiode 2021-2025, online abrufbar unter: [https://www.kriminalpolitischerkreis.de/files/ugd/b95945\\_ff97784b83314e2eba5bd4e5201a1eb9.pdf](https://www.kriminalpolitischerkreis.de/files/ugd/b95945_ff97784b83314e2eba5bd4e5201a1eb9.pdf) (zuletzt abgerufen am 26.6.2025).

<sup>3</sup> BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs, online abrufbar und nähere Informationen unter: <https://kripoz.de/2023/11/24/eckpunkte-des-bundesministeriums-der-justiz-zur-modernisierung-des-strafgesetzbuchs/> (zuletzt angerufen am 26.6.2025).

<sup>4</sup> BT-Drs. 20/14257, weitere Informationen unter: <https://kripoz.de/2024/12/19/modernisierung-des-strafrechts/>.

<sup>5</sup> Online abrufbar unter: <https://www.koalitionsvertrag2025.de> (zuletzt abgerufen am 26.6.2025).

<sup>6</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2886 ff.

<sup>7</sup> Schiemann/Akay, KriPoZ 2024, 76 ff.; Kudlich/Oğlakçoğlu, ZRP 2024, 47 ff.; Saliger, NK 2025, 21 ff.; Fischer: in: FS Leitner, 2025, S. 695 ff.

unter Strafdrohung gestellt wird.“<sup>8</sup> Und auch hinsichtlich einer Streichung der Leistungerschleichung aus dem StGB habe sich das Justizministerium zuletzt zurückhaltend geäußert<sup>9</sup>, so *Sowada*.

Zur Identifizierung von überflüssigen Tatbeständen im StGB warf *Sowada* im Folgenden einen Blick auf eine Umfrage unter Strafrechtslehrer:innen aus dem Jahr 2016, die zu 72 Rückmeldungen und zu 195 Nennungen führte, die sich auf 74 Straftatbestände verteilten. Die damals am häufigsten genannten Tatbestände (mit mind. 5 Nennungen) seien die §§ 173, 217, 89a (b, c), 226a, 166, 167a, 183, 184, 184a, 184f, 299 Abs. 1 Nr. 2 (299) und 316a StGB gewesen, wobei sich die Streichung des § 217 StGB durch das Urteil des *BVerfG* erübrigt habe. Zum Vergleich zog er sodann die Liste der Streichungs- bzw. Änderungsvorschläge aus dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Modernisierung des Strafrechts<sup>10</sup> heran. Dort sei § 142 StGB prominent genannt (der zwar nicht gestrichen, aber geändert werden sollte) sowie die Umwandlung der Beförderungerschleichung (§ 265a Abs. 1 Var. 3 StGB) in eine Ordnungswidrigkeit vorgeschlagen worden. Als Streichkandidaten fanden sich in der Bundestagsdrucksache die §§ 134, 184f, 290, 316a, 323b, 352, 217 und 266b (bzgl. Scheckkarten) StGB. Des Weiteren sei die Änderung des § 235 StGB, die sprachliche Bereinigung der Tötungsdelikte und des jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgesystems sowie die Aufhebung der Rechtsmittelbeschränkung in § 55 Abs. 1 JGG angeklungen. Bis auf die Streichung des § 290 StGB seien die Übereinstimmungen im Übrigen zumindest erfreulich. Das Eckpunktepapier 2023<sup>11</sup> habe zusätzlich noch die Streichung der §§ 284 ff. StGB, die Reduzierung der Mindeststrafe des § 184b StGB auf 6 Monate (inzwischen umgesetzt) und die Streichung des § 219a StGB (inzwischen umgesetzt) vorgesehen. Die Änderung der §§ 202a StGB ff. sollte nach Fachsymposien gesondert angegangen werden. Eine große Erweiterung der Streich- und Änderungsliste ergebe sich danach nicht. Zwecks einer weiteren Entkriminalisierung sprach sich *Prof. Sowada* für eine Streichung des § 173 Abs. 2 StGB (Geschwisterinzest) aus. Dieser sei in der damaligen Umfrage unter Strafrechtslehrer:innen mit 19 Nennungen auf Platz 1 der Streichungsliste gewesen, aber auch das „Containern“<sup>12</sup> sowie der Schutz des Lebens i.w.S. (Suizidteilnahme, §§ 216, 218 ff. StGB) würden einen potentiellen Diskussionsgegenstand bilden.

### III. Ein neues Mordmerkmal zum Schutz von Frauen und vulnerablen Personen? – Reform der Tötungsdelikte

Mit der Reform der Tötungsdelikte und insbesondere mit der Frage nach einem neuen Mordmerkmal zum Schutz von Frauen und vulnerablen Personen beschäftigte sich *Prof. Dr. Thomas Weigend*. Die Verschriftlichung seines

Beitrags findet sich ebenfalls in diesem Heft,<sup>13</sup> auf eine Zusammenfassung wird an dieser Stelle daher verzichtet.

### IV. Reformen im Sexualstrafrecht

Im Anschluss an den Beitrag von *Prof. Weigend* gab *Prof. Dr. Elisa Hoven* einen Überblick über mögliche Reformen im Sexualstrafrecht. Auch ihr Beitrag findet sich im Folgenden in diesem Heft.<sup>14</sup>

### V. Wahrheitsschutz durch Strafrecht? – Deepfakes, Social Bots und Fake News auf Social Media

*Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf* beschäftigte sich in seinem Vortrag mit der Frage des Wahrheitsschutzes durch Strafrecht in Bezug auf Deepfakes, Social Bots und Fake News auf Social Media. Er startete mit einem Zitat aus dem Koalitionsvertrag, in dem unter der Überschrift „Umgang mit Desinformation“ ausgeführt wird: „Gezielte Einflussnahme auf Wahlen sowie inzwischen alltägliche Desinformation und Fake News sind ernste Bedrohungen für unsere Demokratie, ihre Institutionen und den gesellschaftlichen Zusammenhalt. Die bewusste Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen ist durch die Meinungsfreiheit nicht gedeckt. Deshalb muss die staatsferne Medienaufsicht unter Wahrung der Meinungsfreiheit auf der Basis klarer gesetzlicher Vorgaben gegen Informationsmanipulation sowie Hass und Hetze vorgehen können. Systematisch eingesetzte manipulative Verbreitungstechniken wie der massenhafte und koordinierte Einsatz von Bots und Fake Accounts müssen verboten werden. Wir werden durchsetzen, dass Online-Plattformen ihren Pflichten hinsichtlich Transparenz und Mitwirkung gegenüber der Aufsicht nachkommen, sowie eine verstärkte Haftung für Inhalte übernehmen.“<sup>15</sup> Zunächst erläuterte *Prof. Hilgendorf*, was unter den Begriff der „Fake News“ überhaupt zu fassen sei. Dies seien im Kern falsche Tatsachenaussagen, die v.a. mit dem Ziel der gesellschaftlichen Desinformation, politischen Einflussnahme oder zu Bereicherungszwecken eingesetzt würden. Verwandte Konzepte wie Propaganda, „alternative Fakten“, „post truth“, oder „shit storm“ spielten eine ähnliche Rolle. Streng genommen gebe es falsche Tatsachen gar nicht, da Tatsachen weder falsch noch wahr sein könnten. Dies könnten lediglich Aussagen, wurde aber durch den Gesetzgeber schon vor langer Zeit bspw. in § 263 StGB falsch angelegt. Auch die Abgrenzung von Tatsachenaussagen und Werturteilen oder Tatsachenaussagen und Meinungen oder Tatsachenaussagen und Werturteilen sei nicht geklärt, was es schwierig mache, sich mit Fake News angemessen zu beschäftigen. Hinter den von der Pressesprecherin *Trumps* benannten „alternativen Fakten“ stehe eine ganze postmoderne Theorie, dass Realität konstruiert werde, alles sei nur Sprache und auch „soziale Macht“ spiele eine Rolle. Postmoderne Theoretiker seien geschockt gewesen, als

<sup>8</sup> *Fischer*, Gastkommentar in: LTO v. 11.4.2025, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/eine-frage-an-thomas-fischer-strafrecht-im-koalitionsvertrag> (zuletzt abgerufen am 26.6.2025).

<sup>9</sup> Siehe dazu LTO Presseschau v. 18.6.2025, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/presseschau/p/presseschau-18-06-2025-sozialgerichte-verwaltungsgerichte-afd-blockade-gerhard-delling> (zuletzt abgerufen am 26.6.2025).

<sup>10</sup> Siehe Fn. 4.

<sup>11</sup> Siehe Fn. 3.

<sup>12</sup> Siehe hierzu: <https://kripoz.de/2019/04/15/containern-von-lebensmitteln-entkriminalisieren/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2025).

<sup>13</sup> *Weigend*, KriPoZ 2024, 212 ff.

<sup>14</sup> *Hoven*, KriPoZ 2024, 216 ff.

<sup>15</sup> Koalitionsvertrag Zeile 3927 ff.

durch das Lager *Trumps* dieser Begriff aufgegriffen und genutzt wurde, um sehr problematische politische Botschaften zu unterstützen. Dahinter stehe ein Antirealismus.

Aber auch der Begriff der Wahrheit sei klärungsbedürftig. *Hilgendorf* warf die Frage auf, was Wahrheitsträger seien. Tatsachen seien es nicht, hingegen könnten Tatsachenbehauptungen wahr oder falsch sein. Werte oder Normen könnten nach heutiger h.M. ebenso weder wahr noch falsch sein. Im Rahmen der Wahrheitstheorie sei es interessant, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, was der Begriff Wahrheit bedeute und wie festzustellen sei, ob die Bedeutung im Einzelfall erfüllt sei. All diese Themen seien wichtig, wenn man das Problemfeld dogmatisch durchdringen wolle.

Fake News seien in erster Linie im politischen Diskurs, aber auch im Journalismus und dort im traditionellen Journalismus sowie im Populärjournalismus (soziale Medien) zu finden. Werbeversprechen (bspw. „Katzes würden Whiskas kaufen“) seien diesbezüglich ein altes Thema, es gebe aber auch neue Bereiche, wie etwa Influencer, die vor einem großen Publikum Informationen streuten, die bspw. Kinder gefährden könnten. Letztlich gebe es aber auch in der Wissenschaft Bereiche, in denen Fake News eine Rolle spielen. Als Beispiel führte *Hilgendorf* Informationen zu Impfungen in der Corona-Krise an.

Ursache der heutigen Problemlage seien vor allem die technischen Möglichkeiten der Verbreitung (Internet, web 2.0, fake accounts, social bots, KI, deep fakes). Es gebe keine redaktionellen Kontrollen und die begrifflichen Konfusionen täten ihr Übriges. Dies führe dazu, dass das Problembewusstsein und die Rechtslage hinter den technischen Möglichkeiten zurückblieben. Insofern bestehe dort Handlungsbedarf. Im Strafrecht gebe es schon lange Regeln zum Umgang mit Unwahrheiten, wie bspw. den Betrugstatbestand, die üble Nachrede, Verleumdung, die Volksverhetzung, verhetzende Beleidigung, Aussagedelikte, Urkundenfälschung, die mittelbare Falschbeurkundung, Vortäuschen einer Straftat oder Strafbarkeiten im Bereich der Marktmanipulation. Die Liste ließe sich fortsetzen. Die Frage des weiteren Kriminalisierungsbedarfs stelle sich besonders in den Bereichen der:

- Falschnachrichten zum Zweck politischer Beeinflussung
- unzutreffender Katastrophenmeldungen
- unzutreffender (und gefahrerschaffender) Behauptungen von Influencern
- Fälschungen in der Wissenschaft
- fingierten Bewertungen auf Konsumentenplattformen
- gezielt auf besonders vulnerable Gruppen abzielenden falschen Tatsachenbehauptungen

Immer wieder sei in der Diskussion auch die Frage nach einem allgemeingefassten Lügenverbot, für das strafrechtlich sehr wenig spreche.

Denke man jedenfalls über eine weitere Kriminalisierung nach, sei insbesondere auf eine begriffliche Klarheit zu achten und bspw. auf die Verwendung von Anglizismen

zu verzichten. Auch sei es wichtig zu klären, um welches Schutzinteresse es letztlich gehen solle, bzw. welches Rechtsgut geschützt werden soll. Erst dann könne man über eine neue Strafbarkeit sprechen. Wichtig sei vor allem auch, die Meinungsfreiheit zu beachten und Abwägungsstrukturen zu entwickeln, die der Rechtsanwendung an die Hand gegeben werden könnten und die für Transparenz und Nachvollziehbarkeit sorgen.

Insgesamt sah *Prof. Hilgendorf* in seinem Resümee derzeit keinen akuten Kriminalisierungsbedarf, was nicht heiße, dass es keinen begrifflichen Klärungsbedarf oder einer Erklärung der empirischen Seite bedürfe oder der ein oder andere Straftatbestand diskutabel erscheine. Aktuell sollte eine verbesserte Aufklärung der Mediennutzer erfolgen, um bspw. für eine größere Skepsis gegenüber schriftlichen Äußerungen zu sorgen und auch eine gewisse Medienkompetenz (bspw. durch Trainings in der Schule) vermittelt werden. Es gebe bereits Trainingsprogramme, die helfen würden, Fake News zu identifizieren und damit angemessen umzugehen. Darüber hinaus sei sicherzustellen, dass die Verantwortung der Plattformbetreiber durchgesetzt werde. Dogmatische Grundlagen müssten sicherer gestaltet und präziser formuliert werden, so *Hilgendorf*. Es brauche begriffliche Klarstellungen, um rechtssichere Regeln formulieren zu können. Ebenso sollte aber auch die empirische Forschung vorangetrieben werden, um die Frage zu klären, wo Fake News und ähnliche Erscheinungsformen auftreten und wie sie – auch auf bestimmte Nutzergruppen – wirken. Psychologisch sei zu klären, was Menschen dazu treibe, Fake News zu publizieren und zu verbreiten und welche Faktoren die Verletzbarkeit von Opfern steigern oder minimieren. Unter den Stichworten Polarisierung und Schädigung der Demokratie sei ebenso darauf zu schauen, wie sich Fake News in der Gesellschaft auswirken.

## VI. Volksverhetzung – Entziehung des passiven Wahlrechts und Strafbarkeit von Äußerungen in Chatgruppen

Frau *Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski* beleuchtete die Strafbarkeit wegen Volksverhetzung in Bezug auf Äußerungen in Chatgruppen sowie die mit der Strafbarkeit der Volksverhetzung einhergehende diskutierte Nebenfolge der Entziehung des passiven Wahlrechts.

Die Norm des §130 StGB (Volksverhetzung) sei bereits seit Jahren umstritten, auch wenn die Kritik leiser geworden sei. Hierbei könnte ein gewisser Gewöhnungseffekt eine Rolle spielen, aber auch eine wachsende Sensibilität in der Gesellschaft für Verletzungen durch Kommunikation. Hauptkritikpunkte an § 130 StGB seien die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit sowie die Konturlosigkeit bzw. Dysfunktionalität des Rechtsguts „Öffentlicher Friede“. Zum Schutz dieses Rechtsguts werde in die Meinungsfreiheit weit eingegriffen, wobei die Begrenzungsversuche durch Tatbestandsmerkmale bzw. Rechtsprechung bislang wenig effektiv geblieben seien. Auch die letzte Erweiterung des § 130 StGB durch einen Absatz 5, der unter bestimmten Voraussetzungen das Billigen,

Leugnen oder das gröbliche Verharmlosen völkerstrafrechtlicher Verbrechen unter Strafe stellt, sei viel diskutiert und kritisiert worden. Dieser Trend scheine sich auch in der neuen Legislaturperiode fortzusetzen. Im Koalitionsvertrag heißt es dazu: „Im Rahmen der Resilienzstärkung unserer Demokratie regeln wir den Entzug des passiven Wahlrechts bei mehrfacher Verurteilung wegen Volksverhetzung. Wir wollen Terrorismus, Antisemitismus, Hass und Hetze noch intensiver bekämpfen und dazu insbesondere den Tatbestand der Volksverhetzung verschärfen. Wir prüfen, inwiefern eine Strafbarkeit für Amtsträger und Soldaten, die im Zusammenhang mit der Dienstausübung antisemitische und extremistische Hetze in geschlossenen Chatgruppen teilen, eingeführt werden kann.“<sup>16</sup>

Zunächst widmete sich *Prof. Rostalski* dem Entzug des passiven Wahlrechts (§ 45 StGB). § 45 Abs. 1 StGB regelt den Kraft Gesetzes eintretenden Verlust der Amtsfähigkeit und das passive Wahlrecht, § 45 Abs. 2-5 StGB stellen es ins Ermessen des Gerichts, ob die Amtsfähigkeit und das passive Wahlrecht oder sogar das aktive Wahlrecht entzogen werden, soweit es das Gesetz besonders vorsieht (z.B. bei den Staatsschutzdelikten §§ 92a, 101, 102, 108c, 109i, 129a StGB, beim Subventionsbetrug und bei Amtsdelikten). Der Rechtscharakter der Norm werfe allerdings Fragen auf. § 45 Abs. 1 StGB werde als bloße Nebenfolge ohne Strafcharakter und § 45 Abs. 2-5 StGB als Nebenstrafe bzw. Sanktion mit strafrechtlichem Charakter gewertet, so dass man darüber diskutieren könne, in welchem Umfang überhaupt präventive Erwägungen bei der Anwendung der Norm einbezogen werden können oder sollen. § 45 StGB stehe insbesondere deshalb in der Kritik, weil die Nebenfolge den Status einer Person betreffe und daher an Ehrenstrafen erinnere und sei zudem „vormodern“ und stigmatisierend. Ferner trage die Nebenfolge nicht dem Schuldausgleich oder der Prävention Rechnung, sondern sei stattdessen ein Ausdruck von Feindstrafrecht. Ebenso sei sie unvereinbar mit dem Resozialisierungsgedanken und bevormunde den Bürger, der keine freie Entscheidung mehr treffen könne, ob er eine Person wähle, die sich wegen einer entsprechenden Tat strafbar gemacht hat. In der Praxis falle die Anwendung des § 45 StGB jedoch auch gering aus. Zwischen 2002 und 2021 seien insgesamt lediglich 24 Anordnungen in den Strafverfolgungsstatistiken registriert.

*Rostalski* äußerte sich hinsichtlich der Pläne der Koalition, § 130 StGB zu einem Anwendungsfall des § 45 Abs. 2 StGB zu machen, kritisch. Ihrer Ansicht nach widerspreche dies der Systematik. Bislang würden Straftaten erfasst, die den Staat und seine Einrichtungen gefährden und damit einen von § 130 StGB abweichenden Unrechtscharakter aufweisen. Trotz aller Kritik stehe aber auch hinter § 45 StGB eine gewisse Logik. Der Tatbestand stelle die Befähigung infrage, Repräsentant des deutschen Volkes zu sein und einen vertrauensvollen Dienst am Gemeinwesen zu leisten, wenn diese Person bereits durch eine Tat den demokratischen Rechtsstaat gefährdet, Landesverrat begangen oder die äußere Sicherheit gefährdet habe. Dadurch habe sie demonstriert, dass sie keine notwendige

Loyalität gegenüber dem Verfassungsstaat begründe, um sie im In- und Ausland zum Ausdruck zu bringen. Das erschütterte Vertrauen sei jedoch vom jeweiligen Delikt abhängig, daher stehe es auch im Ermessen des Gerichts, dieses im Einzelfall zu prüfen, wobei angesichts der schweren Folge, die Hürde nach Ansicht *Rostalskis* hoch anzusetzen sei. Man könne § 45 StGB also eine präventive (Schutz des deutschen Volkes vor nicht vertrauenswürdigen Amtsträgern) als auch eine schuldausgleichende Ratio (den zeitweisen Entzug der Teilnahmemöglichkeit am Staat) entnehmen. Auf § 130 StGB ließen sich diese Erwägungen jedoch nicht übertragen, da es sich zum einen bei § 130 StGB um ein Äußerungsdelikt handle, das den öffentlichen Frieden und in einzelnen Teilen die Menschenwürde schütze, zum anderen sei die Tat nach § 130 StGB kein Angriff auf den freiheitlich verfassten Rechtsstaat. Taten i.S.d. § 130 StGB könnten allenfalls einen Einblick in die Gesinnung des Einzelnen geben und ggf. ein Indiz dafür sein, ob eine Person künftig ähnlich gelagerte Straftaten begehe. Daher ließe es sich nach Ansicht *Rostalskis* nicht rechtfertigen, auf Straftaten nach § 130 StGB mit dem Entzug des passiven Wahlrechts zu reagieren, da sie keinen hinreichenden Bezug zum Verhaltensunrecht aufwiesen, das typischerweise verwirklicht sein müsse, um diese Nebenfolge auszulösen. Sicherlich werde derjenige sich bei der Verkörperung seines Amtes an bestimmten Interessen orientieren, aber dies gehöre zur Politik dazu. Sie sei in gewisser Form immer eine Interessenvertretung einseitiger Art.

Sodann warf *Prof. Rostalski* die Frage auf, ob die Aufnahme des § 130 StGB in die Reihen der Vorschriften, die § 45 StGB als Nebenfolge vorsehen, gerechtfertigt sei, wenn der gewählte Volksvertreter eben nicht nur bestimmte Interessen verfolge, sondern bestimmte Gruppen oder Teile der Bevölkerung durch Äußerungen derart angreife, dass deren Menschenwürde tangiert werde. Auch dies verneinte sie und zog den Vergleich zu dem Fall, dass eine Person sich in mehreren Fällen zum Nachteil von Opfern bestimmter Bevölkerungsgruppen hinsichtlich einer gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht habe. Es ließe sich nicht rechtfertigen, dass dieser Täter nicht der Nebenfolge des § 45 StGB unterworfen werden könne. Ein Angriff auf die körperliche Integrität betreffe ebenso die Würde des Einzelnen und wiege besonders schwer, wenn er aus einer verachtenden Gesinnung heraus geschehe. Weiterhin zog sie eine Parallele zur Bedrohung oder zu sexuellen Übergriffen. Wenn also § 130 StGB der Nebenfolge des § 45 Abs. 2 StGB zugeordnet werden solle, weil es um einen Angriff auf die Menschenwürde gehe, der besonders schwer wiege, dann müsse man es vielen Vorschriften gleichtun, was die rechtliche Architektur des § 45 StGB ins Wanken brächte.

Im Fortgang ihres Vortrages ging *Prof. Rostalski* sodann auf geschlossene Chatgruppen und die Frage der Strafbarkeit von dort getätigten Äußerungen ein. Grund für die Diskussion um eine Strafbarkeit von antisemitischer und extremistischer Hetze in geschlossenen Chatgruppen dürfte ihrer Ansicht nach ein Fall des *LG* bzw. *OLG*

<sup>16</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2890 ff.

Frankfurt a.M.<sup>17</sup> gewesen sein, wo mehrere Polizeibeamte in einer geschlossenen Gruppe mit maximal 10 Personen fortlaufend über viele Jahre hetzerische und illegale Inhalte teilten. Die Strafbarkeit scheiterte im Wesentlichen am Tatbestandsmerkmal des Verbreitens, da die Gruppe bewusst klein gehalten wurde und die Mitglieder untereinander befreundet waren: „Das Einstellen eines inkriminierten Inhalts in eine private, geschlossene WhatsApp-Gruppe mit überschaubarem Personenkreis erfüllt das Tatbestandsmerkmal des Verbreitens nur dann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Empfänger den Inhalt an eine größere, nicht mehr zu kontrollierende Personengruppe weiterleitet und der Versender dies zumindest billigend in Kauf nimmt.“<sup>18</sup> Diesen Öffentlichkeitsbezug wolle der Gesetzgeber nun für Soldaten und Amtsträger aufheben, was die Frage der Rechtfertigung aufwerfe. Dafür spreche die besondere Pflichtenstellung gegenüber dem Staat, die der Amtsträger selber übernommen hat und in dieser Eigenschaft auch ein besonderes Vertrauen genieße. Daher könne hier das Teilen illegaler Inhalte schon bei einer niedrigeren Schwelle untersagt sein. Dagegen spreche jedoch, dass die Rolle des Amtsträgers oder Soldaten nicht jeden privaten Lebensbereich überlagern könne. Auch ihnen verbleibe ein privater Raum, in dem sie sich persönlich oder politisch frei äußern können, denn Kommunikation sei ein wesentlicher Schlüssel zum Ausdruck der eigenen Persönlichkeit. Sofern der Personenkreis, der den Resonanzraum solcher Äußerungen bilde, ein kleiner sei und keine konkrete Gefahr bestehe, dass die Äußerungen den Kreis verlassen, erscheine es nicht gerechtfertigt, dem Soldaten oder dem Amtsträger diese Freiheit zu nehmen. Auch wenn mit der digitalen Kommunikation ein höheres Verbreitungsrisiko einhergehe, so verdiene sie ebenfalls denselben Schutz, da sie zudem mittlerweile den größten Anteil der sozialen Kommunikation der Menschen ausmache.

Insgesamt seien die Äußerungsdelikte, genau wie der Kampf gegen Hass und Hetze in den letzten Jahren zum strafrechtspolitischen Lieblingsprojekt des Gesetzgebers geworden. *Rostalski* verwies diesbezüglich auf zahlreiche Maßnahmen, die im Vorfeld des Strafrechts stattfinden. So seien Melde- und Beratungsstellen implementiert worden (bspw. Hate Aid, RESPECT, Beratungskompass Verschwörungsgedanken, diskriminierung-melden.nrw), die ausdrücklich Äußerungen im vorstrafrechtlichen Bereich erfassen und dokumentieren. In diese Reihen aufzunehmen seien auch die sog. Trusted Flagger, die auf Basis der Digital Service Acts die Aufgabe haben, unerlaubte Inhalte in sozialen Medien zu kennzeichnen. Diese Inhalte würden von den Plattformbetreibern i.d.R. bevorzugt berücksichtigt und gelöscht. Problematisch sei insofern, dass ein von der Bundesnetzagentur herausgegebener Leitfaden für die Trusted Flagger weit über die Anforderungen des Digital Service Act hinausgehe und auch erlaubte In-

halte zu deren Inhalt erkläre und auch das Bundesamt für Verfassungsschutz Äußerungen im vorstrafrechtlichen Bereich als für die Sicherheitsbehörde relevant<sup>19</sup> einstufe. Dies alles ereigne sich in einem Klima, in dem immer weniger Menschen das Gefühl hätten, ihre politische Meinung frei äußern zu können und die zunehmende Regulierung im Bereich von Äußerungen gebe dem Gefühl derer, die sich Sorgen um die Meinungsfreiheit machten, Recht. Die geplanten Änderungen der Koalition in Sachen § 130 StGB entsprächen dem Zeitgeist und einer politischen Linie, die mehr und mehr darauf setze, die Meinungsfreiheit zu begrenzen. Dies sei für eine freiheitliche Demokratie schädlich, die gerade von ihrem Diskurs lebe. Resilienz heiße nicht, sich davor zu drücken, Widerstandsfähigkeit heiße gerade, sich dem schwierigen Gespräch zu stellen, Argumente auszutauschen und offen dafür zu bleiben, sich von anderen Argumenten affizieren zu lassen. Dies rechtfertige keine Beleidigungen oder menschenverachtende Äußerungen, mahne aber zur staatlichen Zurückhaltung. Jede Beschränkung der Meinungsfreiheit provoziere Selbstzensur und schüre den Eindruck, der Staat könne sich gegen Andersdenkende auf keine andere Weise mehr erwehren.

## VII. Reformen in der StPO

*Prof. Dr. Matthias Jahn* widmete sich in seinem Vortrag der im Koalitionsvertrag vorgesehenen Reform im Strafprozessrecht. Bevor er sich mit den Zielen und Wünschen der Legislaturperiode auseinandersetzte, äußerte er sich kritisch hinsichtlich der im Koalitionsvertrag unter dem Punkt „Bürokratierückbau, Staatsmodernisierung und moderne Justiz“<sup>20</sup> genannten Praxischecks.<sup>21</sup> Diese sollen zum Zwecke einer gründlichen, integrativen und transparenten Gesetzgebung bereits in der Frühphase von Gesetzgebungsverfahren mit Expert:innen in einer angemessenen Frist (in der Regel 4 Wochen) durchgeführt werden. Praxischecks – gerade im Strafprozessrecht – sollten methodisch ausgestaltet werden und benötigten daher typischerweise durchaus länger als vier Wochen, um eine fundierte Stellungnahme hervorzubringen, so *Jahn*. Eine Beteiligung der Strafrechtswissenschaft am Gesetzgebungsprozess sei zudem nicht explizit in gleicher Weise wie diejenige der „Praxis“ vorgesehen. Im Rahmen einer guten Gesetzgebung<sup>22</sup> sieht der Koalitionsvertrag des Weiteren Erfolgsindikatoren vor, um den Wirkungsgrad von Gesetzen nachprüfbar zu machen. Dies sei nach der Ansicht *Jahns* gerade im Strafprozessrecht eine besondere Herausforderung, da Fairness und Funktionalität schwierig zu messen seien. Einen Gruß *Montesquieu*s erkannte er in Zeile 1866 des Koalitionsvertrages, in der es heißt: „Gesetze, Verordnungen und Regelungen, die nicht gemacht werden müssen, werden wir nicht machen“. Man werde sehen, was die Koalition daraus mache – oder auch nicht.

<sup>17</sup> *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 8.7.2024 – 1 Ws 171/23, 1 Ws 174/23, 1 Ws 175/23, 1 Ws 176/23, 1 Ws 177/23.

<sup>18</sup> A.a.O., Leitsatz.

<sup>19</sup> *Haldenwang*, Welt online v. 4.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article250832354/Thomas-Haldenwang-wehrt-Kritik-am-Verfassungsschutz-ab-Meinungsfreiheit-kein-Freibrief.html> (zuletzt abgerufen am 15.7.2025).

<sup>20</sup> Koalitionsvertrag Zeile 1775 ff.

<sup>21</sup> Koalitionsvertrag Zeile 1870.

<sup>22</sup> Koalitionsvertrag Zeile 1865 ff.

Im Folgenden betrachtete *Prof. Jahn* den Koalitionsvertrag für den Bereich des Strafprozessrechts mit einer „Haben“- und einer „Soll“-Seite. Auf der Haben-Seite sei der Koalitionsvertrag im Bereich wegweisender strafprozessualer Vorhaben nicht umfangreich. Es fänden sich zum Teil Blackbox-Begriffe, deren Inhalte flexibel seien. So bietet der Koalitionsvertrag in Zeile 2017 ff. Ausführungen zum Pakt für den Rechtsstaat: „Er basiert auf drei Säulen: einer verbesserten Digitalisierung, einer Verschlankung und Beschleunigung von Verfahrensabläufen und einer personellen Stärkung“. Die Beschleunigung von Verfahrensabläufen sei ebenso ein zentraler Punkt der Justizministerkonferenz vom 5. und 6. Juni 2025 gewesen und wurde in zahlreichen Presseartikeln bereits behandelt. Es bleibe allerdings offen, wo für die Praxis nach zahlreichen Modernisierungs-, Fortentwicklungs- und Effektivierungskaskaden des letzten Jahrzehnts noch unentdeckte Potentiale in dieser Richtung stecken könnten. *Jahn* äußerte sich besorgt, dass bereits ad acta gelegte Projekte wie die Einführung des Wahlrechtsmittels im Erwachsenenstrafrecht, die Abschaffung der zweiten Tatsacheninstanz oder die weitgehende Abschaffung der Revisionshauptverhandlung reaktiviert werden könnten. Als weitere Säule des Pakts für den Rechtsstaat führt der Koalitionsvertrag die Digitalisierung der Justiz an.<sup>23</sup> Verfahrensplattformen sollen die klassischen Akten ersetzen und eine Bundesjustizcloud soll digitale Beweismittel aufnehmen. Daher sei klar, so *Jahn*, dass es nicht bei der bisherigen Ausgestaltung des Besichtigungsrechts bei Beweistücken bleiben könne. Die rechtspolitische Stoßrichtung aus Sicht der effizienzorientierten Justizverwaltung mit Blick auf den Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz sei jedoch eindeutig und lasse sich in einem Zitat aus dem JuMiKo-Beschluss unter der Überschrift „Reformstau beenden und Digitalisierung im Strafprozess weiterdenken“<sup>24</sup> erkennen: „Dabei besteht insbesondere bei der Erfassung, Verarbeitung und Einführung digitaler Beweismittel der Bedarf einer Prüfung gesetzlicher Optimierung“.<sup>25</sup> Neben der Ausweitung des Selbstleseverfahrens betreffe dies etwa die Durchführung von Videovernehmungen sowie die Einführung von Vernehmungsprotokollen aus den Ermittlungsverfahren.

Des Weiteren sieht der Koalitionsvertrag eine Kommission aus Wissenschaft und Praxis unter Beteiligung der Länder vor, um eine grundlegende Überarbeitung der StPO auf den Weg zu bringen.<sup>26</sup> Dass sich diese Kommission nach dem Wortlaut des Koalitionsvertrags lediglich mit zwei Punkten beschäftigen soll, nämlich der Gewährleistung effektiver Strafverfolgung und einer zügigen Verfahrensführung, sei unbefriedigend, so *Jahn*. Effektivität, Schnelligkeit und die weiteren Synonyme blieben hohle

Begriffe, solange man nicht die Zielkonflikte der Grundprinzipien des Strafprozesses aus Sicht der Grundrechtsträger und der hoheitlichen Gewalt im Blick behalte. Man solle sich seiner Grundsätze versichern und sie zeitgemäß aktualisieren, sie aber keinesfalls zur Disposition stellen. Eine grundlegende Überarbeitung der StPO sei in der Tat unumgänglich, die Arbeit einer solchen Kommission müsse aber breiter angelegt werden, wenn man Effektivität auch in den Dimensionen des Grund- und Menschenrechtsschutzes – wie etwa die Strafverfahrensordnungen in Österreich und der Schweiz es in ihren ersten Abschnitten tun – versteht. Effizienz dürfe nicht nur ein einseitiges Streben nach Funktionalität sein. Die Kommission soll dem Vernehmen nach bereits im dritten Quartal 2025 eingesetzt werden.

Hinsichtlich der erneut geplanten Verbesserung des Opferschutzes<sup>27</sup> im Strafprozess, konstatierte *Jahn*, gebe es im Koalitionsvertrag viele kleinteilige Vorhaben, wie bspw. die audiovisuelle Vernehmung minderjähriger Zeugen,<sup>28</sup> Schwärzung von Angaben zu Wohn- und Aufenthaltsanschrift bei bestimmten Delikten<sup>29</sup> oder die Möglichkeit der anonymen Spurensicherung bei Gewalt gegen Frauen,<sup>30</sup> jedoch fehle es an der Beantwortung der Vorfrage nach der Erforderlichkeit weiterer gesetzgeberischer Tätigkeit angesichts der multiplen Erweiterungen der Verletztenrechte seit 1986.

Bisher wenig erkannt worden seien laut *Jahn* Folgeeffekte für das Strafprozessrecht aus den vorgeschlagenen materiellrechtlichen Änderungen im Einziehungsrecht, die sich aus dem Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Optimierung des Rechts der Vermögensabschöpfung<sup>31</sup> ergäben. Allen voran gelte dies für die vollständige Beweislastumkehr für die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft, die sich in zwei Abschnitten des Koalitionsvertrages fast wortidentisch finden lasse.<sup>32</sup> Die Beweislastumkehr mache nicht nur die gerade geschaffene Beweiswürdigungsvorschrift des § 437 StPO (Besondere Regelung für das selbständige Einziehungsverfahren) schon wieder novellierungsbedürftig, sie würde ebenso die rote Begrenzungslinie sowohl der strafprozessualen Unschuldsumutung als auch des nemo-tenetur-Grundsatzes betreten und, je nach Ausgestaltung von Rechtsvermutung und Auskunftspflichten des Beschuldigten, verletzen. In diesem Zusammenhang verwies *Jahn* auf ein Zitat aus der Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der BRAK:<sup>33</sup> „Eine reine Verdachtseinziehung auf Basis einer vollständigen Beweislastumkehr müsste rechtssystematisch den Regelungsort des Strafrechts und des Strafprozessrechts verlassen.“<sup>34</sup>

<sup>23</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2023 ff.

<sup>24</sup> Beschluss der Justizministerkonferenz 2025, TOP II.6, online abrufbar unter: <https://www.justiz.nrw.de/sites/default/files/2025-06/TOP%20II.06%20-%20Reformstau%20beenden.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.6.2025).

<sup>25</sup> A.a.O., Nr. 4.

<sup>26</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2048.

<sup>27</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2049.

<sup>28</sup> A.a.O.

<sup>29</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2940 ff.

<sup>30</sup> Koalitionsvertrag Zeile 3273 f.

<sup>31</sup> Online abrufbar unter: [https://www.justiz.bremen.de/sixcms/media.php/13/Abschlussbericht%20BLAG%20Vermögensabschöpfung\\_2024.pdf](https://www.justiz.bremen.de/sixcms/media.php/13/Abschlussbericht%20BLAG%20Vermögensabschöpfung_2024.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.6.2025).

<sup>32</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2879 ff. und Zeile 2660 ff.

<sup>33</sup> Online abrufbar unter: [https://www.brak.de/fileadmin/05\\_zur\\_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2025/stellungnahme-der-brak-2025-21.pdf](https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2025/stellungnahme-der-brak-2025-21.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.6.2025).

<sup>34</sup> Siehe dazu auch *T. Zimmermann*, KriPoZ 2022, 428 ff., online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/11/wegner-ladwig-zimmermann-el-ghazi-vorschlag-eines-vermoegenseinziehungsgesetzes.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.5.2025).

Als letzten Punkt auf der „Haben“- Seite des Koalitionsvertrages verwies *Prof. Jahn* auf die großflächige Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse.<sup>35</sup> In diesem Zuge sollen die Straftatenkataloge der §§ 100a ff. StPO ausgeweitet werden. Es folge eine lange Liste von vorgeschlagenen Änderungen, mitunter auch die KI-basierte Datenanalyse, zu der eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe (Künstliche Intelligenz im Strafverfahren)<sup>36</sup> ihre Arbeit schon aufgenommen habe. Vorläufig auf Ebene der JuMiKo gescheitert sei indes die biogeografische DNA-Analyse.<sup>37</sup>

Im Anschluss ging *Prof. Jahn* darauf ein, welche Punkte der Koalitionsvertrag vermissen lasse und betrachtete damit die „Soll“-Seite. Die digitale Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung werde überhaupt nicht mehr erwähnt, so dass hierüber wohl erst wieder ab 2029 rechtspolitisch mit einer Realisierungschance diskutiert werde. Zudem sei die Regelungslücke im Rahmen der Grenzen des V-Personen Einsatzes und die unregelte *agent provocateur*-Problematik strafverfassungsrechtlich wegen des Wesentlichkeitskriteriums problematisch, die ebenfalls nicht mehr erwähnt würden. Das Regelungsbedürfnis könne nicht einfach vier Jahre unerfüllt bleiben.

Ebenfalls nicht adressiert werde der „Pflichtverteidiger der ersten Stunde“ und weitere Schutzlücken im Kontext der Kommunikation zwischen Strafverteidiger bzw. Anwalt und Mandant. Kurz vor Ende der 20. Legislaturperiode hatte die Fraktion der FDP noch einen im damaligen BMF erarbeiteten Entwurf zur modernen und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens, zur Modernisierung der Zeugnisverweigerungsrechte in gerichtlichen Verfahren und zur Überarbeitung von Vermögensabschöpfung und Unterbringung im Jugendstrafrecht<sup>38</sup> in den Bundestag eingebracht. Die dort angebrachten Lösungsvorschläge erachtete *Jahn* als inhaltlich begrüßenswert. Aufgrund der aktuellen Sitzverteilung im Bundestag sei mit einer erneuten Einbringung des Entwurfs jedoch kaum mehr zu rechnen. Die Verständigung im Strafverfahren sei ein weiterer Punkt, der angesichts der Rechts-tatsachen unverständlicherweise keinen Eingang in den Koalitionsvertrag gefunden habe, ebenso wie das Verbandsanktionenrecht und damit verbundene prozessuale Regelungen.

<sup>35</sup> Koalitionsvertrag Zeile 2836 ff.

<sup>36</sup> Siehe Pressemitteilung des Hessischen Ministerium der Justiz und für den Rechtsstaat v. 1.10.2024, online abrufbar unter: <https://hessen.de/presse/laenderarbeitsgruppe-kuenstliche-intelligenz-im-strafverfahren-hat-arbeit-aufgenommen> (zuletzt abgerufen am 25.5.2025).

<sup>37</sup> Dazu FAZ v. 20.6.2025 – Mördersuche ist kein Rassismus, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/forensische-genetik-moerdersuche-ist-kein-rassismus-110546526.html> (zuletzt abgerufen am 25.5.2025).

<sup>38</sup> BT-Drs. 20/14258.

## Ein neues Mordmerkmal zum Schutz von Frauen und vulnerablen Personen? – Reform der Tötungsdelikte

von Prof. Dr. Thomas Weigend\*

### Abstract

*Das Ziel, Frauen und besonders verletzbare Personen gegen Gewalttaten zu schützen, verdient Zustimmung. Eine generelle Einstufung der Tötung einer Frau als Mord ist jedoch nicht zu befürworten; eine solche Regelung wäre mit der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit gleichen Lebensschutzes für alle Geschlechter nicht zu vereinbaren. Erwägenswert ist eine Ausdehnung des Mordmerkmals der Heimtücke auf andere Fälle situativer Wehrlosigkeit des Opfers. Allerdings stellt es eher den Normalfall als einen besonders schweren Fall einer vorsätzlichen Tötung dar, dass der Täter eine erfolgversprechende Situation für die Tötung auswählt. An die Stelle isolierter Manipulationen in dem insgesamt misslungenen Gefüge der §§ 211, 212 StGB sollte ein neuer Anlauf zu einer Gesamtreform der Materie treten.*

*The goal of protecting women and particularly vulnerable persons from acts of violence deserves support. Not every killing of a woman should be treated as aggravated murder (Mord), however; such a solution would be irreconcilable with the constitutional principle of equal protection. The legislature might consider extending the offense element of treacherous killing (Heimtücke) to other instances in which the victim cannot well protect himself or herself. However, it is a normal rather than an extraordinarily reprehensible modus operandi for an offender to choose a situation in which he is likely to succeed. Instead of looking for isolated changes, the legislature should undertake another attempt at an overall reform of the law on intentional homicide.*

### I. Das gesetzgeberische Programm zum Schutz von Frauen vor Gewalt

„Wir wollen Gewaltkriminalität bekämpfen und insbesondere Frauen besser schützen. Deshalb verbessern wir den strafrechtlichen Schutz von Frauen und besonders verletzlichen Personen wie Kindern, gebrechlichen Menschen und Menschen mit Behinderung durch ein neues Qualifikationsmerkmal bei den Tatbeständen von Mord und prüfen dies bei gefährlicher Körperverletzung und schwerem Raub.“

Dieser Programmsatz steht im Koalitionsvertrag von 2025 (nicht etwa im Bereich „Strafrecht“, sondern) unter dem Titel „Maßnahmen gegen Gewalt gegen Frauen und schutzbedürftige Personen und Stärkung von Frauenrechten“.<sup>1</sup> Schon die Überschrift lässt eine gewisse Diffusität der Schutzrichtung des Vorhabens erkennen, und dieser Eindruck verstärkt sich bei der näheren Lektüre der beiden Sätze. Aber zunächst stoßen „Maßnahmen gegen Gewalt“ und die „Stärkung von Frauenrechten“ als Ziele sicher nicht auf Widerspruch. Ein politisches Programm, das diese Ziele verfolgt, entspricht vielmehr dem Zeitgeist und der verbreiteten Wahrnehmung, dass Gewalttaten speziell gegen Frauen in den letzten Jahren zugenommen haben.

### II. Hintergrund: Gewalt gegen Frauen und Femizid

Das „Lagebild Häusliche Gewalt“ des Bundeskriminalamts von 2024 scheint diese Annahme zu bestätigen. Danach ist die Zahl der bei der Polizei bekannt gewordenen Opfer von „Partnerschaftsgewalt“ zwischen 2019 und 2023 von 142.000 auf 168.000 (also um 18 %) gestiegen;<sup>2</sup> 79 % der Opfer im Jahr 2023 waren Frauen.<sup>3</sup> Allerdings umfasst der dort verwendete Begriff der „Partnerschaftsgewalt“ auch Taten wie Nötigung, Bedrohung, Freiheitsberaubung und Stalking,<sup>4</sup> geht also über den herkömmlichen Begriff der Gewalt deutlich hinaus. Ein Teil der Zunahme der Opferzahl in diesem Bereich kann möglicherweise auch mit erhöhter Sensibilität und Anzeigebereitschaft von Frauen aufgrund der öffentlichen Diskussion in den letzten Jahren erklärt werden.

Blickt man nur auf die vollendeten und versuchten vorsätzlichen Tötungsdelikte zwischen Partnern, so liegt der Anteil der Frauen unter den Opfern bei 67 %. Auch hier zeigt sich von 2019 bis 2023 eine erhebliche Steigerung: Die Zahl der weiblichen Opfer (incl. Versuchen) hat innerhalb dieser Jahre von 437 auf 509 (um 16,5 %) zugenommen.<sup>5</sup> Die Zahlen zeigen, dass die Annahme wachsender – auch tödlicher – Gewalt gegen Frauen speziell in Partnerschaften<sup>6</sup> nicht nur einem Gefühl entspricht, sondern durch die Polizeistatistik bestätigt wird.

\* Prof. Dr. Thomas Weigend ist Universitätsprofessor i.R. an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> Verantwortung für Deutschland. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, 2025, Zeile 2916 ff.

<sup>2</sup> BKA, Häusliche Gewalt. Bundeslagebild 2023, 2024, S. 13, online abrufbar unter: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/HaesuslicheGewalt/HaesuslicheGewalt2023.html> (zuletzt abgerufen am 11.7.2025).

<sup>3</sup> BKA (Fn. 2), S. 5.

<sup>4</sup> BKA (Fn. 2), S. 1 f. Der Anteil der im Text genannten Straftaten an den gemeldeten Fällen von „Partnerschaftsgewalt“ betrug 24,6 %; a.a.O. S. 15.

<sup>5</sup> BKA (Fn. 2), S. 72.

<sup>6</sup> Bei (vollendeten und versuchten) vorsätzlichen Tötungsdelikten insgesamt lag der Anteil weiblicher Opfer 2023 nur bei 32,4 %; Bundesministerium des Innern und für Heimat, Polizeiliche Kriminalstatistik 2023. Ausgewählte Zahlen im Überblick, S. 44, online abrufbar unter: [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2023.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2023.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 11.7.2025).

Ein weiterer Hintergrund für das Vorhaben der Koalitionspartner liegt möglicherweise in der internationalen Bewegung gegen „Femizid“.<sup>7</sup> Dieser Bewegung liegt die Annahme zugrunde, dass die häufige Tötung von Frauen durch Männer, speziell durch aktuelle oder frühere Partner, eine Folge struktureller männlicher Dominanz in der Gesellschaft sei.<sup>8</sup> Allerdings ist sehr umstritten, wie der Begriff „Femizid“ definiert werden soll.<sup>9</sup> Die häufigste Formulierung, die auf die Soziologin *Diana E.H. Russell* zurückgeht, sieht in „Femizid“ die Tötung einer Frau durch einen Mann, „weil sie Frau ist“.<sup>10</sup> Dieses Konzept wirft die Frage auf, ob es auf die subjektive Motivation des Täters oder auf objektiv definierte Fallgruppen einer strukturellen Dominanz des Mannes<sup>11</sup> ankommen soll. Andere Varianten des Begriffsverständnisses von „Femizid“ verwenden als Kriterium die Tötung einer Frau durch einen (aktuellen oder früheren) männlichen Partner,<sup>12</sup> die fehlende Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts des Opfers<sup>13</sup> oder die Verletzung bestimmter (männlicher) Rollenerwartungen durch die getötete Frau.<sup>14</sup> Alle diese abstrakten Begriffsverständnisse lassen sich allerdings in unterschiedlicher Weise operationalisieren; gemeinsam haben sie nur, dass nicht jede Tötung einer Frau die besondere Qualität eines Femizids haben soll. Wollte man den Koalitionsvertrag in dem Sinne verstehen, dass zukünftig jede Tötung einer Frau als Mord zu qualifizieren sein soll, so ginge dies also sogar über das hinaus, was die internationale Anti-Femizid-Bewegung fordert.

Auch die Istanbul-Konvention zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen<sup>15</sup> verlangt keine spezielle Qualifikation für Tötungen von Frauen. Nach Art. 46 lit. a der Konvention sollen die Mitgliedstaaten lediglich dafür sorgen, dass bestimmte Straftaten (darunter Tötung) nach dem staatlichen Recht strenger bestraft werden können, wenn sie sich gegen eine frühere oder derzeitige Ehefrau oder Partnerin beziehungsweise gegen einen früheren oder derzeitigen Ehemann oder Partner richten. Es handelt sich also um eine geschlechtsneutrale Bestimmung, die die Bekämpfung von häuslicher Gewalt im weitesten Sinne im Auge hat.

### III. Effektive Maßnahmen gegen Gewalt

Männer, die aus Frauenhass oder -verachtung oder auch aus patriarchalischem Besitzdenken gewalttätig werden, gibt es – leider – nicht nur in fernen Weltgegenden, sondern auch in Deutschland. Insofern ist es zu begrüßen, dass die Regierungskoalition auf diesem Gebiet aktiv werden möchte. Um Frauen und Kinder vor körperlichen Übergriffen zu schützen, gibt es auch eine ganze Reihe von staatlichen Maßnahmen, die effektive Abhilfe versprechen. Zu denken ist zunächst an die gezielte Hinführung von Jungen zu einem gewaltfreien, respektvollen Umgang mit dem anderen Geschlecht im Rahmen des Schulunterrichts. Im Vordergrund müsste jedoch die praktische Hilfe zur räumlichen Trennung der Frau von einem gewalttätigen Partner stehen, vor allem durch den Ausbau des derzeit noch sehr defizitären Netzes an Frauenhäusern, aber auch durch das Angebot von bezahlbarem Wohnraum für alleinerziehende Mütter. Hinzukommen sollte der präventive Schutz vor Gewalt durch Ex-Partner oder Stalker, etwa durch die Einführung einer wirksamen elektronischen Überwachung der Einhaltung von Kontaktverboten.<sup>16</sup>

Von solchen – zugegebenermaßen kostspieligen – Maßnahmen ist im Koalitionsvertrag leider nicht die Rede. Stattdessen setzen die Koalitionspartner (wieder einmal) auf die scheinbar kostengünstige Alternative, die Strafraumen zu erhöhen, hier sogar in Richtung auf die nach § 211 StGB zwingend vorgeschriebene lebenslange Freiheitsstrafe. Dieser übliche gesetzgeberische Reflex ist schon deshalb kurzsichtig, weil eine Anhebung der Höchststrafe das Strafleiden der Betroffenen erhöht, aber dafür kaum einen nennenswerten spezial- oder generalpräventiven Gewinn verspricht.<sup>17</sup> Eine Rechtfertigung könnte also nur aus Gerechtigkeitserwägungen folgen, um normative Ungleichheiten zwischen gleich schweren Arten des Unrechts zu beseitigen. Die im Koalitionsvertrag apostrophierten Tötungsfälle müssten also mindestens ebenso schwer wiegen wie die heute schon von § 211 StGB erfassten.

<sup>7</sup> Dazu *Russell/Radford* (Hrsg.), *Femicide. The Politics of Woman Killing*, 1992; eingehend und informativ *Schuchmann/Steinl*, *KritJ* 54 (2021), 312.

<sup>8</sup> In diese Richtung z.B. *Taylor/Jasinski*, *Femicide and the Feminist Perspective*, *Homicide Studies* 15 (2011), 341 (<https://doi.org/10.1177/1088767911424541>).

<sup>9</sup> S. dazu *Grzyb/Naudi/Marcuello-Servos*, *Femicide Definitions*, in: *Weil/Corradi/Naudi* (Hrsg.), *Femicide in Europe*, 2018, S. 17; *Fitz-Gibbon/Walklate*, *Cause of Death: Femicide, Mortality* 28 (2023), 236 m.w.N.

<sup>10</sup> S. zur Entwicklung der Begrifflichkeit *Russell*, *Defining Femicide*, 2012 (<https://www.dianarussell.com/defining-femicide-.html>).

<sup>11</sup> Diesen Ansatz verfolgt etwa ein Arbeitspapier des U.N. Office on Drugs and Crime, *Statistical framework for measuring the gender-related killing of women and girls* (also referred to as “femicide/feminicide”), 2022, S. 9, online abrufbar unter: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Statistical\\_framework\\_femicide\\_2022.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Statistical_framework_femicide_2022.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.7.2025). Dort wird *femicide* verstanden als “killings committed on the grounds of gender-related factors such as the ideology of men’s entitlement and privilege over women, social norms regarding masculinity, and the need to assert male control or power, enforce gender roles, or prevent, discourage or punish what is considered to be unacceptable female behaviour”.

<sup>12</sup> In diesem Sinne etwa *Baldry/Magalhães*, in: *Weil/Corradi/Naudi* (Hrsg.), *Femicide across Europe*, 2018, S. 71 ff.

<sup>13</sup> *S. Cecchi et al.*, *A medico-legal definition of femicide*, *Legal Medicine* 59 (2022) (<https://doi.org/10.1016/j.legalmed.2022.102101>): “a murder perpetrated because of a failure to recognize the victim’s right to self-determination”.

<sup>14</sup> *Schuchmann/Steinl*, *KritJ* 54 (2021), 314 f.

<sup>15</sup> Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 11.5.2011, online abrufbar unter: <https://rm.coe.int/1680462535> (zuletzt abgerufen am 11.7.2025).

<sup>16</sup> Die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren hat im Juni 2025 die Anwendung der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung auf die Einhaltung von Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz ausdrücklich begrüßt; Sammlung der zur Veröffentlichung freigegebenen Beschlüsse der 223. Sitzung der IMK, Nr. 33, online abrufbar unter: [https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschluesse/2025-06-13\\_DOK/beschl%C3%BCsse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschluesse/2025-06-13_DOK/beschl%C3%BCsse.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (zuletzt abgerufen am 11.7.2025).

<sup>17</sup> Im Übrigen ist in gravierenden Fällen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 212 Abs. 2 StGB ja auch beim Fehlen eines Mordmerkmals möglich.

#### IV. Notwendigkeit einer Gesetzesänderung

Vorab ist allerdings zu fragen, ob manche der ins Auge gefassten Fälle nicht bereits von § 211 StGB in der geltenden Fassung abgedeckt sind. Das gilt insbesondere für die Tötung einer Frau aus misogynen oder patriarchalisch-bevormundender Motivation – sie lässt sich, insbesondere vor dem Hintergrund der Erweiterung der Strafzumessungsgründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB um „geschlechtsspezifische Beweggründe“,<sup>18</sup> ohne große Mühe als „niedriger Beweggrund“ klassifizieren.<sup>19</sup> Damit dürfte auch ein großer Teil der Tötungen der Partnerin wegen einer bevorstehenden oder von der Frau vollzogenen Trennung erfasst sein. Hier sollten die Gerichte allerdings die tatsächliche Motivation des Mannes im konkreten Fall zu ermitteln versuchen, da eine empfundene tiefe Verletzung nicht zwingend mit der Vorstellung verbunden sein muss, dass die Frau im Besitz des Mannes stehe.<sup>20</sup>

#### V. Zur Formulierung des Gesetzgebungsvorhabens

Bevor ich mich der grundsätzlichen Frage nach einer Definition besonders schutzbedürftiger Gruppen als Mordmerkmal zuwende, ein paar Bemerkungen zu der Formulierung des Vorhabens im Koalitionsvertrag:

1. In der Beschreibung des Vorhabens ist davon die Rede, dass ein „neues Qualifikationsmerkmal bei den „Tatbeständen von Mord“ geschaffen werden soll. Da es bisher nur einen solchen Tatbestand gibt, stellt sich die Frage, ob ein weiterer Mord-Tatbestand (vielleicht ohne „Lebenslang“ als zwingende Rechtsfolge?) kreiert werden soll.

2. Nach dem Text des Vertrages sollen „insbesondere Frauen“ besser vor Gewalt geschützt werden. Soll das auch für physisch starke Frauen (etwa ausgebildete Kampfsportlerinnen) gelten? Sollen Trans-Personen ebenfalls in den besonderen Schutz einbezogen werden? Wenn nein, warum nicht?

3. Soll Frauen der erhöhte Schutz nur gegenüber Angriffen von Männern gewährt werden, oder auch gegenüber Frauen als Täterinnen?

4. Unklar ist der Zusammenhang des Geschlechts mit dem Merkmal der besonderen Verletzlichkeit. Die Formulierung des Entwurfs bezieht sich auf den „Schutz von Frauen und besonders verletzlichen Personen“ wie Kindern und gebrechlichen Menschen. Wird bei Frauen damit

generell eine größere Vulnerabilität als bei Männern angenommen? Wenn ja, auf welcher Grundlage? Werden Frauen bezüglich der Verletzlichkeit auf dieselbe Stufe wie Kinder und Gebrechliche gestellt? Wenn nein, was rechtfertigt das gleiche Schutzniveau für beide Gruppen? Die (möglicherweise) zugrunde gelegte Gleichung „Frau = Kind = besonders verletzlich“ würde jedenfalls nicht aufgehen.

5. Erwogen wird auch die Einführung eines Qualifikationsmerkmals der Zugehörigkeit zu einer der besonders verletzlichen Personengruppen beim Schweren Raub (§ 250 StGB) und der Gefährlichen Körperverletzung (§ 224 StGB). Bei diesen Tatbeständen wirkt bisher nur die gesundheitsgefährdende *Ausführung* der Tat strafschärfend (abstrakt durch Verwendung einer Waffe oder bei konkreter Gesundheits- oder Lebensgefährdung). Damit wird einer *situativen* besonderen Verletzlichkeit des Opfers bereits Rechnung getragen. Es stellt sich die Frage, weshalb darüber hinaus noch (unveränderliche) Umstände, die allein die Person des Opfers betreffen, zu einer Unrechtssteigerung führen sollen.

#### VI. Grundsätzliche Fragen

##### 1. Geschlecht des Opfers als Qualifikationsmerkmal?

Die zuletzt genannte Frage bezeichnet ein allgemeines Problem des hier besprochenen legislativen Programms. Denn in § 211 StGB würde durch die vorgeschlagene Erweiterung ein neues Paradigma der Unrechtssteigerung eingeführt: Nicht die verwerfliche Motivation des Täters oder die besonders gefährliche Tatausführung sollen die Tötung qualifizieren, sondern allein ein persönliches Merkmal des Opfers. Dies würde in doppelter Weise zu einem Konflikt mit dem Gleichheitssatz führen: Zum einen würde bestimmten, durch ein unveränderliches Merkmal beschriebenen Personengruppen die Fähigkeit zur individuellen Resilienz, also zur Abwehr drohender Gefahren, pauschal abgesprochen – sie sollen aufgrund der ihnen zugeschriebenen Schwäche des besonderen staatlichen Schutzes bedürfen, ob sie wollen oder nicht.<sup>21</sup> Zum anderen wird der Rechtsschutz der (wiederum: pauschal und unabänderlich) *nicht* als vulnerabel definierten Personengruppen gegenüber dem Schutz der verletzlichen Gruppen verringert – die Tötung eines (nicht gebrechlichen) Mannes wird *ceteris paribus* milder bestraft als die Tötung einer Frau. Dies ließe sich mit Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG schwerlich vereinbaren.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Dazu *Steinl*, NStZ 2025, 129.

<sup>19</sup> Zu dem Zusammenhang zwischen der Neufassung von § 46 Abs. 2 StGB und der Motivgeneralklausel in § 211 StGB auch BT-Drs. 20/5913, S. 65 f.

<sup>20</sup> *BGH*, NStZ 2019, 518. Zutr. differenzierend *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2023), § 211 Rn. 69 f. mit Nachw. aus der Rspr.; s. auch *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), § 211 Rn. 63. Hierbei ist allerdings nicht der Rechtsprechung des 1. *Senats* des *BGH* zu folgen, derzufolge es gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes zur Tötung der Partnerin sprechen soll, dass die Trennung von ihr ausgegangen ist (*BGH*, NStZ 2009, 568; NStZ 2019, 204 [205 f.]); mit Recht kritisch *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (185); *Schuchmann/Steinl*, KritJ 54 (2021), 312 (323 ff.); *Steinl*, NStZ 2025, 129 (130).

<sup>21</sup> Eingehend zum Freiheitsverlust durch die vom Staat propagierte Ausdehnung der „Vulnerabilität“ *Rostalski*, Die vulnerable Gesellschaft, 2024, S. 35 ff.

<sup>22</sup> Einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz bei genereller Qualifikation einer Tötung von Frauen zum Mord sieht auch *H. Schneider*, ZRP 2021, 183 (186). *Ignor*, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), S. 521 spricht von einem rechtshistorischen Atavismus, der in einem auf Gleichheit angelegten Strafrecht nicht mehr ohne Willkür begründbar sei.

## 2. Situative Verletzlichkeit als Qualifikationsmerkmal?

Eine Reform, die diesen Konflikt mit dem Verfassungsrecht vermeiden will, kann eine Strafschärfung nur auf eine gesteigerte, vom Täter ausgenutzte *situative* Verletzlichkeit des Opfers stützen. Ein solches Mordmerkmal enthält der geltende § 211 StGB bereits mit der Heimtücke. Der Grund für die strengere Bestrafung des „heimtückisch“ handelnden Täters soll ja gerade in der besonderen Gefährlichkeit seines Vorgehens für das Opfer liegen, oder anders ausgedrückt, in der verringerten Abwehrchance des Opfers gegenüber dem überraschend, „hinterücks“ ausgeführten Angriff auf sein Leben.<sup>23</sup> Wenn man die „unfaire“ Angriffstaktik des Täters, die dem Opfer gezielt die Abwehrmöglichkeit nimmt, als unrechtssteigernd ansieht,<sup>24</sup> sprechen Überlegungen der normativen Konsistenz dafür, die Mordstrafe auch für auch andere, ähnliche Fälle der situativen Chancenlosigkeit des Opfers gegenüber dem tödlichen Angriff vorzusehen.<sup>25</sup> Besonders streng zu bestrafen wäre dann auch die Tötung in einer Situation, in der das Opfer zwar nicht überrascht wird, aber dem Angriff dennoch schutzlos ausgesetzt ist, etwa weil es bewusstlos, gelähmt oder auch aufgrund seines geringen Lebensalters ohne Abwehrmöglichkeit ist. Eine vom Bundesministerium der Justiz einberufene Experten­gruppe für die Reform der Tötungsdelikte hatte sich schon 2015 mehrheitlich für eine ähnliche Formulierung ausgesprochen: „Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch ‚oder Ausnutzung einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit‘ zu ergänzen.“<sup>26</sup> Mit einer solchen Ausdehnung würde sich auch die seltsame Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen freiwillig eingeschlafenen (Heimtücke) und ohnmächtig gewordenen (keine Heimtücke) Opfern<sup>27</sup> erledigen. Eine Neu-Formulierung in diesem Sinne könnte an das Vorbild des Qualifikationsmerkmals bei der sexuellen Nötigung in § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB anknüpfen, wonach der Täter strenger bestraft wird, weil er „eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“.

Es bestehen jedoch Zweifel, ob die oben beschriebene „Gefährlichkeit“ des Vorgehens des Täters tatsächlich eine signifikante Steigerung des Tötungsunrechts zu bewirken vermag. Dies würde voraussetzen, dass der normative Normalfall der vorsätzlichen Tötung ein verabredetes, gewissermaßen ritterliches Duell zweier gleich starker Kontrahenten ist, bei dem einer von ihnen getötet wird; nur dann könnte man sagen, dass der Täter, der diese Form der chancengleichen Auseinandersetzung nicht einhält und sich eine situativ gegebene Schutzlosigkeit des Opfers zunutze macht, gesteigertes Unrecht verwirklicht. Wird aber nicht jeder rational handelnde Täter, der eine Tötung beabsichtigt, eine Situation suchen, in der die Tötungshandlung erfolgsversprechend und für ihn möglichst risikoarm ist? Dies kann er etwa tun, indem er sich bewaffnet, seine vorhandene körperliche Überlegenheit aus­nutzt oder eben auf das Überraschungsmoment setzt. Nicht nur empirisch, sondern auch normativ dürfte dies eher der „Normalfall“ der Tötung als eine unrechtssteigernde Ausnahme sein.<sup>28</sup> Daher besteht kein Anlass, das Ausnutzen einer situativen Schutzlosigkeit des Opfers als Mordmerkmal zu definieren. Eher könnte man in den seltenen Fällen, in denen die Tötung in einer Zweikampf­ähnlichen Situation zwischen gleich starken Gegnern geschieht, an eine Minderung der Schuld des Täters (wegen einer provokationsähnlichen Konfliktlage) denken.

## VII. Wo bleibt die Gesamtreform?

Abschließend sei noch die Frage erlaubt, weshalb die Koalitionsparteien, wenn sie schon Eingriffe in das Gefüge von §§ 211 und 212 StGB vornehmen wollen, keinen größeren Ehrgeiz für die längst fällige Gesamtreform der Materie entwickeln. Der Umstand, dass die ambitionierten Anläufe der Jahre 2015 und 2016<sup>29</sup> erfolglos versandet sind, sollte einem neuen Versuch zu einer Reform des Gesamt­komplexes durch frische politische Kräfte nicht im Wege stehen. An Vorschlägen für Lösungen, die weniger irrational sind als das geltende Recht, besteht ja kein Man­gel.

<sup>23</sup> Grundlegend dazu BGHSt 11, 139 (143): „Der Grund dafür, daß das Gesetz den, der heimtückisch einen Menschen tötet, als Mörder mit lebenslangem Zuchthause bedroht, liegt in der besonderen Gefährlichkeit seines Vorgehens. Er überrascht das Opfer in einer hilflosen Lage und hindert es dadurch, sich zu verteidigen, zu fliehen, Hilfe herbeizurufen, den Angreifer umzustimmen, in sonstiger Weise dem Anschläge auf sein Leben zu begegnen oder die Durchführung wenigstens durch solche Bemühungen zu erschweren.“

<sup>24</sup> Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 65. Ed. (2025), § 211 Rn. 41 sieht hierin einen Grund für eine gesteigerte „Verwerflichkeit“ der Tat – das ist allerdings eine inhaltsarmes Allerweltskriterium.

<sup>25</sup> Ähnliche Überlegung bei Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 41.

<sup>26</sup> BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), S. 44. Ähnlich der Vor­schlag eines Regelbeispiels für Mord bei *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2023), vor § 211 Rn. 170 („unter Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit tötet“).

<sup>27</sup> S. dazu Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. (2023), § 211 Rn. 57.

<sup>28</sup> Treffend Haas, ZStW 128 (2016), 316 (334 f.), unter Hinweis auf Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 125.

<sup>29</sup> Neben dem Abschlussbericht einer hochkarätig besetzten Experten­gruppe (Fn. 26) gab es einen ausformulierten Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Tötungsdelikte v. 21.3.2016, online abrufbar unter: file:///D:/User/Downloads/RefEReformderTötungsdelikte21.Mrz2016.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2025).

## Reformüberlegungen zum Sexualstrafrecht Was enthält der Koalitionsvertrag – und was nicht?

von Prof. Dr. Elisa Hoven\*

### Abstract

*Das Sexualstrafrecht spielt im Koalitionsvertrag nur eine Nebenrolle. Die Koalitionsparteien legen den Fokus – leider – nicht auf eine grundlegende Reform von § 177 StGB, sondern sehen in erster Linie eine Anhebung der bestehenden Strafraumen vor. Der Beitrag diskutiert, welche Vorschläge sinnvoll sind – und welche drängenden Fragen sich im Sexualstrafrecht womöglich stellen.*

*Sexual criminal law occupies only a marginal position in the coalition agreement. Unfortunately, the governing parties do not prioritize a fundamental reform of Section 177 of the German Criminal Code (StGB), but instead focus primarily on increasing the existing penalties. This article discusses which of the proposed changes appear reasonable – and which more pressing questions sexual criminal law may need to address.*

### I. Anhebung von Strafraumen

Im Koalitionsvertrag heißt es:

„Für Gruppenvergewaltigungen wollen wir den Strafraumen grundsätzlich erhöhen, insbesondere bei gemeinschaftlicher Tatbegehung, bei Vergewaltigung und bei Herbeiführung einer Schwangerschaft.“<sup>1</sup> Die gesetzliche Reaktion auf schwerwiegende Verletzungen sexueller

Selbstbestimmung soll hierdurch „nachgeschärft“ werden.

#### 1. Gruppenvergewaltigungen

§ 177 StGB enthält den Begriff der „Gruppenvergewaltigung“ nicht. In § 177 Abs. 6 StGB werden allerdings zwei Regelbeispiele formuliert: Die Vergewaltigung (Nr. 1) und die gemeinschaftliche Tatbegehung (Nr. 2). In diesen Fällen sieht das Gesetz einen gegenüber dem Grundtatbestand in § 177 Abs. 1 StGB bereits deutlich erhöhten Strafraumen vor: die Mindeststrafe beträgt 2 Jahre.

Der Ruf nach Straferhöhungen stützt sich regelmäßig auf zwei Annahmen: (1) Die Fallzahlen nehmen zu und (2) die Taten werden zu milde bestraft.

Beide Prämissen sind nicht einfach zu überprüfen. Da „Gruppenvergewaltigungen“ keinen eignen Tatbestand darstellen, sondern zwei Elemente aus § 177 Abs. 6 StGB verbinden, ist die Datenlage der Polizeilichen Kriminalstatistik und der Strafverfolgungsstatistik nicht eindeutig zu entnehmen. Für die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der AfD wurde jedoch eine Sonderauswertung der PKS für Gruppenvergewaltigungen erstellt.<sup>2</sup>

Land	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Baden-Württemberg	49	48	36	45	41	31	52	18	44	34	32	36	51	40
Bayern	60	39	41	35	34	38	42	33	71	90	88	73	61	81
Berlin	80	70	73	69	82	72	69	76	81	93	98	106	89	111
Brandenburg	7	8	18	5	6	9	13	7	34	45	30	30	29	38
Bremen	17	15	12	6	9	6	18	8	9	12	8	9	19	6
Hamburg	23	21	18	19	21	9	50	17	18	19	27	22	14	26
Hessen	49	61	41	41	42	48	41	36	23	42	37	39	43	27
Mecklenburg-Vorpommern	6	1	6	2	6	5	2	0	2	2	2	4	3	3
Niedersachsen	62	47	47	34	39	43	44	28	76	98	72	81	110	88
Nordrhein-Westfalen	151	129	131	100	72	74	321	83	149	151	185	172	246	209
Rheinland-Pfalz	32	16	22	17	20	14	20	25	60	46	39	27	48	45
Saarland	4	2	8	7	6	2	2	3	5	6	6	13	5	10
Sachsen	6	8	9	6	10	3	18	14	13	12	12	12	16	14
Sachsen-Anhalt	9	9	13	11	12	12	21	16	44	41	43	37	35	47
Schleswig-Holstein	29	29	23	21	18	20	22	15	22	15	20	13	15	14
Thüringen	9	6	10	5	5	14	14	1	8	4	5	3	5	2
<b>Gesamt</b>	<b>593</b>	<b>509</b>	<b>508</b>	<b>423</b>	<b>423</b>	<b>400</b>	<b>749</b>	<b>380</b>	<b>659</b>	<b>710</b>	<b>704</b>	<b>677</b>	<b>789</b>	<b>761</b>

Abb.: Fallzahlen für „Gruppenvergewaltigungen“, BT-Drs. 20/11603, S. 2.

\* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 21. Legislaturperiode, April 2025, S. 91, Z. 2930-2932, online abrufbar unter: [https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav\\_2025.pdf](https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf) (zuletzt abgerufen am 8.7.2025).

<sup>2</sup> BT-Drs. 20/11603, S. 1 ff.

Aus ihr geht hervor, dass es zwischen 2010 und 2024 tatsächlich zu einem Anstieg der angezeigten Taten gekommen ist.<sup>3</sup> Allerdings war im Jahr 2016 bereits ein vergleichbarer Höchstwert zu verzeichnen, zwischen 2022 und 2023 sind die Zahlen leicht zurückgegangen. Es handelt sich also um ein relevantes, aber weder um ein neues noch um ein exponentiell wachsendes Kriminalitätsphänomen.

Die zweite Frage, ob „Gruppenvergewaltigungen“ derzeit zu milde bestraft werden, ist ebenfalls nur schwer verlässlich zu beantworten. Die Strafverfolgungsstatistik gibt grundsätzlich nur einen groben Überblick über die verhängten Strafen und erlaubt keine Rückschlüsse auf die Strafzumessungserwägungen in konkreten Einzelfällen. Eine Strafzumessungsdatenbank, die hier für mehr empirische Klarheit sorgen könnte, existiert in Deutschland trotz wiederholter Mahnungen<sup>4</sup> nicht. Zudem lässt sich die Strafverfolgungsstatistik allein mit Blick auf Verurteilungen auswerten, die entweder nach § 177 Abs. 6 Nr. 1 oder nach Nr. 2 StGB erfolgt sind; wie die Urteile bei „Gruppenvergewaltigungen“ ausfallen, lässt sich auf dieser Basis nicht feststellen.

Für die Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB ergibt sich allerdings folgendes Bild:

Im Jahr 2023 sind 503 Verurteilungen festgehalten, davon lagen 250 Urteile im bewährungsfähigen Bereich (bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe) – das entspricht einem prozentualen Anteil von rund 49,70 Prozent. Insgesamt 452 Urteile, also knapp 90 Prozent, sprechen Strafen von bis zu fünf Jahren aus; damit liegen rund 89,86 Prozent der Strafen klar im unteren Strafrahmendrittel.<sup>5</sup> Im oberen Strafrahmendrittel wurden im Jahr 2023 zwei Urteile verhängt, 2021 kein einziges.

Ob das aktuelle Strafniveau für Vergewaltigungen angemessen ist, wurde im vergangenen Jahr bereits intensiv diskutiert.<sup>6</sup> Diese Debatte soll hier nicht erneut geführt werden. Dass aber der Gesetzgeber angesichts der Zahlen Handlungsbedarf erkennt, dürfte – trotz der Unschärfe der Daten – allerdings nicht fernliegend erscheinen. Der häufig formulierte Einwand, dass die Strafrahmen bereits jetzt

höhere Strafen zuließen, mag in der Theorie richtig sein – in der Anwendungspraxis geht er jedoch ins Leere. Richterinnen und Richter in Deutschland orientieren sich bei der Strafzumessung an der Mindeststrafe und dem unteren Strafrahmendrittel.<sup>7</sup> Soll ein Strafniveau tatsächlich verändert werden, ist die Anhebung der Mindeststrafe für den Gesetzgeber der einzig effektive Weg.

Verschließt man sich nicht aus einer grundlegenden Ablehnung strafrechtlicher Sanktionen heraus der kriminalpolitischen Auseinandersetzung mit Strafhöhen, stellt sich also die Frage, ob „Gruppenvergewaltigungen“ ein besonderes Unrecht darstellen, das derzeit normativ nicht abgebildet wird, und das einen neuen Qualifikationstatbestand oder ein weiteres Regelbeispiel rechtfertigt.

Dafür spricht, dass die besondere Erniedrigung der Vergewaltigung durch die Beteiligung mehrerer Personen potenziert wird. Das Opfer erlebt den intensiven Eingriff in die eigene Körperlichkeit vor oder durch verschiedene Täter. Allerdings verweist § 177 Abs. 6 StGB auf den Grundtatbestand von Absatz 1 und erfasst somit sexuelle Handlungen am Opfer auch ohne den Einsatz von Gewalt oder Drohungen. Hierdurch kann es zu Fällen kommen, in denen bereits die derzeit geltende Mindeststrafe von zwei Jahren als unangemessen hoch erscheint. Nach dem Wortlaut kann § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB etwa auch dann erfüllt sein, wenn das Opfer ohne Zwang oder Gewalt, aber gegen seinen zuvor ausdrücklich erklärten Willen<sup>8</sup> kurzzeitig Oralverkehr am Täter durchführt (Bamberger Chefarzt-Fall).<sup>9</sup> Wenn in einem solchen Fall nun zwei Täter agieren, würde – sofern eine Neuregelung an die bestehende Systematik anknüpft – eine Mindeststrafe von fünf Jahren anwendbar sein – ein erkennbar unverhältnismäßiger Strafrahmen.

Überzeugender erschiene daher die Einführung eines Qualifikationstatbestandes, der § 177 Abs. 5 (Gewalt, Drohung, schutzlose Lage) mit § 177 Abs. 6 StGB verknüpft. Die Verbindung eines gewaltsamen Zugriffs mit einem Eindringen in den Körper oder der Beteiligung mehrerer Täter stellt eine ganz erhebliche Unrechtssteigerung dar, die normativ abgebildet werden sollte.

<sup>3</sup> Einschränkung wird ausgeführt: „Bei der Interpretation der Daten ist zu beachten, dass es seit dem Jahr 2010 mehrere Datenbrüche gibt. Sowohl von 2016 auf 2017 als auch von 2017 auf 2018 wurde die Methodik bzw. die Rechtsgrundlage der Erfassung von sog. Gruppenvergewaltigungen geändert. Die Daten sind daher nicht exakt vergleichbar.“, BT-Drs. 20/11603, S. 1.

<sup>4</sup> *Streng*, StV 2018, 593 (599); *ders.*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), S. 768; *Kaspar*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, Band I, C1–C129, C115; *ders.*, in: GS Tröndle, 2019, S. 279 (293 f.); *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 32 (2020), 35 (47 ff.); *Hoven*, in: Engelhart/Kudlich/Vogel, Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention, 2021, S. 1373 (1384 ff., 1389 f.); *Hoven/Weigend*, ZStW 2021, 322 (356); *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (270 ff.); *Obert*, Der (Privat-)Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 2023, S. 288 ff.; Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), 72. Deutscher Juristentag Leipzig 2018 – Beschlüsse, 2018, S. 19 f., online abrufbar unter: [https://djt.de/wp-content/uploads/2020/03/181130\\_djt\\_internet\\_72\\_beschluesse.pdf](https://djt.de/wp-content/uploads/2020/03/181130_djt_internet_72_beschluesse.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.8.2022).

<sup>5</sup> Bei der Berechnung eines „Drittels“ des Strafrahmens wird jeweils die Spanne zwischen der gesetzlichen Mindeststrafe und der gesetzlichen Höchststrafe als Strafrahmen zugrunde gelegt. Außer Betracht bleibt, dass das Gericht bei Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB, etwa in Fällen des Versuchs, eine Strafe auch unterhalb der gesetzlichen Untergrenze verhängen kann.

<sup>6</sup> *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 ff.; *Kölbel*, StV 2024, 322 ff.; *Hörnle*, „Werden Vergewaltigungen und andere Sexualdelikte zu milde bestraft?“, Spiegel v. 20.1.2024, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/sexualstrafrecht-und-justiz-werden-vergewaltigungen-und-andere-sexualdelikte-zu-milde-bestaft-gastbeitrag-von-tatjana-hoernle-a-c5b2c3f2-d2f5-433f-9b57-f289d49b5e35> (zuletzt abgerufen am 8.7.2025).

<sup>7</sup> *Ehlen/Hoven/Weigend*, KriPoZ 2024, 16 (23); siehe auch *Götting*, NSTZ 1998, 542 (546). Dazu, dass die Strafe für den „Regelfall“ unterhalb der Strafrahmenmitte liegen muss, vgl. *BGH*, NJW 1976, 2355.

<sup>8</sup> Ob diese Konstellation überhaupt denkbar ist, wird kontrovers diskutiert: *Hoven*, Irrungen und Wirrungen des neuen Sexualstrafrechts, FAZ Einspruch v. 13.2.2019; *dies.*, NSTZ 2020, 578 ff.; ähnlich *Fischer*, NSTZ 2019, 580; a.A. *Hörnle*, NSTZ 2019, 439.

<sup>9</sup> Vgl. *BGH*, NSTZ 2019, 717 m. Anm. *Ziegler*; *LG Bamberg*, BeckRS 2017, 143429.

Eine Reform sollte allerdings über diese konkrete Regelung hinausgehen. Grundtatbestände, Regelbeispiele und Qualifikationsnormen sind in § 177 StGB nicht sinnvoll aufeinander abgestimmt. Im Rahmen einer grundlegenden Überarbeitung des Abschnitts könnte der Versuch unternommen werden, § 177 Abs. 1, 2 und 5 StGB als eigene Tatbestände zu fassen, an die sich jeweils geeignete Qualifikationen anknüpfen.

## 2. Herbeiführung einer Schwangerschaft

Im Koalitionsvertrag wird neben der Gruppenvergewaltigung auch die Herbeiführung einer Schwangerschaft als Anlass für eine Strafrahmenerhöhung genannt. Dass eine solche Tatfolge zu einer höheren Strafe führen muss, dürfte unbestritten sein. Die betroffene Frau wird vor die Entscheidung gestellt, ein Kind auszutragen, das durch einen sexuellen Übergriff gezeugt wurde, oder eine Abtreibung vorzunehmen, die körperliche und psychische Belastungen mit sich bringen kann. Fraglich ist jedoch, ob es hier einer Gesetzesänderung bedarf. Nach § 46 Abs. 2 S. 1 StGB sind die „verschuldeten Auswirkungen der Tat“ in der Strafzumessung zu berücksichtigen – darunter ist auch eine ungewollte Schwangerschaft zu fassen. Hinzu tritt, dass der *BGH* bereits die fehlende Verwendung eines Präservativs als strafscharfenden Aspekt gewertet hat. Der *Senat* führt hier aus, „daß die Tatsache des ungeschützten Geschlechtsverkehrs mit Samenerguß in die Scheide zumessungserheblich sein kann. In der Rechtsprechung war nie umstritten, daß, wo das Strafgesetzbuch die Vollziehung des Beischlafs verbietet, dies ‚jedenfalls auch der Verhinderung unerwünschter Zeugung‘ dient (BGHSt, 16, 175, 177) [...] Auch die Entscheidung, ein Kind zu empfangen, gehört zur freien Selbstbestimmung der Frau.“<sup>10</sup> Es bestehen daher wenig Zweifel daran, dass die Gerichte auch eine Realisierung des bereits strafehöhen Risikos einer ungeplanten Schwangerschaft strafschärfend werten würden. Nicht zuletzt handelt es sich – legt man die mediale Berichterstattung und veröffentlichte Gerichtsentscheidungen zu § 177 StGB zugrunde – um kein verbreitetes Kriminalitätsphänomen, auf das der Gesetzgeber reagieren müsste. Für einen neuen Qualifikationstatbestand besteht an dieser Stelle also keine rechtspolitische Notwendigkeit. Sinnvoller wäre es, das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung grundlegend zu beleuchten und Regelungsmöglichkeiten bei Eingriffen durch Zwang oder Täuschung zu erwägen.

## II. Strafbarkeit verbaler sexueller Belästigung – Bedarf für eine gesetzgeberische Nachschärfung?

Neben den strafzumessungsrechtlichen Regelungen enthält der Koalitionsvertrag einen Prüfauftrag für nicht-körperliche Belästigungen:

„Zur Schließung von Strafbarkeitslücken prüfen wir, in-

wieweit der strafrechtliche Schutz für gezielte, offensichtlich unerwünschte und erhebliche verbale und nicht-körperliche sexuelle Belästigungen erweitert werden kann.“

Die Koalitionsparteien haben sich also nicht auf eine entsprechende Regelung geeinigt, wollen aber die Notwendigkeit strafrechtlicher Reformen eruieren. Im Zentrum der Diskussion dürfte das Phänomen des sogenannten „Catcalling“ stehen, also verbale sexuelle Belästigungen gerade – aber nicht nur – im öffentlichen Raum. In den vergangenen Jahren ist das Bewusstsein dafür gestiegen, dass insbesondere Frauen häufig mit sexualisierten, entwürdigenden und aggressiven Ansprachen konfrontiert werden, die ihre persönliche Integrität und Teilhabe am öffentlichen Leben beeinträchtigen können. Um die Sinnhaftigkeit einer Strafrechtserweiterung bewerten zu können, muss zunächst geklärt werden, ob verbale sexuelle Belästigungen – wie Aufforderungen zu sexuellen Handlungen oder sexualisierte Bemerkungen über den Körper der Betroffenen – nicht bereits nach geltendem Recht weitgehend als Beleidigungen (§ 185 StGB) strafbar sind. Nach derzeitiger Rechtsprechung werden solche Äußerungen nur in Ausnahmefällen unter den Straftatbestand der Beleidigung subsumiert. Der *BGH* vertritt die Ansicht, dass insbesondere Aufforderungen zu sexuellen Handlungen nur dann als beleidigende Herabsetzung verstanden werden, wenn „der Täter selbst das der betroffenen Person angemessene Verhalten als verwerflich oder ehrenrührig ansieht und durch die Äußerung zum Ausdruck bringen will, dass er dem Tatopfer eine entsprechende verachtenswerte Haltung zu Unrecht unterstellt“.<sup>11</sup> Das hat der *BGH* dann angenommen, wenn von einer Person anlasslos behauptet wird, sie sei zu entgeltlichen sexuellen Handlungen bereit.<sup>12</sup> Dieser Ansatz des *BGH* ist nicht nur deutlich zu eng, er trifft auch nicht den Kern der Sache; denn eine unterstellte Bereitschaft zu sexuellen Handlungen ist für sich genommen nicht ehrenrührig. Diese Perspektive ist antiquiert, sie geht von dem Bild der zurückgenommenen Frau aus, die keine eigene, aktive Sexualität lebt. Verbale sexuelle Ansinnen sind, ebenso wie sexualisierte Kommentare zum äußeren Erscheinungsbild, also nicht deshalb herabsetzend, weil sie der Frau Interesse unterstellen, sondern weil der Täter das Opfer zum Objekt seiner Sexualinteressen macht.<sup>13</sup>

Der Tatbestand der Beleidigung ließe sich in dieser Weise auslegen. Einige jüngere Urteile weisen in diese Richtung. So hat das *OLG Hamm* eine strafbare Beleidigung dann angenommen, wenn dem Betroffenen suggeriert wird, dass er „gleichsam wie ein (Lust-)Objekt zur Befriedigung sexuellen Bedürfnisse mittels Durchführung des Geschlechtsverkehrs zur Verfügung steht“.<sup>14</sup> Die Grenze zwischen noch zulässiger Annäherung und strafbarer Herabwürdigung wird also dann überschritten, wenn der Täter das Opfer anlasslos mit eindeutigen, derbem sexuellem Ansinnen konfrontiert. Für den Online-Raum hat das *LG*

<sup>10</sup> *BGH*, NStZ 1991, 33 (34).

<sup>11</sup> *BGH*, NStZ-RR 2008, 108 (109); NStZ-RR 2006, 338.

<sup>12</sup> *BGH*, NStZ 1992, 33; vgl. auch *OLG Oldenburg*, BeckRS 2011, 925; krit. noch *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorb. § § 185 ff. Rn. 25 Fn. 66.

<sup>13</sup> Ausführlich *Hoven/Weigend*, in: FS Prittwitz, 2023, S. 653 (657 f.).

<sup>14</sup> *OLG Hamm*, NStZ-RR 2008, 108 (109); übereinstimmend *Pörner*, NStZ 2021, 336 (338); in diese Richtung auch *OLG Zweibrücken*, NJW 1986, 2960 (2961); *AG Lübeck*, BeckRS 2011, 19102; diff. *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, 2. Aufl. (2020), § 185 Rn. 12, der erst bei „qualifiziertem“, nicht aber bei „schlichtem“ Ansinnen eines Sexualkontakts eine Beleidigung annehmen will.

*Frankfurt a. M.* – allerdings in einem zivilrechtlichen Verfahren – ein wichtiges Urteil gesprochen: Das Gericht erkennt, dass der Beklagte durch vulgäre Aussagen über die Oberweite der Klägerin sie „zum bloßen Sexualobjekt reduziert und besonders schwer in ihrer Intimsphäre und ihrem sexuellen Selbstbestimmungsrecht verletzt. Es handelt sich um eine sexualisierte Beleidigung, die allein der Diffamierung und Einschüchterung der Klägerin dient.“<sup>15</sup>

Gegen eine gesetzgeberische Intervention ließe sich daher in Stellung bringen, dass bei richtiger Anwendung von § 185 StGB die strafwürdigen Fälle verbaler sexueller Belästigungen bereits jetzt strafrechtlich sanktioniert werden können. Doch trotz vereinzelt überzeugender Urteile ist eine nachhaltige Kehrtwende in der Rechtsprechung der Strafgerichte noch nicht zu beobachten. Die gesellschaftliche Sensibilisierung für das Unrecht verbaler sexueller Belästigungen, wie es in der breiten Diskussion über Catcalling zum Ausdruck gekommen ist, bildet sich im Recht nicht hinreichend ab. Dabei sind diese Äußerungen nicht „lediglich eine Form der distanz- und respektlosen Annäherung“<sup>16</sup>, sondern eine Verletzung des Rechts, nicht ungewollt in ein sexualbezogenes Geschehen einbezogen zu werden. Gerade bei sexualisierten Äußerungen in der Öffentlichkeit besteht ohnehin die Gefahr, dass junge Frauen aus öffentlichen Räumen verdrängt werden, etwa weil sie aufgrund ihrer Erfahrungen bestimmte Orte oder Wege meiden.

Die Formulierung eines Tatbestandes der verbalen sexuellen Belästigung, der den Anforderungen an gesetzliche Bestimmtheit gerecht wird und der eine Kriminalisierung bagatelhafter, allenfalls unhöflicher Äußerungen ausschließt, wird ohne Zweifel eine Herausforderung darstellen. Denn natürlich muss es – auch im öffentlichen Raum – möglich bleiben, einen Menschen anzusprechen und Interesse an ihm zu bekunden. Doch das Problem ausreichender bestimmter Tatbestandsumschreibung stellt sich bei allen Delikten, die an menschliche Kommunikation anknüpfen. Dass sich das Unrecht von Äußerungen angesichts der Komplexität verbaler Interaktionen stets nur mit abstrakten Begriffen grob umschreiben lässt und einer gerichtlichen Einzelfallprüfung unterliegt, kann nicht bedeuten, verbale sexuelle Belästigungen der strafrechtlichen Regelung zu entziehen. Ein Tatbestand der verbalen sexu-

ellen Belästigung könnte etwa auf eine Eignung zur erheblichen Belästigung abstellen. Das Kriterium der Erheblichkeit würde Bagatellen ausschließen, und die Bewertung des Täterverhaltens hinge nicht allein vom subjektiven Empfinden des Opfers ab, sondern würde nach objektiven Maßstäben beurteilt.

### III. Was regelt der Koalitionsvertrag nicht?

Der Koalitionsvertrag greift einige Einzelfragen des Sexualstrafrechts auf, deren praktische, dogmatische und rechtspolitische Bedeutung – verbale sexuelle Belästigungen ausgenommen – gering ist. Dabei wäre es sinnvoll, § 177 StGB knapp zehn Jahre nach seiner Einführung grundlegend auf den Prüfstand zu stellen. In der Anwendung der Strafvorschrift sind Auslegungsprobleme sichtbar geworden, die eine Nachschärfung durch den Gesetzgeber erforderlich machen – etwa die Bestimmung des erkennbar entgegenstehenden Willens bei aktivem oder ambivalentem Opferverhalten.<sup>17</sup>

Darüber hinaus verdienen insbesondere vier Themenfelder besondere Aufmerksamkeit: (1) Das „Nur Ja heißt Ja“-Modell, (2) die Ausnutzung von Machtverhältnissen, (3) Täuschungen und (4) Fahrlässigkeit. Zur Täuschung und zur Fahrlässigkeit sollen hier ausführlichere Überlegungen angestellt werden.

#### 1. Einführung des „Nur Ja heißt Ja“-Modells

Es ist zu erwarten, dass die Diskussion über „Nur Ja heißt Ja“ auch in Deutschland bald verstärkt geführt werden wird. Art. 36 der Istanbul-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, „nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen“ unter Strafe zu stellen. Dass die geltende Regelung in § 177 Abs. 1 StGB diese Anforderungen erfüllt, lässt sich nur schwer begründen.<sup>18</sup> Schließlich setzt das „Nein heißt Nein“-Modell auf Widerspruch und nicht auf Zustimmung; sexuelle Handlungen bleiben straflos, wenn das Opfer seine Ablehnung nicht kommuniziert. Damit steht das deutsche Strafrecht hinter den Vorgaben der Konvention zurück. Ob sich das deutsche Strafrecht allerdings in einem derart sensiblen Bereich wie dem Sexualstrafrecht durch internationale Verträge überformen lassen sollte, kann man bezweifeln. Es muss originäre Räume eigener nationaler Verantwortung für die

<sup>15</sup> *LG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 2.12.2021 – 2-03 O 329/20.

<sup>16</sup> *Pörner*, NStZ 2021, 336 (340).

<sup>17</sup> *Hoven*, Irrungen und Wirrungen des neuen Sexualstrafrechts, FAZ Einspruch v. 13.2.2019; *dies.*, NStZ 2020, 578 ff.; *Hörnle*, NStZ 2019, 439; *Fischer*, NStZ 2019, 580.

<sup>18</sup> Kritisch äußert sich etwa GREVIO, so würde „die Konzeption der neuen Straftatbestände der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung als „sexuelle Handlungen, die gegen den erkennbaren Willen des Opfers begangen werden“, nicht in vollem Umfang dem Standard der Kriminalisierung aller nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen [entsprechen], wie er in Artikel 36 gefordert wird“ (Rn. 252) und appelliert an die deutschen Behörden, die Umsetzung des neuen Sexualstrafrechts weiter „zu überwachen und weiter zu evaluieren, damit die Definition des Begriffs ‚Einwilligung‘ weiter an die in Artikel 36 Absatz 2 der Istanbul-Konvention festgelegte Definition angepasst wird“ (Rn. 253), vgl. GREVIO, Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 11.5.2011, S. 83, Rn. 252 f., online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/202386/3699c9bad150e4c4ff78ef54665a85c2/grevio-evaluierungsbericht-istanbul-konvention-2022-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.7.2025); a.A. *Kempe*, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrecht vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 315; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, 5. Aufl. (2025), § 177 Rn. 32.

Festlegung der Grenzen strafbaren Verhaltens geben, die allein der innerstaatlichen Debatte über gemeinsame Werte und Sozialschädlichkeit unterstehen. Der tatsächliche Effekt eines „Nur Ja heißt Ja“-Modells dürfte ein symbolischer sein; dass ein strenges Konsensmodell eine neue Anwendungspraxis zur Folge hat, ist nicht zu erwarten.<sup>19</sup>

## 2. Strafbarkeit sexueller Übergriffe in Machtverhältnissen

Wichtiger erscheint eine Auseinandersetzung mit der Frage, wie weit die freie Willensbildung im Sexualstrafrecht verstanden werden muss. Das betrifft zum einen Fälle von Machtverhältnissen, in denen das Opfer dem Täter personell, situativ oder strukturell in einer Weise unterlegen ist, die eine selbstbestimmte Entscheidung über die eigene Sexualität unmöglich macht oder erheblich erschwert. Die §§ 174 ff. StGB regeln spezielle Abhängigkeitslagen etwa in Erziehungs- oder Betreuungsverhältnissen; moderne Arbeits-, Hochschul- und Vereinssituationen sind trotz starker Abhängigkeiten – befristete Verträge, Leistungsbeurteilungen, Trainer-Athlet-Verhältnisse, Promotionsbetreuungen – meist nicht erfasst.<sup>20</sup> Hier sollten wir uns darüber verständigen, welche Machtasymmetrien so weitreichend sind, dass ein Ausnutzen der eigenen Position eine strafwürdige Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts darstellt.

## 3. Strafbarkeit von Täuschungen

Menschen lügen, um andere zu sexuellen Handlungen zu motivieren oder um ungeschützten Geschlechtsverkehr zu vollziehen, sie behaupten oder verschweigen Tatsachen, die für den Sexualpartner von Bedeutung sein können, Herkunft, Identität oder Geschlechtskrankheiten. Einige dieser Täuschungen sind strafwürdig, andere nicht – ausdrücklich geregelt ist keine. Bei der Reform von § 177 StGB im Jahr 2016 hat man sich mit der Strafbarkeit von Täuschungen nicht befasst; ein erstaunlicher Befund, da die damals eingesetzte Reformkommission zum Sexualstrafrecht ausdrücklich auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung hingewiesen hat.<sup>21</sup>

### a) Strafbarkeit nach geltendem Recht

§ 177 StGB erfasst Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung durch Täuschung bislang nicht. Nach der „Nein heißt Nein“-Lösung in § 177 Abs. 1 StGB wird vorausgesetzt, dass das Opfer seinen entgegenstehenden Willen vor der sexuellen Handlung für einen objektiven Dritten er-

kennbar kommuniziert haben muss. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es: „Ob der entgegenstehende Wille erkennbar ist, ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Für diesen ist der entgegenstehende Wille erkennbar, wenn das Opfer ihn zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich (verbal) erklärt oder konkludent (zum Beispiel durch Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Ausdruck bringt.“<sup>22</sup> Ein Sonderwissen des Täters soll nach herrschender Ansicht<sup>23</sup> also nicht ausreichen. Das ist nach der Gesetzessystematik auch zwingend: Liebe § 177 Abs. 1 StGB bereits die Kenntnis des Täters von einem entgegenstehenden „wahren“ Willen des anderen genügen, so wäre § 177 Abs. 2 StGB überflüssig. Schließlich erfasst Abs. 2 gerade Situationen, in denen das Opfer in der Tatsituation einen entgegenstehenden Willen nicht bilden oder äußern kann, der Täter ihn jedoch kennt. Ein eigenständiger Bedeutungsgehalt kommt § 177 Abs. 2 StGB also nur dann zu, wenn für Abs. 1 im Tatzeitpunkt ein entgegenstehender Wille tatsächlich bestehen und kommuniziert werden muss. Hat das Opfer den Handlungen täuschungsbedingt zugestimmt, so empfindet es aber im Zeitpunkt der Tat keine Ablehnung, die es hätte zum Ausdruck bringen können. Eine Manipulation des Sexualpartners durch Täuschung ist damit nach § 177 Abs. 1 StGB straflos. Systematisch sinnvoll verordnet wäre die Täuschungskonstellation nach der Struktur der Norm in § 177 Abs. 2 StGB – dort ist sie allerdings nicht geregelt.

### b) Strafwürdige und nicht strafwürdige Täuschungskonstellationen

Ob und in welchem Umfang Täuschungen als Sexualdelikte erfasst sein sollen, hängt von zwei Faktoren ab: Wie weit reicht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und welche Angriffe auf das Rechtsgut sind strafwürdig?

Das verfassungsrechtliche geschützte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung umfasst die Freiheit, über die Art und Weise des Sexualkontakts zu entscheiden. Sexuelle Autonomie setzt dabei nicht nur voraus, dass die Entscheidung frei von Zwang getroffen wird, sondern auch, dass sie auf informierter Grundlage erfolgt.<sup>24</sup> Zwar erlebt der Betroffene die sexuelle Handlung im Moment ihres Vollzugs als selbstbestimmt; doch die Einwilligung in einen Sexualkontakt kann nur dann Ausdruck selbstbestimmter Sexualität sein, wenn der Betroffene dabei alle für ihn relevanten Umstände in seine Entscheidung einbeziehen kann.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Siehe zur rechtsvergleichenden Diskussion: *Hoven/Weigend*, Consent and Sexual Relations, 2022. Außerdem *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, 2024, S. 423 ff.; *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (186); *Hoven/Dyer*, ZStW 132 (2020), 250 (261 ff.).

<sup>20</sup> Siehe zur Kritik: DJB, Sexualisierte Gewalt – Schutzlücken und Reformbedarfe, Policy Paper v. 18.11.2024, online abrufbar unter: Sexualisierte Gewalt – Schutzlücken und Reformbedarfe: Deutscher Juristinnenbund e.V. (zuletzt abgerufen am 13.7.2025); BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 335 ff., III.

<sup>21</sup> Auch die Reformkommission zum Sexualstrafrecht schlägt vor, über die Schaffung eines Straftatbestandes nachzudenken, „der auf die Täuschung des Opfers abstellt“, BMJV (Hrsg.), S. 512.

<sup>22</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>23</sup> *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (335); *Eisele*, in: TK-StGB, 31. Aufl. (2025), § 177 Rn. 19c; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 26; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 177 Rn. 5; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB § 177 Rn. 49; *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187). Anders: *Vavra*, ZIS 2018, 611 (618); *Drohse*, NJOZ 2018, 1521 (1522).

<sup>24</sup> *Wiedmer*, S. 109.

<sup>25</sup> *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613); *dies.*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 369 f.

Aus diesem weiten Verständnis der Sexualautonomie<sup>26</sup> folgt allerdings nicht, dass jeder täuschungsbedingte Willensmangel auch eine Strafbarkeit begründen muss.<sup>27</sup> Es stellt sich dann die Frage, wie die Grenze zwischen strafrechtlich relevanten und strafrechtlich irrelevanten Täuschungen zu bestimmen ist. Zunächst wäre denkbar, eine Parallele zur wirksamen Erteilung von Einwilligungen etwa in körperverletzende Handlungen zu ziehen. Dort wird differenziert zwischen rechtsgutsbezogenen Irrtümern – die eine rechtfertigende Einwilligung ausschließen – und bloßen Motivirrtümern.<sup>28</sup> Als rechtsgutsbezogene und damit relevante Irrtümer gelten Fehlvorstellungen über Folgen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs; dazu zählen etwa Täuschungen über die medizinische Indikation,<sup>29</sup> die Art des Eingriffs und seine Risiken. Ein Motivirrtum liegt hingegen vor, wenn über die Kosten der Operation oder die Verweildauer im Krankenhaus getäuscht wird.<sup>30</sup>

Lassen sich diese Erwägungen auf das Recht der sexuellen Selbstbestimmung übertragen? Dagegen spricht, dass die Sexualdelikte nicht den Erhalt eines bestimmten Gutes – wie Leib, Leben oder Eigentum – schützen, sondern gerade die Autonomie selbst.<sup>31</sup> Besteht das geschützte Rechtsinteresse gerade in der Wahrung der Willensfreiheit, so ist jede Täuschung als Beeinträchtigung einer tatsächlich autonomen Entscheidung „rechtsgutsbezogen“. Gleichwohl fruchtbar machen lässt sich der Gedanke, dass Fehlvorstellungen im unmittelbaren Zusammenhang mit der die Tat begründenden Handlung erheblicher sind als solche, die lediglich Hintergründe und Motive betreffen. Für die sexuelle Selbstbestimmung kann daraus abgeleitet werden, dass Irrtümer über den sexuellen Charakter der Handlung (Arzt A täuscht eine Untersuchung vor, in Wahrheit möchte er das Opfer sexuell berühren) und die Person des Handelnden (Amphitryon-Fall) in unmittelbarer Verbindung zur sexuellen Handlung stehen und damit strafwürdig sind. Nicht strafrechtlich erfasst wären hinge-

gen Motivirrtümer, die sich auf Eigenschaften des Sexualpartners beziehen, etwa auf dessen sozialen oder familiären Status, Herkunft oder Absichten.<sup>32</sup> Der Ausschluss von Motivirrtümern ist sachgerecht: Das Strafrecht schützt nicht vor menschlichen Enttäuschungen: Solche Erfahrungen gehören, so schmerzhaft sie sein mögen, zum allgemeinen Lebensrisiko.<sup>33</sup> Das nachträgliche Bedauern einer sexuellen Begegnung ist mit dem Erleben eines aufgezwungenen Sexualaktes oder der rückblickenden Erkenntnis, dass überhaupt eine sexuelle Handlung bzw. eine sexuelle Handlung von einer nicht hierfür ausgesuchten Person vorgenommen wurde, nicht vergleichbar.

Zwischen diesen Polen bewegen sich Täuschungen über die Verhütung und über das Vorliegen von Geschlechtskrankheiten. Hier ließe sich argumentieren, dass auch diese Faktoren relevante Irrtümer darstellen, da sie unmittelbare Folgen der sexuellen Handlung sein können und damit eine besondere Nähe zur Tathandlung aufweisen. In diese Richtung scheint die Entscheidung des 3. *Senats* des *BGH* zum „Stealththing“, also dem heimlichen Entfernen des Präservativs während des Geschlechtsverkehrs, zu zielen. Da § 177 StGB die Täuschung nicht regelt, kommt es für die Strafbarkeit des Stealththing darauf an, ob die sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen vorgenommen wurde. Das ist zu bejahen, wenn der – ausdrücklich abgelehnte – Geschlechtsverkehr ohne Präservativ eine andere sexuelle Handlung darstellt als der – konsenterte – Geschlechtsverkehr mit Präservativ. Der *Senat* begründete die Annahme einer Strafbarkeit damit, dass die Beurteilung eines sexuellen Kontaktes durch das Risiko einer „unerwünschten Schwangerschaft oder die Übertragung von Krankheiten [...] mitgeprägt“ werde.<sup>34</sup> Zwischen „der von der selbstbestimmungsberechtigten Person konsentierten und der tatsächlich vorgenommenen Sexualpraktik“ bestehe aus diesen Gründen ein „qualitativer Unterschied“. <sup>35</sup> Mit Blick auf die kriminalpolitische Diskussion über die Strafbarkeit von Täuschungen über Geschlechtskrankheiten oder bestehende Verhütung

<sup>26</sup> So *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 369 f.; anders *Wiedmer*, die – ebenfalls hörens Wert – bereits auf Rechtsgutsebene zwischen Täuschungen mit und ohne Sexualbezug differenziert, *Wiedmer*, S. 115 ff.

<sup>27</sup> Zur Notwendigkeit eines hinreichenden Gewichts des individuellen

Fehlverhaltens, um die Rechtsfolge Strafe auszulösen, siehe nur *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 118 ff. m.w.N.“

<sup>28</sup> *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 223 Rn. 98-104; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 65. Ed. (Stand: 1.5.2025), § 228 Rn. 14; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 228 Rn. 73.

<sup>29</sup> *BGH*, NSZ 1981, 351.

<sup>30</sup> *OLG Bremen*, NJW 1991, 2969; *Hardtung*, in: MüKo-StGB § 223 Rn. 104.

<sup>31</sup> Schließlich sind sexuelle Handlungen für sich genommen nicht nachteilig, anders als etwa die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit.

<sup>32</sup> Zu diesen Konstellationen ausführlich *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158 ff.).

<sup>33</sup> Die kanadische Richterin *McLachlan* schreibt in ihrem Sondervotum zum Fall *R v. Cuerrier*: “Deceptions, small and sometimes large, have from time immemorial been the by product of romance and social encounters. They often carry the risk of harm to the deceived party. Thus far in the history of civilization, these deceptions, however sad, have been left to the domain of song, verse and social censure.”, *R v. Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, Rn. 47.

<sup>34</sup> *BGH*, NSZ 2023, 229 m. krit. Anm. *Hoven*.

<sup>35</sup> § 177 Abs. 1 StGB führt diese Lesart des *Senats* allerdings zu weit: Allein die potentiellen Folgen einer sexuellen Handlung können deren Natur nicht verändern. Anderenfalls wäre eine sexuelle Handlung eine „andere“, wenn die Frau über die Einnahme der „Pille“ oder der Mann über eine vorgenommene Sterilisation täuscht. Überzeugend entschieden wurden die Fälle des Stealththings etwa von den Amtsgerichten Berlin-Tiergarten, Freiburg und München. Sie urteilten, dass der Geschlechtsverkehr ohne Präservativ eine andere sexuelle Handlung darstellt als der Geschlechtsverkehr mit Präservativ; es kommt zu einer unmittelbaren Berührung der Schleimhäute und einem direkten Austausch von Körperflüssigkeiten. Der Fall liegt insoweit anders als die klassischen Täuschungskonstellationen: Der Sexualpartner hat nicht etwa täuschungsbedingt in den ungeschützten Geschlechtsverkehr eingewilligt, sondern seine Ablehnung eben dieser konkreten sexuellen Handlung ausdrücklich kommuniziert; *AG Berlin-Tiergarten*, BeckRS, 2018, 47070, i. Erg. bestätigt durch *KG Berlin*, JR 2021, 189 Rn. 35; *AG Freiburg*, BeckRS 2020, 41446 Rn. 93; *AG München*, BeckRS 2020, 51766, i. Erg. bestätigt durch *BayObLG*, NSZ-RR 2022, 43.

kommt den Worten des *BGH* durchaus Gewicht zu: Beides sind mögliche und typische Konsequenzen sexueller Interaktionen, sie sind nachvollziehbarer- und vernünftigerweise Bedingungen, an die eine Bereitschaft zu sexuellen Handlungen geknüpft wird.

Folgt man dieser Argumentation, ließe sich begründen, jede Täuschung über die Anwendung von Verhütungsmethoden und über das Nichtvorliegen von Geschlechtskrankheiten als strafrechtlich relevante Verletzung der Sexualautonomie zu erfassen. Überzeugender erscheint es jedoch, diese Angriffe außerhalb des Sexualstrafrechts zu regeln. Dass diese Täuschungen bei einem weiten Verständnis der sexuellen Selbstbestimmung als autonomie-relevant verstanden werden, schließt nicht aus, dass andere Rechtsgüter und Ausprägungen von Selbstbestimmtheit vorrangig betroffen sind. Die Gefährdung des Partners durch eine übertragbare Geschlechtskrankheit ist richtigerweise bei den Körperverletzungen verortet.<sup>36</sup> Bei der Verhütungslüge steht vor allem die reproduktive Selbstbestimmung im Vordergrund – schließlich besteht die Beeinträchtigung in erster Linie darin, dass gegen den Willen der Betroffenen die Möglichkeit einer Schwangerschaft erhöht wird. Hier sollte der Gesetzgeber – auch angesichts neuer medizinischer Möglichkeiten – grundlegender über Sinn und Gegenstand einer strafrechtlichen Regulierung nachdenken.

### c) Regelungsvorschlag

Täuschungen haben zur Folge, dass eine Person keine informierte Entscheidung über ihre Zustimmung zu sexuellen Handlungen treffen kann. Ergänzungen sollten gleichwohl restriktiv erfolgen, um Beziehungen nicht über Gebühr unter das Damoklesschwert des Strafrechts zu stellen. Nicht jede Fehlvorstellung über die Eigenschaften des anderen (etwa sein Einkommen oder seine Geschlechtsidentität) oder seine Absichten (etwa der Wille zu einer festen Partnerschaft) sollten dem Strafrecht unterfallen. Ergänzungen des geltenden Rechts erscheinen jedoch mit Blick auf die Natur der Handlung und die Personenidentität sinnvoll.

#### § 177 Abs. 2 Nr. 6 StGB-E:

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

<sup>36</sup> *BGH*, NStZ 2009, 34; NJW 1990, 129; *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 1988, 2311; *AG Hamburg*, NJW 1989, 2071.

<sup>37</sup> Die Ausführungen beruhen auf den Überlegungen der Verf. *Hoven* im Rahmen einer von *Jochen Bung* und *Markus Abraham* organisierten Tagung zur subjektiven Zurechnung und wurden zuerst in *Abraham/Bung*, Die Zukunft der subjektiven Zurechnung, 2025, veröffentlicht.

*6. der Täter die Person über den sexuellen Charakter der Handlung täuscht oder ihr vorspiegelt, dass er oder der Dritte eine andere, ihr bekannte Person sei.*

Täuschungen, mit denen die reproduktive Selbstbestimmung verletzt wird, sollten separat geregelt werden.

#### 4. Strafbarkeit fahrlässiger Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung<sup>37</sup>

*a) Die geltende Rechtslage: Keine Strafbarkeit fahrlässiger sexueller Übergriffe*

In Deutschland wird das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in der Regel<sup>38</sup> nicht vor fahrlässigen Angriffen geschützt. Die Tatbestände des sexuellen Übergriffs und der sexuellen Nötigung sind als Vorsatzdelikte konzipiert. Nach § 177 Abs. 1 StGB setzt die Strafbarkeit voraus, dass der Täter gegen den „erkennbaren Willen“ der anderen Person handelt. Auch wenn diese Formulierung vordergründig an ein Fahrlässigkeitselement erinnern mag, verlangt das Gesetz zumindest bedingten Vorsatz: Der Täter muss billigend in Kauf genommen haben, dass die sexuelle Handlung nicht dem Willen des Opfers entsprach. Die „Erkennbarkeit“ statuiert hingegen die Notwendigkeit einer Willensäußerung des Opfers, dem die kommunikative Verantwortung dafür auferlegt wird, eine Ablehnung des Sexualkontakts deutlich zu machen.<sup>39</sup>

Auch in den Fällen, in denen das Opfer einen entgegenstehenden Willen aufgrund einer Einschränkung seiner Freiheit zur Willensbildung oder -äußerung – etwa durch Intoxikation, Drohung oder Überrumpelung – nicht kommunizieren kann, wird ausnahmslos vorsätzliches Verhalten bestraft: In § 177 Abs. 2 Nr. 1–4 StGB muss der Täter die Situation des Opfers kennen und zur Vornahme der sexuellen Handlung „ausnutzen“.

In der deutschen Strafrechtswissenschaft trifft der Ausschluss einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Bereich der Sexualdelikte überwiegend auf Zustimmung.<sup>40</sup> Dass das deutsche Regelungsverständnis aber nicht alternativlos ist, zeigt bereits ein Blick ins Ausland: In Schweden, Kanada, Kroatien oder Australien ist der fahrlässige sexuelle Übergriff strafbar.

Für die Diskussion über die Strafwürdigkeit fahrlässigen Verhaltens sollen zwei Konstellationen unterschieden werden: Die Vornahme sexueller Handlungen a) in einer

<sup>38</sup> Die einzige Ausnahme bildet § 232a Abs. 6 S. 2 StGB, wonach sich ein Freier strafbar macht, der entgeltliche sexuelle Handlungen an einer Person, die der Prostitution nachgeht, vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt und dabei zumindest leichtfertig verkennt, dass die Person Opfer von Menschenhandel oder Zwangsprostitution geworden ist oder er die persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage des Opfers oder dessen Hilflosigkeit ausnutzt; zur Einschätzung dieser Fahrlässigkeitsstrafbarkeit s. *Ofosu-Ayeh*, Die Strafbarkeit des Menschenhandels und seiner Ausbeutungsformen: §§ 232–232b StGB, 2016, S. 160 ff. m.w.N.; *Pfuhl*, JR 2014, 278 (283 ff.); *Renzikowski*, ZRP 2005, 213 (215).

<sup>39</sup> *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 62.

<sup>40</sup> *Gössel*, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, § 2 Rn. 55; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 62; ähnlich auch *Fischer*, wiedergegeben bei *Lamping*, JR 2017, 347 (353). Anders: *Hörnle*, ZStW 112 (2000), 356 (378 ff.) und *Vavra*, S. 255 ff.

Situation, in der Bildung und Äußerung des Willens möglich sind (Anwendungsfall von § 177 Abs. 1 StGB) und b) unter Umständen, die die Bildung oder Äußerung des Willens erschweren oder unmöglich machen (Anwendungsfall von § 177 Abs. 2 StGB).

*b) Fahrlässigkeit im Kontext einer grundsätzlich freien Willensbildung (§ 177 Abs. 1 StGB)*

§ 177 Abs. 1 StGB lässt derzeit nur begrenzten Raum für eine Strafbarkeit wegen fahrlässigen Verhaltens. Das „Nein heißt Nein“-Modell verlangt, dass die ablehnende Haltung der betroffenen Person – ausdrücklich oder konkludent – erkennbar zum Ausdruck kommt. Bereits eine ambivalente Kommunikation soll, zumindest in der Theorie<sup>41</sup> – eine Strafbarkeit ausschließen. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen das Opfer ein hinreichend eindeutiges „Nein“ artikuliert, dem Täter gleichwohl (nur) ein fahrlässiges Nichterkennen vorzuwerfen ist.<sup>42</sup>

Deutlich drängender stellt sich die Frage nach einer möglichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei Einführung eines Zustimmungmodells. Nach dem „Nur Ja heißt Ja“-Ansatz begründet bereits das Fehlen einer Einwilligung die Strafbarkeit; dem Opfer kommt keine kommunikative Mitverantwortung zu. Für die Frage nach der Strafbarkeit ist es dann entscheidend, wie sich der Täter innerlich zum Willen des anderen verhalten muss – vorsätzlich (zumindest billigendes Inkaufnehmen der fehlenden Zustimmung) oder fahrlässig (sorgfaltswidriges Nichterkennen der Ablehnung).

Befürworter einer Strafbarkeit fahrlässiger sexueller Übergriffe argumentieren zunächst mit dem eingetretenen Verletzungserfolg: Der Schaden für das Opfer tritt unabhängig davon ein, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. In beiden Konstellationen wird eine sexuelle Handlung gegen den Willen der betroffenen Person vorgenommen. Angesichts des erfolgsbezogenen Unrechtsgehalts sexueller Straftaten erscheint es naheliegend, auch fahrlässiges Verhalten als geeignet anzusehen, das besonders schutzbedürftige Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung empfindlich zu beeinträchtigen.

Die Entscheidung für eine Strafnorm orientiert sich allerdings nicht primär an den erlebten Wirkungen, sondern „auf einer fairen Abwägung dessen [...], was Bürgern auf beiden Seiten – also möglichen Tätern wie möglichen Opfern – zugemutet werden kann“.<sup>43</sup> Damit muss im Kern der Überlegungen die Frage stehen, welche Sorgfaltspflichten einen Menschen im Rahmen sexueller Interaktionen mit anderen treffen.

Vertreter einer Fahrlässigkeitslösung plädieren dafür, dass derjenige, der eine sexuelle Handlung vornehmen möchte, in der Verantwortung steht, sich aktiv des Einverständnisses der anderen Person zu versichern.<sup>44</sup> Empirische Studien deuten darauf hin, dass insbesondere Frauen in Übergriffssituationen ihren Willen nicht immer klar kommunizieren können, etwa aus Überforderung oder Schock.<sup>45</sup> Während das Einholen einer Zustimmung für die handelnde Person keine nennenswerte Belastung darstelle, könne die Anforderung an das Opfer, sich explizit zu weigern, also auf erhebliche innere Hürden treffen. Die Interessenabwägung fiel hier zu Lasten des Täters aus: Er soll sich bereits dann strafbar machen, wenn er die fehlende Zustimmung zwar nicht kannte, sie aber hätte erkennen können.

Ein solches Konzept verteilt die Kommunikationsverantwortung zwischen den Sexualpartnern jedoch nicht in gerechter Weise. Durch die Abkehr vom Nötigungsmodell steht bei der Strafbarkeit sexueller Übergriffe die Kommunikation im Vordergrund. Anders als etwa bei der Körperverletzung, bei der das Fehlen der Einwilligung zu Lasten des Täters geht, indiziert die sexuelle Handlung keine Rechtswidrigkeit. Sexuelle Handlungen können erwünscht oder unerwünscht sein; erst der entgegenstehende Wille macht sie zu einem potentiell strafwürdigen Verhalten. Der Straftatbestand gewährleistet die Autonomie einer Person, selbst über ihre Sexualität zu bestimmen. Dann trifft sie aber auch grundsätzlich die Verantwortung, die vom Recht geschützte Entscheidungsfreiheit auszuüben. Das Recht muss von einem „vernünftigen“ Rechtsgutsträger ausgehen, der die eigenen Interessen in besonnener Weise wahrt. Treten zwei Personen in eine sexuelle Interaktion, so ist jeder dafür zuständig, das Ergebnis seiner selbstbestimmten Entscheidung zu kommunizieren. Eine faire Verantwortungszuteilung kann einem Menschen nicht die Sorgfaltspflicht auferlegen, den Willen einer Person zu erfragen, die diesen Willen selbst frei von Zwang äußern kann. Das gilt vor allem dann, wenn es bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, wie *Gunnar Duttge* ausgeführt hat, „nicht um das nach Moral und Sitte erwartete Optimum, sondern vielmehr um das Verfehlen jenes Minimums“ gehen soll, das erst „die Annahme einer kriminellen Tat rechtfertigt.“<sup>46</sup>

Die Einführung eines allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestandes ist daher nicht angezeigt.

*c) Fahrlässigkeit im Kontext einer Beeinträchtigung von Willensbildung und Willensäußerung*

Anders zu beurteilen sind Fälle, in denen das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden

<sup>41</sup> Kritisch zu sehen ist insoweit der Bamberger Chefarzt-Fall; *BGH*, NSStZ 2019, 717 m. Anm. *Ziegler*; krit. dazu *Hoven*, NSStZ 2020, 578 (579); *Fischer*, NSStZ 2019, 580; für eine Strafbarkeit dagegen *Hörnle*, NSStZ 2019, 439.

<sup>42</sup> Eine Ausnahme bildet der Fall in denen der Täter einem „absurden Irrtum“ unterliegt (*Hörnle*, ZStW 112 [2000], 356; *Vavra*, S. 255).

<sup>43</sup> *Hörnle*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2018, 115 (124) (Übersetzung d. Verf.); *dies*, ZStW 127 (2015), 851 (871): „Der Aspekt ‚faire Verantwortungszuschreibung‘ muss im Strafrecht besonders ernst genommen werden“.

<sup>44</sup> *Kerr*, *Griffith Journal of Law & Human Dignity* 2019, 1 (5).

<sup>45</sup> *Elsner/Steffen*, *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern*, 2005, S. 110; *Hartmann/Schrage/Boetticher/Tietze*, *Untersuchung zu Verfahrensverlauf und Verurteilungsquoten bei Sexualstraftaten in Bremen*, 2015, S. 13, online abrufbar unter: [https://www.innere.bremen.de/sixcms/media.php/13/\\_151112%20SSB%20Gesamtbericht%20-%20Druckfassung%20-%20v02.pdf](https://www.innere.bremen.de/sixcms/media.php/13/_151112%20SSB%20Gesamtbericht%20-%20Druckfassung%20-%20v02.pdf) (zuletzt abgerufen am 18.1.2023); *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (78 m. Fn. 2); *Sick*, MSchrKrim 1995, 281 (283); *Vavra*, S. 65.

<sup>46</sup> *Duttge*, JZ 2014, 261 (267).

oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 StGB). Hier geht es etwa um Situationen, in denen die Betroffene erheblich alkoholisiert ist, schläft oder unter dem Einfluss von KO-Tropfen steht. Anders als in Konstellationen nach § 177 Abs. 1 StGB kann das Opfer sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung hier nicht frei ausüben. Damit lässt sich begründen, dass sich die Verantwortlichkeiten in der kommunikativen Beziehung zwischen den Beteiligten verschieben. In der Interaktion zwischen zwei Sexualpartnern sind die Verantwortungssphären interdependent. Verliert der eine Betroffene durch die Beeinträchtigung seiner Autonomie die Möglichkeit für die Äußerung seines Willens, kann eine Verantwortung des anderen für die Gewährleistung der sexuellen Selbstbestimmung des Partners entstehen.

Die Sorgfaltspflicht richtet sich also nicht darauf, eine autonome Person aktiv um ihre Zustimmung zu bitten, sondern eben diese Autonomie sicherzustellen. Wer eine sexuelle Handlung vornehmen möchte, der wäre danach in der Pflicht, sich zu vergewissern, dass keine Umstände vorliegen, die eine selbstbestimmte Entscheidung des anderen ausschließen. Werden dann deutliche Anzeichen etwa für eine starke Alkoholisierung des Partners leichtfertig nicht als Einschränkung der Willensbildungsfreiheit gewertet, wäre dem Täter der Vorwurf eines fahrlässigen sexuellen Übergriffs zu machen.

#### *d) Regelungsvorschlag*

Kriminalpolitisch sprechen also gute Gründe dafür, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für die Begehungsvarianten

von § 177 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4 StGB vorzusehen.<sup>47</sup> Um die Strafbarkeit sachgerecht auf Fälle schwerwiegenden Sorgfaltspflichtverletzungen zu beschränken, bietet es sich an, eine leichtfertige Begehung vorauszusetzen. Eine Regelung könnte sich an § 232a StGB orientieren und würde sich damit systematisch schlüssig in die bereits existierende Fahrlässigkeitsregelung im Bereich des Sexualstrafrechts einfügen. § 232a Abs. 6 S. 2 StGB stellt unter Strafe, wenn der Täter „bei der sexuellen Handlung zumindest leichtfertig“ verkennt, dass der Sexualpartner Opfer eines Menschenhandels oder einer Zwangsprostitution geworden ist. Auch hier werden Umstände, die eine freie Willensbildung ausschließen, vom Täter fahrlässig verkannt. Parallel zu § 232a StGB ließe sich also formulieren:

#### *§ 177 Abs. 2 lit a StGB-E*

*Verkennt der Täter bei der sexuellen Handlung leichtfertig die Umstände des Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 4, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe.*

Dem Gesetzgeber ist zu raten, sich mit den verschiedenen Themenfeldern des Sexualstrafrechts – etwa in Expertengruppen oder Workshops – auseinanderzusetzen und unter Einbeziehung von Sachverständigen einen kohärenten strafrechtlichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu entwickeln, der eine Kriminalisierung bagatellhafter Grenzverletzungen vermeidet und gleichzeitig das Unrecht von Sexualdelikten ernst nimmt.

<sup>47</sup> In den Fällen der Nr. 3 und 5 ist eine fahrlässige Begehungsweise nicht denkbar.

# Der „befangene“ Staatsanwalt? – ein Blick auf die Perspektive eines Staatsanwalts und eines Strafverteidigers angesichts des BGH-Beschlusses vom 18. Januar 2024 (BGH 5 StR 473/23)

von RA Dr. Miguel Veljovic, LL.M.oec und  
StA Dr. Christopher Bona\*

## Abstract

Der Beitrag beleuchtet aus der Perspektive eines Strafverteidigers sowie eines Staatsanwalts, unter welchen Voraussetzungen ein Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft im Zuge einer Hauptverhandlung die Besorgnis der Befangenheit auslösen kann. Dazu wird die Entscheidung des BGH vom 18. Januar 2024 analysiert und die Folgen für die Praxis aufgezeigt.

This article examines from the perspective of a defence lawyer and a public prosecutor the conditions under which a representative of the public prosecutor's office can raise concerns of bias in the course of a main hearing. To this end, the decision of the Federal Court of Justice of 18 January 2024 is analysed and the consequences for practice are outlined.

## I. Einleitung

Die „Befangenheit“ von Staatsanwälten stellt bereits seit Juristengenerationen ein grundlegendes Problem der strafprozessualen Ausbildung dar. Mit Blick auf die strenge Objektivitäts- und Neutralitätsmaxime aus § 160 Abs. 2 StPO und dem von Hugo Isenbiel und Franz von Liszt manifestierten Grundsatz, es handle sich um die „objektivste Behörde der Welt“<sup>1</sup>, die ebenfalls die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln hat und im Zuge des Plädoyers auch auf solche Umstände verweisen muss, die strafmildernd zu berücksichtigen sind<sup>2</sup>, erscheint es zunächst auffällig, dass gegen die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft kein unmittelbar wirkendes Instrumentarium besteht, um im Fall der Besorgnis der Befangenheit gegen den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Hauptverhandlung vorzugehen.<sup>3</sup> Eine Ausschließung des Staatsanwalts mit der Folge, dass eine weitere Bearbeitung oder Vertretung der Sache ausgeschlossen ist, ist – anders als bei anderen Verfahrensbeteiligten wie etwa dem Richter – nicht vorgesehen.<sup>4</sup> Die Entscheidung des BGH vom 18. Januar 2024, die sich explizit mit den

Grundsätzen der Befangenheitsdogmatik hinsichtlich des Verhaltens von Sitzungsvertretern der Staatsanwaltschaft beschäftigt, gibt nunmehr hinreichenden Anlass zur Rekapitulation, ob die *lex lata* das Schutzbedürfnis des Angeklagten auf der einen Seite und die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Ausübung der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit auf der anderen Seite, angemessen und damit verhältnismäßig in Einklang zu bringen vermag.

Der folgende Beitrag beleuchtet dieses Problemfeld und strengt diesbezüglich einen wechselseitigen Austausch der Perspektiven an. Ferner werden Hinweise für die praktische Tätigkeit als Strafverteidiger, aber gleichwohl auch als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft mit an die Hand gegeben. In einem Fazit wird die Ausgangsfrage bezüglich der Erforderlichkeit neuer gesetzlicher Regelungen bei zu besorgender Befangenheit des staatsanwaltschaftlichen Sitzungsvertreters beantwortet.

## II. Der Beschluss des BGH vom 18. Januar 2024

### 1. Verfahrensgang

Dem Beschluss des BGH vom 18. Januar 2024<sup>5</sup> lag eine Revision gegen das Urteil des LG Leipzig vom 11. Mai 2023 zugrunde. Das LG hatte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit versuchter Nötigung, und wegen Körperverletzung zu einer Gesamtgeldstrafe von 190 Tagessätzen zu je 60 Euro verurteilt und angeordnet, dass hiervon 40 Tagessätze als vollstreckt gelten. Hinsichtlich des Vorwurfs, die Nebenklägerin mehrfach vergewaltigt zu haben, sprach das LG ihn aus tatsächlichen Gründen frei. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten führte nur zu einer marginalen Schuldspruchänderung. Im Übrigen verwarf der Senat des BGH die weitergehende Revision, insbesondere die hier zu begutachtende Verfahrensrüge als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

\* Dr. Miguel Veljovic, LL.M.oec. ist Rechtsanwalt in der auf das Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Boutiquekanzlei Burgert Krötz Rechtsanwälte PartGmbH. Dr. Christopher Bona ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Wuppertal. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

<sup>1</sup> Zur rechtshistorischen Einordnung und Entwicklung der Staatsanwaltschaft: Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 und zur Diskussion um eine Entkoppelung der Staatsanwaltschaft von Weisungsrechten: Thomas, KriPoZ 2020, 85 ff.

<sup>2</sup> Deziiert zu der Staatsanwaltschaft als überparteiliches Organ der Rechtspflege: Volkmann/Vogel, StV 2021, 537 (539).

<sup>3</sup> Z.B. Herrmann, in: Heghmanns/Herrmann, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 6. Aufl. (2022), A. II. Nr. 3. Rn. 47.

<sup>4</sup> Herrmann, in: Heghmanns/Herrmann, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, A. II. Nr. 3. Rn. 47.

<sup>5</sup> BGH, BeckRS 2024, 15007.

## 2. Verfahrensrüge

Der Angeklagte stützte die Verletzung formellen Rechts seiner Verfahrensrüge, indem er die „tatsächliche Befangenheit der Staatsanwältin als Sitzungsvertreterin“ beanstandete und einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren geltend machte.

Hiernach habe die Sitzungsvertreterin, die an allen sieben Hauptverhandlungstagen anwesend war, im Rahmen ihres Schlussvortrags dargelegt, sie sei bei „Vorwürfen sexualisierter Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen und im konkreten Fall befangen“. Hierbei „empfinde“ sie es als „unerträglich“, wenn sich eine Frau „als Opfer sexualisierter Gewalt im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung kritischen Fragen des Gerichts und der Verteidigung stellen und wegen ihres Aussageverhaltens rechtfertigen müsse“. Im Hauptverhandlungsprotokoll wurde diesbezüglich vermerkt: „Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft hält den Schlussvortrag: Sie sei in Fällen häuslicher und sexueller Gewalt als Feministin und persönlich Betroffene befangen. Das sei unproblematisch, denn sie lege es hier offen. Mehrfach habe sie überlegt, ob sie einen Befangenheitsantrag stelle, davon aber letztlich abgesehen. Das Verhalten der *Kammer* sei zunächst nicht zu beanstanden gewesen, weil sie der Geschädigten viel Raum für ihre Aussage gegeben habe. Im weiteren Verlauf habe die *Kammer* die Geschädigte aber kritischer betrachtet als ma[n]chen Zeugen. Daher möge sich die *Kammer* des Confirmation Bias ebenso bewusst sein, wie sie ihre Befangenheit offengelegt habe“. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft beantragte deshalb auch die Verurteilung wegen der aus ihrer Sicht erwiesenen Vergewaltigung.

Der Vorsitzende der *Strafkammer* gab zur Revisionsbegründung eine dienstliche Erklärung ab und verwies darauf, dass das Verhalten der Sitzungsvertreterin „während der Hauptverhandlung von Gesetzes wegen nicht zu beanstanden“ und die Begründung ihres Schlussvortrags jedenfalls „vertretbar“ gewesen sei. Hiernach sei sie „nicht offensichtlich von verfahrensfremden Überlegungen bestimmt“ gewesen. Erst wenn sie sich „zu einem früheren Zeitpunkt in vergleichbarer Weise erklärt hätte“, hätte das Gericht Bedenken im Hinblick auf die Fairness des Verfahrens gehabt.

## 3. Entscheidungsgründe des BGH

### a) Keine Neuerung in Bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 22 ff. StPO

Zunächst stellt der *BGH* – in rekapitulierender Weise der bisherigen Rechtsprechungspraxis<sup>6</sup> – fest, dass die §§ 22 ff. StPO auf Staatsanwälte weder unmittelbar noch analog anwendbar sind. Der Gesetzgeber habe bewusst darauf verzichtet, den Ausschluss oder die Ablehnung von Sitzungsvertretern zu regeln und entsprechende Vorschriften zu schaffen. Ein „förmliches innerprozessuales

Verfahren“ existiere nicht, um einen Sitzungsvertreter wegen zu besorgender Befangenheit abzulehnen. Vielmehr seien die Verfahrensbeteiligten darauf beschränkt, bei dem Vorgesetzten des Beamten der Staatsanwaltschaft darauf hinzuwirken, dass dieser ihn auf Grundlage des Substitutionsrechts nach § 145 GVG durch einen anderen Sitzungsvertreter ersetze. Auch ohne eine Ersetzung sei die Hauptverhandlung demnach fortzusetzen.

### b) Mögliche Verletzung des Rechts auf ein faires und justizförmiges Verfahren

Trotz dieser Grundsatzdogmatik sind nicht sämtliche Handlungen eines Sitzungsvertreters angesichts der notwendigen Berücksichtigung des Rechts auf ein faires und justizförmiges Verfahren hinnehmbar, sodass eine hierauf gestützte Revision grundsätzlich möglich bleibt.

Vor die Klammer seiner Ausführungen stellt der *Senat*, dass bei der Beurteilung der zu besorgenden Befangenheit eines Staatsanwalts „nicht der strenge Maßstab wie bei einem der zur Entscheidung berufenden Richter angelegt werden kann“.<sup>7</sup> Diese Verschiebung der Anforderungen an den zu berücksichtigenden Maßstab begründet das Gericht mit der fehlenden Verurteilungskompetenz im Gegensatz zum erkennenden Gericht. Vielmehr müssen die Gründe, die eine Besorgnis der Befangenheit auslösen, ähnlich schwerwiegen wie die Ausschlussstatbestände der §§ 22, 23 StPO.<sup>8</sup>

Der anzulegende Maßstab habe deshalb die Rolle der Staatsanwaltschaft als „Wächter der Gesetze“ und Organ der Strafrechtspflege sowie die zuvor beschriebene Pflicht zur Objektivität zu berücksichtigen. Hiernach sei eine Verletzung des Rechts auf ein faires und justizförmiges Verfahren nur dann gegeben, wenn der Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derart schwer und nachhaltig tangiert, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt.

Das Urteil wird hiernach regelmäßig auf der Rechtsverletzung beruhen, *es sei denn*, das erkennende Gericht sieht eine Kompensation für die Rechtsverletzung vor. Dieser „Ausdruck“ der Kompensation münde in der Obliegenheit, bei dem Vorgesetzten des Sitzungsvertreters auf Ersetzung hinzuwirken und entsprechende Bemühungen öffentlich zu machen. Bei fehlender Reaktion des Gerichts könne nur ausnahmsweise ausgeschlossen werden, dass sich das Verhalten des Sitzungsvertreters auf die Urteilsbildung zulasten des Angeklagten ausgewirkt habe.

### c) Keine Verletzung in der zu beurteilenden Sachverhaltskonstellation

Unter Berücksichtigung der Äußerungen der Sitzungsvertreterin sei ein derart schwerer Verstoß nach Auffassung des *Senats* nicht begründet.

<sup>6</sup> *BGH*, NJW 1980, 845; *BGH*, NSTZ 1991, 595; *BGH*, NSTZ 2008, 353 f.

<sup>7</sup> Unter Verweis auf *BGH*, BeckRS 1995, 6252.

<sup>8</sup> Unter Verweis auf: *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt, 1989, S. 113 f.

Die Äußerungen der Sitzungsvertreterin seien unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten „bedenklich“, hätten aber „noch nicht ein Maß angenommen, das – gemessen an den hierfür geltenden strengen Maßstäben – einen Verfahrensfehler begründen würde“.

Durch die Verwendung ihrer scharfen Wortwahl hätten die Ausführungen besorgen lassen, dass sie einem „grundlegenden Missverständnis von der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und dem Konfrontationsrecht eines Beschuldigten (Art. 6 Abs. 3 lit. B EMRK) unterlegen ist“.<sup>9</sup>

Weiterhin sei es mit der staatsanwaltschaftlichen Pflicht nicht in Einklang zu bringen, dass die Sitzungsververtretung wahrgenommen wurde, obwohl sie sich wegen des Verfahrens selbst für befangen hielt. In diesem Zuge habe der Staatsanwalt eigenständig die Gründe seinem Dienstvorgesetzten offenzulegen und eine Ersetzung anzuregen. Durch diese eigenständige Pflicht werde die „im Gesetz angelegte Selbstkontrolle der Staatsanwaltschaft“ effektiv verfolgt.

Die Begründetheit eines Verfahrensfehlers scheitere im konkreten Fall aber an dem Umstand, dass die Staatsanwältin trotz ihrer Ausführungen für den Angeklagten in mehreren Fällen einen Freispruch beantragte. Im Übrigen verwies der *Senat* auf die Ausführungen des Vorsitzenden der *Strafkammer* aus seiner dienstlichen Erklärung, der das Verhalten der Sitzungsvertreterin in der Hauptverhandlung „im Übrigen“ nicht für beanstandungswürdig bewertete und das Verhalten „nicht offensichtlich von verfahrensfremden Überlegungen“ bestimmt gewesen sei. Ferner hätten die Ausführungen im Rahmen der dienstlichen Erklärung belegt, dass sich die *Strafkammer* ihrer Verantwortung zur Wahrung des Rechts auf ein faires und justizförmiges Verfahren bewusst gewesen ist.

### III. Rechtslage und bisherige Rechtsprechung im Überblick

Die Besorgnis der Befangenheit im Sinne der Strafprozessordnung kann nur im Hinblick auf die Ablehnung eines Richters geltend gemacht werden. Dies ist bereits in der Überschrift des § 24 StPO und folglich auch im Gesetzestext unzweideutig geregelt. Die Thematik der Befangenheit eines Staatsanwalts regelt die Strafprozessordnung nicht. Aufgrund des klaren Wortlauts der Norm können die Ausschlussgründe des § 22 Nr. 1 bis 5 StPO auch keine analoge Anwendung auf den Staatsanwalt finden. Dahingehend besteht in Rechtsprechung und in der herrschenden Literatur kein Dissens.

Ist ein Staatsanwalt im Verfahren persönlich betroffen, kommt den § 22 Nr. 1 bis 3 StPO jedoch eine Indizwirkung für die zu besorgende Befangenheit des Staatsanwaltes zu.<sup>10</sup> Dies ist wenig verwunderlich, da ein Staatsanwalt, der beispielsweise in einem Verwandtschaftsverhältnis zu dem Verletzten der Straftat in dem jeweiligen Verfahren steht, nur schwerlich die von § 160 Abs. 2 StPO verlangte Objektivität aufweisen kann. Ist der Staatsanwalt derart persönlich betroffen, hat das erkennende Gericht die Möglichkeit, bei dem „ersten Beamten der Staatsanwaltschaft“ dessen Substitution anzuregen, § 145 Abs. 1 GVG.<sup>11</sup> Dieser kann, muss jedoch nicht, den insoweit befangenen Sitzungsvertreter ablösen und einen anderen Staatsanwalt mit der Amtsverrichtung beauftragen.<sup>12</sup>

Außerhalb dieser recht offensichtlichen, persönlichen Betroffenheit des Staatsanwalts kann eine Befangenheit lediglich aus einem Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren folgen.<sup>13</sup> Der Beurteilungsmaßstab besteht darin, ob aus der Sicht der ablehnenden Partei vernünftige, für einen unbeteiligten Dritten nachvollziehbare Gründe ersichtlich sind, die ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Staatsanwalts im Hinblick auf eine gesetzes-treue Aufgabenerfüllung rechtfertigen. Dabei genügt nicht jedes amtspflichtwidrige Verhalten des Staatsanwalts. Es ist vielmehr eine schwere und anhaltende Verletzung seiner Amtspflichten erforderlich. Das beanstandete Verhalten muss so gravierend sein, dass die Voreingenommenheit des Staatsanwalts offensichtlich wird und aus der Perspektive der ablehnenden Partei als Missbrauch der staatlichen Macht, der das Recht auf ein faires Verfahren gefährdet, erscheint. Liegen derart gravierende Gründe vor, kann sich das aus § 145 Abs. 1 GVG folgende Ermessen des Dienstvorgesetzten auf null reduzieren, sodass er gar eine Pflicht hat, den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft durch einen Neuen zu ersetzen.<sup>14</sup>

Die Hürden für die Annahme einer derartigen Unparteilichkeit des Staatsanwalts sind damit offenkundig hoch. In Rechtsprechung und Literatur lassen sich keine Entscheidungen finden, in denen das Urteil eines erkennenden Gerichts wegen Zweifeln an der Unparteilichkeit des Staatsanwalts aufgehoben wurde.<sup>15</sup> Dies leuchtet auch deshalb ein, weil der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht einschlägig ist, sondern das Urteil im Sinne des § 337 StPO auf der Mitwirkung des „befangenen“ Staatsanwalts beruhen müsste.<sup>16</sup> Mithin müsste das Gesetz derart verletzt sein, dass eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Führt man sich jedoch vor Augen, dass es für die Ablehnung oder Aus-

<sup>9</sup> Ausführlich zur Reichweite der Befragung von Zeugen und zu möglichen Gegenrechten der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Hauptverhandlung die Befragung von Zeugen zu beanstanden: *BGH*, BeckRS 2024, 15007 Rn. 12.

<sup>10</sup> *Pawlik*, NStZ 1995, 309 (311); *Brocke*, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2025), § 145 GVG Rn. 9 m.w.N.

<sup>11</sup> Eine Pflicht des Gerichts, auf die Ablösung des Staatsanwalts hinzuwirken, kann lediglich in Ausnahmefällen bestehen, und zwar wenn nur so das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren gewährleistet werden kann, s. *LG Mönchengladbach*, Beschl. v. 26.3.1987 – 12 KLs 12/85 (2), juris.

<sup>12</sup> *Inhofer*, in: BeckOK-GVG, 27. Ed. (Stand: 15.5.2025), § 145 GVG, Rn. 3.

<sup>13</sup> *LG Mönchengladbach*, Beschl. v. 26.3.1987 – 12 KLs 12/85 (2), juris; *Brocke*, in: MüKo-StPO, § 145 GVG Rn. 9, dort auch zum folgenden Text.

<sup>14</sup> Vgl. *OLG Hamm*, NJW 1969, 808 f.

<sup>15</sup> Anders zu beurteilen ist dies lediglich bei der bekannten Problematik der weiteren Mitwirkung des Sitzungsstaatsanwalts, der in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen wurde, s. dazu etwa *BGH*, NStZ 1983, 135; *BGH*, NStZ 2019, 482; *Heil*, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), Vorb. § 22 Rn. 7 m.w.N.

<sup>16</sup> *Heil*, in: KK-StPO, § 22 Rn. 7.

schließung von Staatsanwälten keine gesetzliche Grundlage in den §§ 22 ff. StPO gibt und auch den §§ 141 bis 145 GVG kein rechtliches Instrumentarium zur Ablehnung von Staatsanwälten entnommen werden kann<sup>17</sup>, leuchtet es ein, dass die Aufhebung eines Urteils aufgrund des Verhaltens des Sitzungsvertreters wegen einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nur schwerlich denkbar erscheint, insbesondere da die Staatsanwaltschaft keine Verurteilungskompetenz innehat und das erkennende Gericht im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft das Verhalten des Staatsanwalts kompensieren kann.<sup>18</sup> Im Ergebnis müsste der Staatsanwalt damit ganz massiv gegen seine Neutralitätspflicht verstoßen und das erkennende Gericht müsste diesen Verstoß klag- und kommentarlos hinnehmen, damit es zu der Aufhebung eines Urteils kommt.

#### IV. Austausch der Perspektiven

##### 1. Perspektive eines Rechtsanwalts

Der praktisch relevanteste Fall, in der eine Besorgnis der Befangenheit zur Ablehnung eines Verfahrensbeteiligten führt, stellt – wie die vorstehenden Ausführungen zeigen – die Ablehnung eines Richters dar.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang wird in der Praxisliteratur für Rechtsanwälte regelmäßig darauf hingewiesen, dass wegen der zuweilen weitreichenden Folgen für das Verfahrensklima die Stellung eines Befangenheitsantrags in besonderer Weise einer Abwägung der Für und Wider erfordert.<sup>20</sup> Dennoch muss die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen determinierten Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs sowie des Rechts auf ein faires Verfahren im Einzelfall dazu führen, dass der Konflikt nicht gescheut werden darf. Die Stellung eines konkret ausgearbeiteten, sachlich durchdachten Befangenheitsantrags vermag bisweilen die besondere Wächterfunktion des anwaltlichen Beistands zu untermauern und führt dies den Verfahrensbeteiligten auch vor Augen. Die Ausarbeitung eines solchen Antrags erfordert jedenfalls eine genaue Aufarbeitung der in der Rechtsprechung vorherrschenden Kasuistik.<sup>21</sup> Oberstes Credo bleibt hierbei dem Mandanteninteresse am günstigsten und effektivsten nachzukommen, wobei sich schematische Lösungen verbieten.<sup>22</sup>

Die hiesig entschiedene Konstellation des *BGH* betrifft den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft, der in der bisherigen Praxis – mangels eines konkreten rechtlichen Instrumentariums – einen weiten Spielraum in der Ausgestaltung der Sitzungsververtretung hatte. Dieser grundsätzlich weite Spielraum bleibt – trotz der nicht überzeugenden *konkreten* Ausführungen des *Senats* – weiterhin bestehen.

Die hiesige Entscheidung ist bemerkenswert, da der *BGH* – auch weil er den gesetzgeberischen Willen sowie die grundlegende Rolle der Verfahrensbeteiligten berücksichtigt – die (Mit-)Verantwortlichkeit zum Einschreiten gegen möglicherweise befangene Staatsanwälte auf das erkennende Gericht verschiebt. Ein Unterlassen führt nämlich zur vom *BGH* statuierten Beruhensvermutung, welche demnach der Wirkung eines vorliegenden, absoluten Revisionsgrundes gleicht.

Dieser grundsätzliche Gedanke des *Senats* überzeugt. Denn das Gericht ist als neutraler Spruchkörper dazu verpflichtet, den Anspruch des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs, sowie die Grundsätze der Waffen-gleichheit<sup>23</sup> zu wahren. Hierbei ist es in der konkreten Art und Weise ihres Verhaltens an die Grundsätze der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit gebunden. Der *BGH* begründet in der hiesigen Konstellation deshalb eine nach außen wirkende *Obliegenheit der prozessualen Fürsorge*, auch wenn er diesem Rechtskorpus keine weitergehende Konkretisierung verleiht. Durch die statuierte Obliegenheit wird das Gericht auf die Ersetzung des Sitzungsvertreters hinzuwirken haben, sofern hinreichende Umstände vorliegen, die die Befangenheit des Sitzungsvertreters zu besorgen vermögen. Bei Nichterfüllung dieser Obliegenheit wird das Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler – wie der *Senat* ausdrücklich dargelegt hat – vermutet. Damit statuiert der *BGH* folgenden Grundsatz, nämlich, dass das erkennende Gericht das Verhalten des Sitzungsvertreters nicht „sehendes Auge“ – insbesondere mit Blick auf das fehlende kodifizierte rechtliche Instrumentarium – beiseiteschieben kann.

In dem zu entscheidenden Sachverhalt lässt bereits die dienstliche Erklärung des Vorsitzenden der *Strafkammer*<sup>24</sup> hingegen aufgrund vorliegender Ungereimtheiten bzw. Ungenauigkeiten zahlreiche Folgefragen aufkommen, die leider in den Erwägungen des *Senats* keine Berücksichtigung gefunden haben.

Dabei treten jene Fragen besonders in den Vordergrund: Welchen Maßstab hat der Vorsitzende der *Strafkammer* angelegt, wenn er von der floskelartigen „Vertretbarkeit“ des Verhaltens des Sitzungsvertreters gesprochen hat? Wurde hierbei die maßgebliche Perspektive des Angeklagten eingenommen? Und aus welchem Grund soll das Verhalten aus Sicht des Angeklagten in der konkreten Situation „vertretbar“ gewesen sein?

Muss die zu besorgende Befangenheit, wie der Vorsitzende der *Strafkammer* dies dargelegt, „offensichtlich“ zu Tage getreten sein? Kann das Verhalten des Sitzungsvertreters nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beim An-

<sup>17</sup> *BGH*, NJW 1980, 845 (846); *Miebach*, NStZ 1989, 13 f.

<sup>18</sup> *BGH*, NStZ-RR 2024, 252 (253).

<sup>19</sup> So auch: *Krause*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch, 3. Aufl. (2022), § 7 Rn. 71.

<sup>20</sup> Ausführlich hierzu: *Krause*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch, § 7 Rn. 71; ebenfalls: *Tsambikakis*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch, § 2 Rn. 110.

<sup>21</sup> M.w.N. zur Kasuistik der Rechtsprechung: *Krause*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch, § 7 Rn. 72.

<sup>22</sup> *Krause*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch, § 7 Rn. 74.

<sup>23</sup> Als Recht, gleichwertig auf die Entscheidungswirkung einzuwirken: m.w.N.: *Krauß*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2023), Vorb. § 141 Rn. 22.

<sup>24</sup> Vgl. s. oben: II. 2.

geklagten die Besorgnis der Befangenheit auslösen? Und kann das die Besorgnis der Befangenheit begründende Verhalten zu einem ggf. späten Zeitpunkt (wie hier im Plädoyer) das gesamte prozessuale Verhalten „kontaminieren“?

Ferner bleibt die Frage unbeantwortet, ob und an welchem Punkt aus einer Obliegenheit eine aus dem Recht auf ein faires Verfahren resultierende Pflicht zur Einwirkung auf den Vorgesetzten durch das erkennende Gericht entstehen könnte? In konsequenter Weise vermeidet der *Senat* deshalb die Verwendung des Begriffs „Pflicht“.

Unter Berücksichtigung dieser Folgefragen können die *konkreten* Ausführungen des *Senats* nicht überzeugen, da sie letztlich nur wenige Antworten, auch zur Durchsetzung der Rechte des Angeklagten auf ein faires Verfahren, aus der Perspektive eines Strafverteidigers liefern.

Bereits der tragende Grund des *Senats*, der gegen eine die Besorgnis erregende Befangenheit des Staatsanwalts sprechen soll, überzeugt nicht. Denn der Verweis des *Senats* auf eine teilweise Freispruchbeantragung der Sitzungsvertreterin, die gegen ihre zu besorgende Befangenheit sprechen soll, übersieht, dass im konkreten Fall auch ein Antrag auf Verurteilung wegen Vergewaltigung mit tateinheitlich verwirklichter Körperverletzung in zwei Fällen gestellt wurde. Im Ergebnis sah die *Kammer* die Verwirklichung des Straftatbestands der Vergewaltigung nicht (und damit umfassend nicht) als einschlägig an, sodass eine diesbezügliche Verurteilung bezüglich sämtlich angeklagter Sexualdelikte ausblieb. Bereits dieser Umstand hätte erschwerend in die Abwägung des *BGH* aufgenommen werden müssen.

Der Maßstab der zu besorgenden Befangenheitsprüfung aus Sicht des Angeklagten hätte deshalb mit Blick auf den gestellten Antrag eine dezidierte Auseinandersetzung erforderlich gemacht, aus welchen Gründen trotz des Verurteilungsantrags bezüglich einer mehrfachen Sexualstraftat eine zu besorgende Befangenheit aus Sicht des Angeklagten ausgeschlossen werden konnte.

Zwar bezog sich der teilweise Freispruchantrag der Sitzungsvertreterin auf weitere fünf Fälle der angeklagten Vergewaltigungen. Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts ist aber nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein solcher Freispruchantrag bezüglich der fünf Fälle der angeklagten Vergewaltigung erfolgte. Dieser könnte sich auf solche Fälle bezogen haben, bei der die Beantragung einer Verurteilung offensichtlich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen völlig zwecklos gewesen wäre.

Jedenfalls reicht der mitgeteilte Sachverhalt und die Existenz eines teilweisen Freispruchantrags in der hiesigen Konstellation nicht aus, um widerspruchsfrei die zu besorgende Befangenheit der Sitzungsvertreterin abzulehnen.

Dies hätte aus anwaltlicher Perspektive auch zur Folge, dass der Sitzungsvertreter durch einen teilweise dem Angeklagten zu Gute kommenden Antrag die zu besorgende Befangenheit prozessual „heilen“ könnte. Denn letztlich bleibt zu bedenken, dass trotz des teilweisen Freispruchantrags ein teilweiser Verurteilungsantrag wegen zweier Vergewaltigungsvorwürfe und damit ein konkreter Zusammenhang zwischen den Äußerungen der Staatsanwältin und ihrem prozessualen Verhalten vorlag. Es ist darauf hinzuweisen, dass einem Antrag auf Verurteilung nicht per se auf eine „Befangenheit“ des Staatsanwalts geschlossen werden darf. In der hiesigen, speziellen Konstellation dient das prozessuale Verhalten aber als substantieller Anhaltspunkt, der gegen die Argumentation des *Senats* spricht.

Weiterhin tritt erschwerend hinzu, dass die Sitzungsvertreterin nicht an ihren Vorgesetzten herangetreten ist. Der *Senat* formuliert hier, dass dem Staatsanwalt eine Pflicht („hat er die Gründe vorzulegen“) zur Offenlegung seiner Befangenheit zukomme. Die aus dem Fair-trial-Grundsatz abzuleitende Pflicht zur Selbstkontrolle bzw. Selbstbeschränkung wurde nicht erfüllt.<sup>25</sup> Denn ausweislich des Plädoyers der Sitzungsvertreterin war ersichtlich, dass sie selbst ihr Verhalten mit einer möglichen Befangenheit in Verbindung gebracht hat, aber nicht an ihre Vorgesetzten herangetreten ist.

Die Möglichkeiten der Pflichterfüllung, bspw. auch auf einer mildereren Ebene (Stichwort: Erforderlichkeit), wie z.B. in einem offenen Gespräch mit dem Dienstvorgesetzten, ob die Besorgnis der Befangenheit begründet ist (und damit noch vor Stellung eines Antrags auf Ersetzung), wäre deshalb in den Blick zu nehmen gewesen.

Dass das Verhalten der Sitzungsvertreterin erst im Plädoyer höchst auffällig wurde, kann die zu besorgende Befangenheit für das gesamte Verfahren nicht umfänglich verhindern, sodass es auf einen Zeitpunkt, der nach außen getretenen Besorgnis bezüglich ihres Verhaltens regelmäßig nicht ankommen wird.<sup>26</sup>

Denn die Äußerungen der Sitzungsvertreterin zeigen eine verfahrensbezogene Grundeinstellung, indem sie sich selbst als Feministin und persönlich Betroffene bezeichnet. Daraus wäre unter Berücksichtigung des Kontextes ihrer Aussage abzuleiten gewesen, dass sie diese Eigenschaft im Zuge des gesamten Verfahrensverlaufs aufwies und insofern auch sämtliche Beweismittel und damit das Für und Wider bewertete. Hierfür spricht auch der Antrag auf Verurteilung wegen Vergewaltigung in zwei Fällen.<sup>27</sup>

Die durch die eingeholte Erklärung des Vorsitzenden unterstellte Annahme, dass die Sitzungsvertreterin ihre persönliche Betroffenheit bis zum Plädoyer zurückhalten

<sup>25</sup> Zu den Ausflüssen des fair-trial-Grundsatzes nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK: m.w.N. *Kudlich*, StV 2025, 157 (160); zum Fair-Trial-Grundsatz weiterführend: *Volkmann/Vogel*, StV 2021, 537 (540).

<sup>26</sup> Ebenfalls: *Kudlich*, StV 2025, 157 (160).

<sup>27</sup> Zu den Folgen eines solchen Ankereffekts staatsanwaltschaftlicher Plädoyers: m.w.N. *Kudlich*, StV 2025, 157 (160); „Schulterschluss-effekt“: *Volkmann/Vogel*, StV 2021, 537 (542).

konnte, ist insofern lebensfremd und durch ihr prozessuales Verhalten jedenfalls stark zweifelhaft.<sup>28</sup>

Ein erheblicher Verstoß – ganz unabhängig vom Zeitpunkt des Zutagetretens – muss zur Wahrung der Rechte des Angeklagten deshalb dazu führen, dass das Gesamtverhalten, auch wenn dieses jedenfalls nicht fortwährend oder gar offenkundig zu beanstanden war, kontaminiert wird. Das Abstellen auf ein notwendiges Vordringen des Verhaltens im gesamten Verfahrensabschnitt, dass die Besorgnis der Befangenheit erregt, schränkt das Recht auf Durchsetzung eines fairen Verfahrens übermäßig ein und würde *de facto* die Möglichkeit der Ersetzung unmöglich machen.

Ferner vermag die schlichte Existenz der dienstlichen Erklärung, die im Rahmen des Revisionsverfahrens eingeholt wurde, und auf welche der *Senat* rekurriert, das Verantwortungsbewusstsein der *Kammer* für das notwendige Einschreiten im Zuge der Hauptverhandlung nicht *ex-post* zu begründen. Hierbei handelt es sich um eine Art „Unbedenklichkeitsbescheinigung“, welche sich die erkennende *Kammer ex-post* und damit im Zuge des Revisionsverfahrens selbst erteilen kann.

Der Strafverteidiger kann durch das frühzeitige Herantreten an das Gericht im Zuge der Hauptverhandlung eine solche Beruhenskorrektur durch die Senate des *BGH* verhindern. Hierbei sollte das Gericht dazu aufgefordert werden, sich zum Verhalten des Sitzungsvertreters zu äußern und die jeweiligen Ausführungen in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen. Letztlich sollte der Spruchkörper auch auf die hiesige Rechtsprechung – und damit auf die Pflicht zur prozessualen Fürsorge – aufmerksam gemacht werden. Bei fehlender (dokumentierter) Beachtung der Situation ist das erkennende Gericht in der eigenhändigen Beeinflussung der Beruhensprüfung durch Einschränkung der dienstlichen Erklärung *ex-post* jedenfalls beschränkt.

## 2. Perspektive eines Staatsanwalts

Gemessen an den Anforderungen des § 160 Abs. 2 StPO hat sich der Staatsanwalt auch in der Hauptverhandlung neutral und objektiv zu verhalten. Die für und gegen den Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte müssen entsprechend gewürdigt und in Abwägung zueinander gebracht werden. Bestehen am Ende einer Hauptverhandlung Zweifel an der Schuld des Angeklagten, so hat selbstverständlich auch der Staatsanwalt in seinem Schlussvortrag den Freispruch des Angeklagten zu beantragen.

Der Staatsanwalt ist demnach kein „Gegenspieler“ oder Kontrahent des Angeklagten oder der Verteidigung. Die Staatsanwaltschaft hat im Rahmen der Hauptverhandlung als Organ der Rechtspflege auch unabhängig von der Verteidigung selbstständig darauf zu achten, dass das Gebot des fairen Verfahrens eingehalten wird. So bestimmt bei-

spielsweise Nr. 4a der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), dass der Staatsanwalt alles zu vermeiden hat, was zu einer nicht durch den Zweck des Ermittlungsverfahrens bedingten Bloßstellung des Beschuldigten führen kann. Wenngleich diese Vorschrift dem Wortlaut nach für das Ermittlungsverfahren gilt<sup>29</sup>, lässt sich der Rechtsgedanke auch auf das Verhalten des Staatsanwalts als Sitzungsvertreter in der Hauptverhandlung übertragen, der sich dort gegenüber dem Angeklagten objektiv und nicht moralisch (ab)wertend zu verhalten hat.

Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten der Sitzungsvertreterin in der Entscheidung des *BGH* auch aus der Perspektive eines Staatsanwalts zu kritisieren. Fühlt sich eine Sitzungsvertreterin aus persönlicher Betroffenheit, für die es im Einzelfall immer nachvollziehbare Gründe geben mag, „befangen“ und nicht in der Lage, die Aufgaben des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung objektiv zu erfüllen, gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, das Verfahren bis zum Urteilsspruch fortzuführen. Einen „gesetzlichen“ Staatsanwalt gibt es im Gegensatz zum gesetzlichen Richter nicht. Der Austausch oder gelegentliche Wechsel eines Sitzungsvertreters während einer laufenden Hauptverhandlung ist auch in der beruflichen Praxis keine Seltenheit. Das Strafverfahren kann und darf den Verfahrensbeteiligten keine Bühne dafür bieten, ihre höchstpersönlichen moralischen, gesellschaftlichen oder politischen Überzeugungen („*Ich bin Feministin*“) kundzutun. Vielmehr muss es den Angeklagten in den Mittelpunkt stellen<sup>30</sup> und unter Einhaltung der förmlichen Verfahrensregeln Feststellungen zur Schuld oder Unschuld desselben treffen.

Die Entscheidung des *BGH* ist daher in dieser Frage differenziert und nachvollziehbar. Das Gericht betont ausdrücklich, dass das Verhalten der Sitzungsvertreterin nicht mit der staatsanwaltschaftlichen Pflicht zur Objektivität in Einklang zu bringen gewesen ist. Die Möglichkeit, bei dem Dienstvorgesetzten die Ersetzung zu beantragen, wird der Staatsanwältin im Folgenden buchstäblich nahegelegt.

Dass der *Senat* in dem ausdrücklich als solchem bezeichneten „Fehlverhalten“ dennoch keinen Verfahrensfehler gesehen hat, der einen relativen Revisionsgrund begründet, ist dagegen kein Widerspruch, sondern steht konsequent im Einklang mit den bestehenden Regelungen in §§ 22 ff. StPO sowie §§ 141 ff. GVG. Denn zum einen führt das Gericht nachvollziehbare Argumente an, die dafür sprechen, dass die hohen Hürden, die ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren begründen können, nicht erreicht wurden. Dafür spricht vor allem, dass die Sitzungsvertreterin sich außerhalb ihres Schlussvortrages beanstandungsfrei verhalten und überdies auch einen Teilfreispruch beantragt habe. Letzteres wäre im Falle einer Befangenheit, die zu einer Aufhebung des Urteils hätte führen müssen, nicht zu erwarten gewesen.

<sup>28</sup> Hierzu aus verfahrenspsychologischer Sicht: *Volkman/Vogel*, StV 2021, 537 (541 f.).

<sup>29</sup> Vgl. *Gertler*, in: BeckOK-StPO, Nr. 4a RiStBV, Rn. 7.

<sup>30</sup> Vgl. *Gertler*, in: BeckOK-StPO, Nr. 23 RiStBV, Rn. 34.

Aus der Perspektive des Staatsanwalts ist außerdem anzuführen, dass der Gesetzgeber – die Kenntnis dieser Diskussion unterstellt – bis heute keine speziellere Regelung zur „Befangenheit des Staatsanwalts“ geschaffen hat, wofür es auch gute Gründe gibt. Denn zum einen muss der Staatsanwalt als Ankläger die Möglichkeit haben, Argumente auch schärfer formulieren zu können<sup>31</sup>, ohne sich sogleich unter dem Damoklesschwert der § 22 ff. StPO zu befinden.<sup>32</sup> Zum anderen können sämtliche Verfahrensbeeteiligte bei dem Dienstvorgesetzten nach § 145 Abs. 1 GVG die Ersetzung des Sitzungsstaatsanwalts anregen.<sup>33</sup> Begründet das Verhalten des Sitzungsvertreters die Besorgnis, dass dieser sich nicht an das Gebot des fairen Verfahrens halten werde, kann auch der Verteidiger das Gericht auffordern, bei dem Dienstvorgesetzten auf die Ersetzung hinzuwirken. Es besteht damit – wie auch die dargelegten, taktischen Erwägungen der Strafverteidigung zeigen – durchaus die Möglichkeit, „über die Bande“ gegen das Verhalten des Sitzungsvertreters vorzugehen, sodass zumindest indirekt ein Regelungsinstrumentarium besteht. Da der Staatsanwalt keine Verurteilungskompetenz innehat, ist der Schutz des Angeklagten vor einem „befangenen“ Staatsanwalt mit den bestehenden Regelungen im Ergebnis ausreichend.

## V. Folgen für die Praxis

### 1. Folgen für die Praxis eines Rechtsanwalts

Für die Beratungspraxis eines Rechtsanwalts wird zu erwägen sein, frühzeitig bei einem Erstarken eines die Besorgnis der Befangenheit erregenden Verhaltens auf das erkennende Gericht zuzugehen und auf die durch den BGH statuierte Obliegenheit zur Fürsorge hinzuweisen. Ferner sollte bei dem Gericht das Begehren konkret dargelegt und die einzelnen, die Besorgnis der Befangenheit erregenden, Gesichtspunkte hinsichtlich des Verhaltens des Sitzungsvertreters dokumentiert und möglichst in das Protokoll aufgenommen werden. Die Stellung einer revisionssicheren Verfahrensrüge macht insofern die Verankerung der wesentlichen Verhaltenszüge im Hauptverhandlungsprotokoll durch Antrag nach § 273 Abs. 3 StPO erforderlich. Bei Ablehnung ist das dargelegte Begehren selbst im Protokoll aufzunehmen.<sup>34</sup>

Die hiesige Rechtsprechung des BGH wird auch in den Verfahrensabschnitten des Ermittlungs- und des Zwischenverfahrens anwendbar sein, sodass ein Herantreten an das Gericht bereits zu diesen Zeitpunkten zu eruieren ist. Gerade im Bereich der Anwendung von Opportunitätseinstellungen besteht ein strukturelles Übergewicht der Staatsanwaltschaft, sodass teilweise die „Entscheidungskompetenz“ auf die Staatsanwaltschaft faktisch verlagert wird.<sup>35</sup> Sollte die Staatsanwaltschaft sich vehement

und pauschal, das bedeutet unter Versagung einer hinreichenden Begründung zum Nichtvorliegen der Voraussetzungen, weigern, von den Opportunitätseinstellungen Gebrauch zu machen, stellt dies eine Sachverhaltskonstellation dar, die ein Herantreten an das Gericht substantiell begründen würde.

Letztlich ist ebenfalls erwägenswert, ob möglicherweise gegen das erkennende Gericht ein originärer Befangenheitsantrag wegen aufkommender Besorgnis der Befangenheit gestellt wird, wenn das Gericht nicht aktiv tätig wird und die Erwägungen des Strafverteidigers schlicht beiseiteschiebt.

Denn die unterlassene Einwirkung des erkennenden Gerichts gegen das Besorgnis erregende Verhalten des Sitzungsvertreters dürfte dann, wenn Einwendungen schlicht beiseitegeschoben oder gar dem Verhalten beigespflichtet werden, aus Sicht eines vernünftigen Beschuldigten, Angeschuldigten oder Angeklagten zu der Annahme führen, das Gericht solidarisiere sich mit dem gezeigten Verhalten oder möglicherweise auch mit den in der Verhandlung getätigten Aussage. Eine solche Wahrnehmung kann ohne Zweifel den Eindruck der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit nivellieren.<sup>36</sup> Deshalb ist hier der konkrete Prüfungsmaßstab deutlich vor Augen zu führen: Es kommt nicht auf das tatsächliche Vorliegen der Befangenheit des Gerichts, sondern nur auf die *Besorgnis* der Befangenheit aus Sicht des Angeklagten an.<sup>37</sup>

Diese Vorgehensweise hätte den praktischen Vorteil, dass eine für den Mandanten zuträgliche Entscheidung im Rahmen eines Revisionsverfahrens erzielbar ist, wobei bei Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes gem. § 338 Nr. 3 StPO das Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler vermutet würde. Eine zusätzliche Entscheidungsinstanz eröffnet sich wegen der Regelung in § 28 Abs. 2 S. 2 StPO für den Angeklagten nicht, da die Entscheidung eines erkennenden Richters nur mit dem Urteil im Rahmen der Revision (oder mit der Verfassungsbeschwerde) angefochten werden kann.

Ferner sind – in Anbetracht der dargelegten Ausführungen des *Senats* – die Anforderungen hinsichtlich des Maßstabs einer Annahme der Besorgnis der Befangenheit für das erkennende Gericht niedriger als für den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft. Die hieraus resultierende Folgefrage wäre, ob das Gericht befangen sein könnte, wenn die hohen Hürden für die Befangenheit des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft noch nicht überschritten sind. Angesichts der Ausführungen zu den unterschiedlichen Wertungsmaßstäben einer Befangenheit des erkennenden Gerichts und der eines Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft, die der *Senat* ausdrücklich dargelegt hat, muss dies

<sup>31</sup> Vgl. *Burhoff*, ZAP 2024, 1199 (1207).

<sup>32</sup> Vgl. dazu *BGH*, BeckRS1995, 6252, *Cirener*, in: BeckOK-StPO, § 22 Rn. 37, wonach für Staatsanwälte im Vergleich zu Richtern weniger strenge Maßstäbe bei der Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit gelten.

<sup>33</sup> *Heil*, in: KK-StPO, Vorb. § 22 StPO, Rn. 6.

<sup>34</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 67. Aufl. (2024), § 273 Rn. 10; Protokollanfertigung zum Verhalten des Sitzungsvertreters und Drängen auf Tätigwerden des Gerichts: *Burhoff*, ZAP 2024, 1199 (1207).

<sup>35</sup> Hierzu bereits auf diesen in der Praxis bedeutsamen Umstand hinweisend: *Volkman/Vogel*, StV 2021, 537 (543).

<sup>36</sup> Zu weiteren Fällen, aus denen aus dem Prozessverhalten des Gerichts die Besorgnis der Befangenheit abgeleitet wird: *Cirener*, in: BeckOK-StPO, § 24 Rn. 35 ff.

<sup>37</sup> Zurecht zu diesem terminologischen Unterschied: *Tsambikakis*, in: Müller/Schlöthauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch, § 2 Rn. 110.

möglich sein. Demnach kann die Solidarisierung des Gerichts mit Verhaltensweisen des Sitzungsvertreters, die zwar auffällig, aber noch nicht die hohen Hürden der vorgenannten Rechtsprechung in Bezug auf den Sitzungsvertreter überschritten haben, dennoch die Befangenheit der Mitglieder des erkennenden Gerichts begründen.

Letztlich muss ein Strafverteidiger aber den Mandanten auch auf die möglichen Kostenfolgen hinweisen. Zudem sind die oben dargelegten Für und Wider vor der Begehung eines solchen Konfliktweges in besonderem Maße zu berücksichtigen. Hierbei muss der Grundsatz „Vorsicht statt Nachsicht“ gelten. Es ist nicht fernliegend, dass sich durch das vorstehend eröffnete Verfahrensverhalten eine einheitliche „Kaltfront“ aus Staatsanwaltschaft und Gericht gegen den Angeklagten bildet.

Die von dem *BGH* statuierte Obliegenheit des erkennenden Gerichts führt aber dazu, dass bereits im Rahmen der Hauptverhandlung ein weiterer gangbarer Weg zur effektiven Durchsetzung der Rechte des Angeklagten geschaffen wurde. Ein „Freifahrtschein“ existiert damit für das die Befangenheit besorgende Verhalten von Staatsanwälten weder für den Sitzungsvertreter noch für das erkennende Gericht.

## 2. Folgen für die Praxis eines Staatsanwalts

Die Folgen der Entscheidung des *BGH* auf die Praxis des Staatsanwalts im Rahmen der Wahrnehmung der Sitzungsvertretung dürften recht gering sein. Der Beschluss hat deutlich gemacht, wie weit die Äußerungen eines Staatsanwalts gehen dürfen, ohne dass es im Ergebnis zu der Aufhebung eines Urteils kommt. Selbst die ausdrückliche Selbstbezeichnung als „im konkreten Fall befangen“ genügt dafür offenkundig nicht.

Indes sollte die Entscheidung des *Senats* keinesfalls als Aufforderung verstanden werden, sich in der Hauptverhandlung vergleichbar zu verhalten. Denn zum einen hat das Gericht betont, dass das Recht des Angeklagten auf ein justizförmiges Verfahren durch die Verletzung der Pflicht zur Objektivität durchaus verletzt sein kann und das Urteil in einem solchen Fall regelmäßig auf der Rechtsverletzung beruhen wird. Das Gebaren der Staatsanwältin bezeichnet der *Senat* ausdrücklich als „*Fehlverhalten*“. Der Sitzungsvertreter sollte sich nicht darauf verlassen, dass ein derartiges Auftreten durch die Verfahrensherrschaft des Gerichts kompensiert wird. Zum anderen nimmt der *BGH* das erkennende Gericht in die Pflicht, bei dem Dienstvorgesetzten im Zweifel auf die Ersetzung des Staatsanwalts durch einen anderen Sitzungsvertreter hinzuwirken. Im Falle einer umfangreichen Hauptverhandlung mit mehreren Sitzungstagen kann dies die Stellung der Staatsanwaltschaft schwächen, wenn ein nicht mit dem Verfahrensinhalt vertrauter Staatsanwalt die Sit-

zungsvertretung übernehmen muss. Auch sollten die Folgen einer solchen Entscheidung des Dienstvorgesetzten auf die eigene berufliche Situation nicht unterschätzt werden, da Zweifel an der Fähigkeit zur Objektivität für einen Staatsanwalt nicht hinnehmbar sind. Im Ergebnis sollte der Staatsanwalt die Entscheidung des *BGH* zum Anlass nehmen, seine Objektivität in jedem Stadium eines Strafverfahrens selbst zu überprüfen und im Zweifel selbst bei dem Dienstvorgesetzten auf seine Ablösung hinwirken.

## VI. Kriminalpolitisches Fazit

Die Analyse der Entscheidung des *BGH* sowie der Blick auf die wechselseitigen Perspektiven hat gezeigt, dass der Schutz des Angeklagten vor einem die Besorgnis der Befangenheit erregenden Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft durch praktische Handgriffe möglich bleibt, obgleich eine konkrete gesetzliche Regelung nicht existiert. Es bleibt deshalb äußerst fraglich, ob eine gesetzliche Regelung in diesem Kontext zusätzlichen Schutz für den Angeklagten bieten könnte.<sup>38</sup> Dies gilt vor allem deshalb, weil der *Senat* des *BGH* in seiner Entscheidung hohe Hürden zur Ablehnung von Staatsanwälten wegen zu besorgender Befangenheit manifestiert hat. Die Einführung einer Regelung zur Ablehnung von Staatsanwälten würde diese von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden indes nicht obsolet machen. Ein tatsächlicher Mehrwert wäre durch die Kodifizierung eines Ablehnungsrechts aus der hier vertretenen Auffassung nicht erkennbar. Zudem hat der Beitrag aufgezeigt, dass ausreichend Möglichkeiten bestehen, gegen ein beanstandungswürdiges Verhalten des Staatsanwalts vorzugehen. Dabei kann zum einen das erkennende Gericht in die Pflicht genommen und bei Untätigkeit mit einem Befangenheitsantrag durch die Verteidigung die Rechte des Angeklagten durchgesetzt werden. Zum anderen kann bei dem Dienstvorgesetzten des Staatsanwalts auf dessen Ablösung in der Hauptverhandlung hingewirkt werden. Letztlich muss jedoch eingestanden werden, dass das Herantreten an den Dienstvorgesetzten in den wenigsten Fällen hinreichende Aussichten auf Erfolg haben wird.

In diesem Kontext ist dem Vorschlag von *Volkmann* und *Vogel* deshalb zuzugestehen, dass sie eine Lösung für den unmittelbaren „Schulterschlusseffekt“ innerhalb der Behörde anbieten, indem sie die Zuständigkeit für eine formalisierte Entscheidung der jeweiligen Dienst- und Fachaufsicht nach § 147 GVG zuordnen.<sup>39</sup> Insgesamt ist aber – unter Berücksichtigung der hohen Hürden der Rechtsprechung – dennoch nicht zu erwarten, dass eine gesetzliche Regelung ein substantielleres „Mehr“ an Rechtssicherheit für den Angeklagten schaffen würde. Vielmehr würden sich die weisungsbefugten Stellen in der Praxis an den hohen Hürden der Rechtsprechung orientieren, sodass die Erfolgsquote äußerst gering sein dürfte.

<sup>38</sup> Hier z.B. *Volkmann/Vogel*, StV 2021, 537 (543), die eine bundesgesetzliche Schaffung eines formalisierten Antragsrechts zur Ablösung befangener Staatsanwälte befürworten.

<sup>39</sup> *Volkmann/Vogel*, StV 2021, 537 (543).

# Die Identität des in Brand gesetzten und des zerstörten Objektes bei der Brandstiftung gemäß § 306 StGB

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 7.5.2024 – 4 StR 85/24

von Tim Stephan\*

## I. Einleitung

Die Vorschriften zur Brandstiftung wurden mit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)<sup>1</sup> im Jahre 1998 erheblich modifiziert.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber wollte damit das weitgehend als unsystematisch und schwer verständlich erachtete Brandstiftungsstrafrecht so reformieren, dass nicht nur die Auswahl der geschützten Tatobjekte an die aktuellen ökonomischen Begebenheiten angepasst, sondern auch die gesetzliche Abfolge der Straftatbestände klarer wird.<sup>3</sup> Die durchgeführte Reform wurde jedoch bereits unmittelbar nach deren Inkrafttreten mit kritischen Kommentierungen überzogen: *Fischer* hatte bereits ein Jahr danach die systematische Verortung in die §§ 306 ff. StGB als „grob missglückt“ beschrieben.<sup>4</sup> Die allgemeine Meinung der gescheiterten Reform hält sich hartnäckig, auch über die Jahrzehnte.<sup>5</sup> Insbesondere wird – damals wie heute – bemängelt, dass die neu hergestellte Systematik letztlich „in erheblichem Umfang neue Auslegungsschwierigkeiten und Widersprüchlichkeiten“<sup>6</sup> verursacht hat.<sup>7</sup>

Dass die vor fast 30 (!) Jahren reformierten Brandstiftungstatbestände auch aktuell noch die höchstgerichtliche Rechtsprechung mit immer neuen Auslegungsfragen beschäftigen, zeigt die hiesige Entscheidung. Diese reiht sich in zahlreiche Entscheidungen des BGH in den letzten Jahren ein,<sup>8</sup> die das durch die Brandstiftungsdelikte erfasste Unrecht konkretisieren und Klarheit hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale schaffen.

## II. Sachverhalt

Der Angeklagte setzte einen aus Holzpaletten bestehenden und mit Verpackungsmaterialien gefüllten Kasten in Brand, der in unmittelbarer Nähe zu dem Schaufenster eines Lebensmittelgeschäftes aufgestellt war. In der Nähe deponierte der Angeklagte zudem eine CO<sub>2</sub>-Patrone. Das Feuer breitete sich aus und führte aufgrund der enormen Hitzeentwicklung dazu, dass die CO<sub>2</sub>-Patrone explodierte und das angrenzende Schaufenster zerstört wurde. Hitze,

Rauch und Ruß drangen in das Gebäudeinnere und zerstörten Waren, Geräte und Mobiliar. Dem Angeklagten war bewusst, dass die Brandlegung des Holzkastens unter Verwendung der CO<sub>2</sub>-Patrone unter enormer Hitzeentwicklung platzen und eine nicht unerhebliche Detonation herbeiführen könnte. Hierbei war dem Angeklagten auch bewusst, dass das angrenzende Lebensmittelgeschäft dadurch jedenfalls teilweise zerstört werden könnte. Dies nahm er billigend in Kauf.

Das LG hat den Angeklagten wegen Brandstiftung und Sachbeschädigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt.

## III. Wesentliche Leitlinien der Entscheidung

1. Der 4. Senat kommt zum Ergebnis, dass der Angeklagte ein fremdes Gebäude i.S.d. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB teilweise zerstört hat. Hierbei ist das Gericht überzeugt, dass die teilweise Zerstörung eines Gebäudes oder eines anderen Schutzobjektes, die nicht auf ein Inbrandsetzen desselben beruht, auch § 306 Abs. 1 StGB verwirklichen kann.<sup>9</sup>

Entscheidende Frage ist hierbei, was für Anforderungen an die Tathandlung – die Brandlegung – zu stellen sind. Typischer Grundfall des § 306 Abs. 1 StGB wird das unmittelbare Inbrandsetzen eines der in Abs. 1 genannten Schutzobjekte (z.B. Gebäude) darstellen. Im vorliegenden Fall wurde jedoch relevant, ob § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB auch einschlägig ist, wenn ein anderes, nicht in § 306 Abs. 1 StGB genanntes Tatobjekt in Brand gesetzt wird und in der Folge ein Schutzobjekt zerstört wird. Der Fall betrifft die Frage, ob das Schutz- und Brandobjekt identisch sein müssen, um § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu verwirklichen.

2. Für seine Antwort zieht der BGH insbesondere den klaren Wortlaut heran, wonach „es lediglich erforderlich [ist], dass der an einem der Schutzobjekte des § 306 Abs. 1

\* Tim Stephan ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik von Prof. Dr. Anja Schiemann an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> BGBl. I. 1998, S. 164 ff.

<sup>2</sup> Zu einer umfassenden Analyse siehe insbes. Li, ZStW 2024, 451 ff.

<sup>3</sup> Zu den Hintergründen siehe statt aller Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. (2022), § 306 Rn. 3.

<sup>4</sup> Fischer, NStZ 1999, 13 (14); ähnlich Wolters, JR 1998, 271 (275): „Zwar hat die Neufassung der Tatbestände einige bisher umstrittene Auslegungsfragen geklärt, gleichzeitig aber viele neue aufgeworfen“.

<sup>5</sup> Siehe Kleczewski, in: GS Seebode, 2015, S. 117 (117, 134); Li, ZStW 2024, 451 ff.; ähnlich auch Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), Vorb. § 306 Rn. 1; Radtke, in: MüKo-StGB, § 306 Rn. 3.

<sup>6</sup> Radtke, in: MüKo-StGB, § 306 Rn. 3.

<sup>7</sup> Hierzu auch Wolters, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 306 Rn. 1.

<sup>8</sup> Siehe allein BGH, NStZ 2025, 359 ff.; BGH, NStZ 2023, 414 ff.; BGH, NStZ 2022, 168 ff.; BGH, NJW 2022, 254 ff.; BGH, NStZ 2021, 171 ff.

<sup>9</sup> Ebenso Fischer, StGB, 71. Aufl. (2024), § 306 Rn. 15; Wolters, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. (2023), § 306 Rn. 16; Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. (2021), § 306 Rn. 64.

StGB eingetretene Zerstörungserfolg auf eine Brandlegung zurückzuführen ist“. Eine Brandlegung sei jede auf die Verursachung eines Brandes gerichtete Handlung. Entscheidend sei hierbei allein, dass sich das mit dieser Handlung verbundene Risiko in dem Zerstörungserfolg verwirklichte. Eine einschränkende Auslegung, wie sie z.B. *Radtke*<sup>10</sup> vorschlägt, sei nicht erforderlich.

3. Für die gegenteilige Auffassung spreche zwar die Gesetzesbegründung des 6. StrRG, wonach die neu eingeführte Tatbestandsalternative des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB Fälle erfassen sollte, in denen ein Inbrandsetzen eines Schutzobjektes wegen heutzutage typischerweise genutzten feuerbeständigen Baumaterialien erfolglos bleibt, jedoch trotzdem erhebliche Gefahren für Individualrechtsgüter (z.B. Leben und Gesundheit, aber auch Eigentum) verursacht. Jedoch spiegele sich diese Ratio nicht im Wortlaut wider: „Vielmehr genüge ein (teilweises) Zerstören allein durch „eine“ Brandlegung.“

4. Akzessorisch zu dem hiesigen Rechtsproblem betont der *Senat* jedoch, dass ein besonderes Augenmerk auf die subjektive Tatseite zu legen ist. Hierzu müsse das Gericht auch sorgfältig prüfen, inwiefern der Täter „zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (bedingter Vorsatz), dass durch die Brandlegung das in Rede stehende Tatobjekt infolge der Brandwirkungen ganz oder teilweise zerstört wird“. <sup>11</sup> Diese Prüfung sei von dem *LG* nicht vorgenommen worden. <sup>12</sup> Dieser Rechtsfehler führt letztlich auch dazu, dass der *BGH* die Feststellungen zur subjektiven Tatseite im Fall II.1. der Urteilsgründe aufhebt und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das *LG* zurückverweist. <sup>13</sup>

#### IV. Bewertung

1. Der *BGH* äußert sich hier zu einer in der Rechtsliteratur selten anzutreffenden Fragestellung, die jedoch der noch erforderlichen Konkretisierung der Tatbestandsvariante des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB dienlich ist.

2. Der Entscheidung des *Senats* ist zuzustimmen. Insbesondere der Wortlaut des § 306 Abs. 1 StGB beinhaltet bei genauerer Betrachtung keine konkrete Eingrenzung, dass das zerstörte und das in Brand gesetzte Objekt identisch sein müssen. Der Wortlaut des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB („durch eine Brandlegung“) zeigt, dass die Brandlegung nicht notwendigerweise auch am zerstörten Tatobjekt eintreten muss; <sup>14</sup> nicht vom Tatbestand erfasst sind lediglich Sachverhaltskonstellationen, bei denen die Brandlegung nicht die Ursache für die ganze oder teilweise Zerstörung des Tatobjektes ist und damit der von dem Tatbestand offensichtlich geforderte Konnex („durch“) fehlt. Dass nur

„eine Brandlegung“ und nicht z.B. „die Brandlegung“ tatbestandsverwirklichend ist spricht ebenfalls dafür, dass die nach § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB pönalisierte Verhaltensweisen nicht auf das Inbrandsetzen eines Schutzobjektes – wie es bei § 306 Abs. 1 Alt. 1 StGB gefordert wird – gerichtet sind. <sup>15</sup> Vielmehr reicht für eine Brandlegung jedes einen Brand verursachende Verhalten aus, unabhängig des konkreten Brandobjektes. <sup>16</sup> Dass definitorisch für eine Brandlegung die Verursachung eines Brandes am Tatobjekt auch durch den Täter *intendiert* werden muss, wie es durch den 4. Strafsenat und teilweise in der Literatur vertreten wird, <sup>17</sup> ist entgegenzutreten. Angesichts der gesetzgeberischen Wertung des § 306d Abs. 1 StGB, wonach eine fahrlässige Verursachung der Bewertung eines brandverursachenden Verhaltens als Brandlegung nicht entgegensteht, kann es auf eine etwaige Vorstellung (oder Nichtvorstellung) der Folgen des täterschaftlichen Verhaltens nicht ankommen. <sup>18</sup>

3. Nichts anderes ergibt sich aus einem systematischen Vergleich zwischen § 306 Abs. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB. § 306 Abs. 1 Alt. 1 StGB ist ausschließlich auf Fälle begrenzt, in denen das (fremde) Schutzobjekt *selbst* in Brand gesetzt wird. Eine gleichgeartete Begrenzung hinsichtlich der Tatvariante des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB gerade nicht. § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist vielmehr als Auffangtatbestand ausgestaltet, der insbesondere die Sachverhaltskonstellationen erfassen soll, bei denen zwar ein Inbrandsetzen des Tatobjektes ausbleibt, jedoch trotzdem eine vergleichbare Gefährdungslage für gewichtige Rechtsgüter besteht. Im Falle einer Brandlegung an einem externen Objekt, das sich unmittelbar in der Nähe des Schutzobjektes befindet, können ebenfalls etwaige Rechtsgüter (z.B. Leben, Leib) gefährdet sein – eine Einschränkung auf Brandlegungen allein des Schutzobjektes würde die ergänzende Funktion des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB unterlaufen.

4. Nicht vollumfänglich nachvollziehbar ist, warum der 4. *Strafsenat* davon ausgeht, die Gesetzeshistorie spreche gegen seine Auffassung. § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB wurde mit dem 6. StrRG neu eingefügt und sollte Verhaltensweisen, die eine ähnliche Gefährlichkeit wie das unmittelbare Inbrandsetzen z.B. eines Gebäudes aufweisen, erfassen. Zwar wird durch die Begründung des eingefügten § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB erkennbar, dass der Gesetzgeber insbesondere die einem tatsächlichen Brand vergleichbaren Gefahrenquellen für Leben, Gesundheit sowie Eigentümer (z.B. Ruß, Rauch, Hitzeeinwirkung), die am Schutzobjekt bei einer reinen Brandlegung eintreten können, vordergründig im Auge hatte. Jedoch ist bereits hier anzumerken, dass sich die Überlegungen des Gesetzgebers auf eine Ausmerzung etwaiger Strafbarkeitslücken richtete; während der Gesetzgeber (wohl) zum damaligen

<sup>10</sup> *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 306 Rn. 54.

<sup>11</sup> *BGH*, Beschl. v. 7.5.2024 - 4 StR 85/24, Rn. 12.

<sup>12</sup> *BGH*, Beschl. v. 7.5.2024 - 4 StR 85/24, Rn. 11.

<sup>13</sup> *BGH*, Beschl. v. 7.5.2024 - 4 StR 85/24, Rn. 15.

<sup>14</sup> Siehe bereits *Bender*, Normzweck und Deliktstypus der einfachen und schweren Brandstiftung gem. §§ 306, 306a StGB n.F., 2014, S. 257 f.; in diese Richtung auch *Wolters*, in: SK-StGB, § 306 Rn. 16: „Zwischenerfolg eines Brands“.

<sup>15</sup> *BGH*, Beschl. v. 7.5.2024 - 4 StR 85/24, Rn. 9; so auch *Fischer*, StGB, § 306 Rn. 16; anders wohl *Wrage*, JR 2000, 360 (362 f.); in diese Richtung ebenfalls *Rengier*, Strafrecht BT II, 26. Aufl. (2025), § 40 Rn. 27.

<sup>16</sup> Vgl. *Bosch*, in: TK-StG, 31. Aufl. (2025), § 306 Rn. 15.

<sup>17</sup> Siehe *BGH*, Beschl. v. 7.5.2024 - 4 StR 85/24, Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 306 Rn. 4; *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 306 Rn. 54.

<sup>18</sup> So auch *Bender* (Fn. 14), S. 257.

Zeitpunkt die Möglichkeit einer Gefährdung des Schutzobjektes durch die Brandlegung eines externen Objektes nicht in Betracht zog, so kann davon ausgegangen werden, dass mit dem Auffangtatbestand des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB alle mit einer Feuergefährlichkeit verbundenen Tatkonstellationen erfasst werden sollten – so wie z.B. bei der angemerkten Entscheidung.

Hierfür spricht mMn auch ein tiefergehender Blick in die Gesetzesmaterialien: So ließ sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der neuen Tathandlung „durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört“ von einem vorherigen Entwurf aus dem Jahre 1962 inspirieren, wonach gemäß § 320 Abs. 2 StGB-E auch wegen Brandstiftung strafbar sein sollte, „wer *sonst eine Sache* in Brand setzt, so daß ein Feuer von erheblichem Ausmaß droht [...]“.<sup>19</sup> Historisch sollte § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB also *auch* Fälle erfassen, bei denen das Brand- und Schutzobjekt nicht identisch sind, jedoch durch das Feuer gleichsam eine erhebliche (Gemein-)Gefährlichkeit hervorgerufen wird. In der Ausgestaltung des § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB schwingt insoweit die gesetzgeberische Erkenntnis mit, dass auch externe Brandursachen für Objekte ein erhöhtes Zerstörungsrisiko begründen können. Zudem sprechen dahingehend auch die Gesetzesmaterialien für die oben vertretene Auffassung, dass § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB als Auffangtatbestand einen unbeschränkten sachlichen Anwendungsbereich aufweist.

5. Dieses Normverständnis entspricht auch der Schutzrichtung des § 306 Abs. 1 StGB. Seit jeher ist umstritten, inwiefern dieser Vorschrift ein dualistisches Schutzkonzept zugrunde liegt, das nicht nur die Beeinträchtigung bzw. Gefährdung des Eigentums an dem Schutzobjekt vorbeugen soll, sondern gleichzeitig auch das (kausale) Hervorrufen einer durch die Tathandlung hervorgerufenen allgemeinen Gefahr pönalisiert.<sup>20</sup> Während § 306 StGB offensichtlich einen Beitrag dazu leisten sollen, fremdes Eigentum zu schützen – und dahingehend auch die Brandstiftung als Sonderfall der Sachbeschädigung eingestuft werden kann<sup>21</sup> –, erscheint die „These von der zweifachen Schutzrichtung“<sup>22</sup> angesichts der amtlichen Überschrift („gemeingefährliche Straftaten“), der faktischen Unkontrollierbarkeit von Brandquellen und der wohl daraus resultierenden hohen Strafandrohung<sup>23</sup> zustimmungswürdig. Diese Schlussfolgerung lässt sich auch durch die Auswahl der Schutzobjekte stützen. Die genannten Schutzobjekte zeichnen sich dadurch aus, dass sie typischerweise von Menschen genutzt werden bzw. sich Menschen in deren Nähe aufhalten. Ein Inbrandsetzen oder eine durch eine Brandlegung verursachte Zerstörung dieser Schutzobjekte bringen also auch regelmäßig eine abstrakte Gefahr für andere individuelle Rechtsgüter mit sich (z.B. Leben, Gesundheit).<sup>24</sup> Diese Annahme wird durch die gesetzgeberische Begründung der Neuausrichtung der §§ 306 ff. durch das 6. StrRG deutlich: Danach

sei „der Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit durch eine Kasuistik von Tatobjekten zu konkretisieren“.<sup>25</sup> Dass § 306 StGB also nur dem Eigentumsschutz dient, erscheint unwahrscheinlich.

Für die konkrete Rechtsfrage der hiesigen Entscheidung ist der teleologische Streit um die Schutzrichtung der Deliktsguppe zwar nicht wegweisend, stützt jedoch die durch den *Senat* eingenommene Position. Insbesondere bei Betonung des gemeingefährlichen Moments der Brandlegung erweist es sich als irrelevant, ob die Brandlegung in bzw. an dem Schutzobjekt selbst gelegt wird oder an einem Objekt, dass so nah anliegt, dass in der Folge der Tathandlung wesentliche Bestandteile des Schutzobjektes erheblich zerstört werden. § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB beinhaltet keine Einschränkungen hinsichtlich der Art und Weise der Brandlegung – entscheidend ist letztlich allein, dass die mit der Brandlegung begonnene Kausalkette zur Zerstörung des Schutzobjektes geführt hat und dahingehend indiziert wird, dass auch eine hinreichend gewichtige Gefahr für die (restlichen) Rechtsgüter der Bewohner begründet wurde; diese Wertung – Verursachen einer erhöhten Gefährdungssituation durch *irgendeinen* Brand bzw. eine Explosion – ist für § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB entscheidend. Die Schutzgüter des § 306 StGB können auch dann tangiert werden, wenn die Brandlegung nicht am Schutzobjekt verursacht wird. Brände sind unkontrollierbar und können sich leicht auch auf in der Nähe liegende (Schutz-)Objekte ausbreiten, diese zerstören und auch eine erhebliche Gefahr für Leben und Gesundheit von Bewohnern begründen. Es erscheint insoweit nicht sachgerecht, trotz eines vergleichbaren Gefährdungspotenzials nur dann eine Tatbestandsverwirklichung anzunehmen, wenn an bzw. in einem Schutzobjekt ein Brand gelegt wird bzw. die Brandlegung versucht wird.

Ein gegenteiliges Ergebnis ist nur vertretbar, wenn die Anwendungsbegrenzung des § 306 Abs. 1 Alt. 1 StGB auf die in Abs. 1 genannten Objekte aus irgendeinem Grund auch für § 306 Abs. 1 Alt. 2 StGB gelten sollte – was jedoch – wie dargestellt – weder aus dem Wortlaut, der Systematik noch bei Betrachtung der Gesetzhintergründe der 2. Tatverhaltensalternative ersichtlich wird.

6. Auch der Umstand, dass eine prominente Strömung in der Literatur die Brandstiftungsdelikte angesichts der hohen Strafandrohung restriktiv auslegen will,<sup>26</sup> spricht nicht gegen die Rechtsauffassung des *BGH*. Wie bereits angesprochen, sprechen teleologische Argumente gerade nicht für eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals „durch Brandlegung“. Eine durchaus angezeigte restriktive Auslegung sollte vielmehr an der Aufzählung der in Betracht kommenden Schutzobjekte<sup>27</sup> oder dem Grad der Zerstörung des Schutzobjektes<sup>28</sup> ansetzen. Ins-

<sup>19</sup> BT-Drs. 13/7164, S. 26 f.

<sup>20</sup> Siehe umfassend *Valerius*, in: LK-StGB, § 306 Rn. 2 ff.; *Kleszczewski*, in: GS Seebode, 2015, S. 117 (118 ff.).

<sup>21</sup> So auch *Bosch*, in: TK-StGB, § 306 Rn. 1; *Fischer*, NSStZ 1999, 13 (13): „qualifizierte[r] Sachbeschädigungstatbestand“.

<sup>22</sup> Vgl. *Kreß*, JR 2001, 315 (317).

<sup>23</sup> Vgl. hierzu *Valerius*, in: LK-StGB, § 306 Rn. 6.

<sup>24</sup> Hierzu insbes. *Börner*, Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht, 2005, S. 6; auch *Kleszczewski*, in: GS Seebode, 2015, S. 117 (120 f.).

<sup>25</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 87.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu *Kreß*, JR 2001, 315 (317); *Valerius*, in: LK-StGB, § 306 Rn. 12 ff.

<sup>27</sup> *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, 9. Aufl. (2022), § 306 Rn. 3.

<sup>28</sup> *BGH*, NJW 2013, 1123 (1124).

besondere die genannten Schutzobjekte sind viel zu unbestimmt und weiten den Anwendungsbereich des § 306 StGB auch auf solche Konstellationen aus, in denen nur unbedeutende bzw. einen unerheblichen Wert verkörpernden Gegenstände in Brand gesetzt oder zerstört werden.<sup>29</sup> Eine einschränkende Auslegung erscheint in diesem Sachverhaltsbereich angebracht, um sicherzustellen, dass das begangene Unrecht auch dem vergleichsweise hohen Strafraum entspricht; dies fordert nicht zuletzt die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass „die einen Täter treffenden Folgen einer strafbaren Handlung zur Schwere der Rechtsgutsverletzung [...] in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen“.<sup>30</sup> Dem *Senat* ist also in seiner Bewertung zuzustimmen, dass „ein einengendes Verständnis der Handlungsalternative [...] nicht in Betracht [kommt]“.<sup>31</sup> 7. Subjektiv muss der Täter zumindest für möglich halten, dass die Brandlegungshandlung dazu führen kann, dass ein nicht unerheblicher Teil des Schutzobjektes (z.B. Gebäude) teilweise oder ganz zerstört wird. Soweit ein zumindest bedingter Vorsatz nicht festgestellt werden kann, kann allenfalls – bei hinreichender Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit des mit seinem Verhalten verbundenen Risikos des Taterfolges – eine fahrlässige Brandstiftung gem. § 306d Abs. 1 StGB einschlägig sein.<sup>32</sup> Inwiefern ein Täter eine solche Kausalkette tatsächlich zum Zeitpunkt des Tatverhaltens in Betracht zog, wird vor Gericht – insbesondere bei einem schweigenden Angeklagten wie im

vorliegenden Fall – nur schwerlich erbringbar sein. Dahingehend ist dem *BGH* zuzustimmen, wenn dieser betont, die subjektive Tatseite bedarf in solchen Fällen „sorgfältiger Prüfung“.

## V. Kriminalpolitische Notiz

Dass die Rechtsprechung auch heute noch die handwerklichen Ungenauigkeiten des damaligen Gesetzgebers beheben muss, könnte dafür sprechen, dass eine Erneuerung der §§ 306 ff. StGB dringlich ist. Angesichts der zahlreichen Großprojekte der aktuellen Kriminalpolitik, die sich eher mit neuerlichen Strafrechtsphänomenen beschäftigen,<sup>32</sup> ist jedoch zu befürchten, dass das politische Klima für eine gezielte Reform einzelner Tatbestandsgruppen nicht besteht.<sup>33</sup> Dabei wird eine umfassende und systematisch stringente Reform teilweise in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur als einzige Lösung gesehen.<sup>34</sup> *Li* kommt nach einer umfangreichen Auswertung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu den Brandstiftungsdelikten zu dem klaren Urteil: „Ein in sich und aus sich heraus übersichtliches, stimmiges und einzelfallgerechtes Brandstrafrecht ließe sich [...] *nur durch eine erneute Gesetzesreform realisieren*“.<sup>35</sup> In der Zwischenzeit muss sich die Rechtsprechung weiter mit den zahlreichen Einzelproblemen der Brandstiftungsdelikte rumschlagen.

<sup>29</sup> Siehe *Bosch*, in: TK-StGB, § 306 Rn. 3.

<sup>30</sup> *BVerfG*, NJW 2009, 1061 (1063).

<sup>31</sup> Vgl. *Valerius*, in: LK-StGB, § 306 Rn. 69.

<sup>32</sup> Im aktuellen Koalitionsvertrag ist insbesondere eine Reform des Cyberstrafrechts und die strafrechtliche Ahndung von Deepfakes vorgesehen, siehe CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, S. 90, online abrufbar unter: [https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/fles/koav\\_2025.pdf](https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/fles/koav_2025.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.7.2025).

<sup>33</sup> Dabei ist im Koalitionsvertrag auch davon die Rede, das StGB weiterzuentwickeln. Was genau damit gemeint ist, bleibt jedoch offen. Siehe CDU/CSU/SPD (Fn. 6), S. 90.

<sup>34</sup> Vgl. *Bender* (Fn. 14), S. 384; *Li*, ZStW 2024, 451 (500 ff.).

<sup>35</sup> *Li*, ZStW 2024, 451 (502) (Hervorhebung durch Verf.).

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Nils Winkler: Wider das „Damoklesschwert“. Reformüberlegungen für das sexualstrafrechtliche Ermittlungsverfahren in „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Nomos Verlag, ISBN: 978-3-7560-1637-2, S. 318, Euro 104,00.

Aussage gegen Aussage-Konstellationen in Sexualstraftaten stellen die Praxis vor große Herausforderungen. Das ist kein Geheimnis und führte auch schon zu diversen literarischen Verarbeitungen wie beispielsweise in dem Drama von *Ferdinand von Schirach* „Er sagt. Sie sagt“ oder im Theaterstück „Prima Facie“ von *Suzie Miller*. Die Dissertation von *Winkler* – die für die Veröffentlichung auf den Stand von Juni 2024 gebracht worden ist – nimmt sich dieses „Damoklesschwerds“ an, um die gegenwärtigen Probleme in Reformüberlegungen zu überführen.

Dazu werden zunächst die Grundzüge des sexualrechtlichen Ermittlungsverfahrens erarbeitet, die aus materiellrechtlichen, kriminologischen und strafprozessualen Betrachtungen bestehen. Bei dem Blick auf das materielle Sexualstrafrecht wird zunächst die Gesetzgebungsgeschichte zusammengefasst und danach kurz auf die 2015 einberufene Arbeit der Kommission für die Reform des Sexualstrafrechts eingegangen. Diese gab in ihrem Abschlussbericht vom 19.7.2017 eine Reihe von Empfehlungen. Der Kriminalpolitische Kreis formulierte dann Empfehlungen über die der Kommission hinaus (KriPoZ 2021, 322). Aufgrund der Vielzahl der Empfehlungen hielt die Bundesregierung der 19. Wahlperiode ein neues Reformvorhaben nicht für kurzfristig umsetzbar (BT-Drs. 19/19875).

Die Entstehungsgeschichte ist für den Verfasser der Grund dafür, dass der Begriff der sexuellen Selbstbestimmung von entscheidender Bedeutung ist. Denn mit der Aufnahme dieses Begriffs ins Gesetz im Jahr 1973 habe die Abkehr von dem bis dahin geltenden Sittenstrafrecht begonnen. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht sei grundsätzlich weit zu interpretieren und verfassungsrechtlich verbürgt. Es werden unterschiedliche Begriffsbestimmungen von Autoren wie *Renzikowski* und *Hörnle* vorgestellt, allerdings keine eigene Definition versucht. Auch bleibt unklar, welchen der Begriffsbestimmungen sich der Verfasser anschließt.

Im nächsten Schritt wird auf die Belastungen des Opfers aber auch Beschuldigten durch das sexualstrafrechtliche Ermittlungsverfahren eingegangen. Daher sei es bei zahlreichen Ermittlungsverfahren im Interesse beider Beteiligten, das Verfahren nach Möglichkeit nicht öffentlich bekannt werden zu lassen. Würde das Verfahren öffentlich bekannt, so hätten die Beschuldigten eine noch stärkere soziale Vernichtung zu fürchten, während die Opfer ihre

Ruhe, Privatsphäre und Intimität zu verlieren drohten.

In strafprozessualer Hinsicht sei bedeutend, dass Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Vergleich zu anderen Delikten vor allem dadurch gekennzeichnet seien, dass abgesehen von der Aussage der geschädigten Person keine zusätzlichen Beweismittel zum Kerngeschehen vorliegen würden. Die Aussage des Belastungszeugen erlange daher für die abschließende Entscheidung besonderes Gewicht. In der besonderen Beweiskonstellation der „Aussage gegen Aussage“ könne die einzige Aussage des Belastungszeugen ausreichen, um eine Verurteilung herbeizuführen. Allerdings müsse das Gericht in diesen Konstellationen erhöhten Anforderungen gerecht werden. Es bedürfe einer lückenlosen Gesamtwürdigung aller Indizien. Die Beweiserhebung habe ggf. über den möglicherweise bereits erreichten Punkt der erreichten richterlichen Überzeugung hinauszugehen. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage sei aber ungeeignet. Interessant wäre es an dieser Stelle gewesen, was für Beweiserhebungen der Verfasser an dieser Stelle für wünschenswert hält.

Bevor sich den Reformüberlegungen zugewandt wird, werden die Probleme noch einmal zusammenfassend dargestellt und ein Maßstab gebildet. Es bedürfe insoweit strafprozessualer Regelungen, die sowohl die Begründung des Anfangsverdachts als auch den kommunikativen Umgang mit dem sexualstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren auf eine rationalere, nachvollziehbarere Ebene heben.

*Winkler* diskutiert im Rahmen seiner Reformüberlegungen kommunikative Aspekte, um das gegenwärtige sexualstrafrechtliche Ermittlungsverfahren zu optimieren. Sowohl die Begründung des Anfangsverdachts gem. § 152 Abs. 2 StPO als auch der Umgang der unmittelbar am Verfahren Beteiligten mit dem Tatverdacht wiesen im Hinblick auf die Kommunikation ein erhebliches Potential auf, um die strafprozessuale Stellung des Beschuldigten zu verbessern. Zum einen trage zum besseren Schutz des Beschuldigten eine strafprozessuale Verschwiegenheitspflicht bei. Soweit bereits entsprechende Regelungen bestehen, drohten diese ihren Zweck zu verfehlen, wenn nicht auch der den Beschuldigten belastende Zeuge im Rahmen eines sexualstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens in gewissem Umfang zur Verschwiegenheit verpflichtet werde. Im Ergebnis gäbe es zahlreiche Möglichkeiten zur rechtlichen Durchsetzung der strafprozessualen Verschwiegenheitspflicht, die in einem abgestuften Verhältnis zueinander stünden und auf den Einzelfall abge-

stimmte Ergebnisse ermöglichten. In systematischer Hinsicht dränge sich eine Einfügung einer entsprechenden Norm innerhalb des zweiten Abschnitts der StPO auf. Das Anliegen der Verschwiegenheitspflicht sei es, lediglich aus dem Vorverfahren insbesondere für den Tatverdächtigen noch keine schwerwiegenden nachteiligen Folgen erwachsen zu lassen, soweit diese nicht auf Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden beruhen. Eine entsprechende Regelung müsse zunächst den Anwendungsbereich bestimmen und den Begriff der Verschwiegenheit definieren. Zudem bedürfe es einer Hinweispflicht. Die Adressaten der Regelung müssten darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie – bis auf die Ausnahmen – keine Äußerungen über den Ermittlungsgegenstand tätigen dürfen, die zu einer Identifizierung der unmittelbar an dem Verfahren Beteiligten führen. An einen entsprechenden Verstoß könnten diverse Rechtsfolgen geknüpft werden.

Darüber hinaus komme der Begründung eines Anfangsverdachts im Rahmen eines sexualstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens entscheidende Bedeutung zu. Daher fordert der Verfasser eine stärkere interne Kommunikation zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft. Auch die Kommunikation gegenüber dem Tatverdächtigen bedürfe einer Verbesserung. Zur Stärkung der Kommunikation zur Begründung eines Anfangsverdachts schlägt der Verfasser die Bildung eines sog. Strafverfolgungsgremiums vor. Ein solches Gremium sollte aber auf die Fälle beschränkt sein, in denen der Beschuldigtenschutz von besonderer Bedeutung ist, d.h. wo Aussage gegen Aussage Konstellationen im Raum stehen (zur Formulierung de

lege ferenda s. S. 283). Liegen die Voraussetzungen für die Bildung eines solchen Gremiums vor, so bedürfe es einer schriftlich begründeten Einleitungsverfügung. Diese Einleitungsverfügung solle die tragenden Gründe für die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens erkennen lassen und entsprechend § 160 Abs. 2 StPO auch diejenigen Erwägungen zum Ausdruck bringen, die gegen die Begründung eines Anfangsverdachts gegen den Beschuldigten sprechen. Auf diese Weise werde eine rationale Entscheidungsgrundlage geschaffen.

Der Verfasser erkennt durchaus, dass die von ihm entwickelten Reformideen – sollten sie Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens werden – eine polarisierende rechtspolitische Diskussion innerhalb der Gesellschaft in Gang setzen würden. Allerdings sei diese Diskussion überfällig. Ich glaube jedoch nicht, dass es zu einer solchen Reform kommen wird. Auch wenn das Dilemma um Aussage gegen Aussage Konstellationen bekannt ist, so können doch die Aussagerechte der Zeugen, die ja angeben, Opfer zu sein, nicht dermaßen beschnitten und mit einem Maulkorb versehen werden. Angesetzt werden könnte aber durchaus bei der Idee einer verschärften Begründungspflicht hinsichtlich des Anfangsverdachts i.S. des § 152 Abs. 2 StPO. Dadurch könnten die Ermittlungsbehörden noch intensiver nach Beweisen oder flankierenden Indizien forschen, die in die eine oder andere Richtung der widerstreitenden Aussagen führen. Insofern lohnt die Lektüre dieser Dissertation allemal, um nach Auswegen aus dem Dilemma der Aussage gegen Aussage Konstellationen in sexualstrafrechtlichen Verfahren zu suchen.

## Wolfgang Wohlers/Kurt Seelmann (Hrsg.): Schuldgrundsatz. Entstehung – Entwicklungsgeschichte – aktuelle Herausforderungen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2024, Mohr Siebeck, ISBN: 978-3-16-162136-9, S. 300, Euro 104,00

Schon im Vorwort weisen die Herausgeber zutreffend darauf hin, dass die Debatte um die Schuld beständig Renaissance erlebt. Inwieweit diese Debatten Neues bereithalten, ist immer die Frage. Neben dem Wiederauftauchen des klassischen Willensfreiheitsproblems als Folge der Neuentwicklungen der Hirnforschung, wird schon seit langem darum gerungen, ob es ein „Unternehmensstrafrecht“ im Sinne eines Schuldstrafrechts auch in Deutschland geben sollte oder – in der neusten Entwicklung – ob sich künstliche Intelligenz in Zukunft schuldig machen kann. Spannende Fragen also, denen im Rahmen eines vom 20.-22.6.2022 in der Schweiz stattfindenden Workshops nachgegangen wurde und die auch zu grundsätzlicheren Referaten Anlass gegeben haben, die in dem vorliegenden Band vereint wurden.

Die Herausgeber *Wohlers* und *Seelmann* machen daher den Auftakt dieses Buches im Rahmen eines Grundlagenbeitrags, der den Schuldgrundsatz in seiner verfassungsrechtlichen Verankerung, aber auch in seiner Umsetzung im einfachen Gesetzesrecht der Rechtsordnungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz vorstellt und anschließend den Diskurs um den materiellen Gehalt des Schuldgrundsatzes nachzeichnet. Das Kernstück des Beitrags bildet dann das Kapitel um die aktuellen Herausforderungen für das tradierte Schuldstrafrecht, in dem die im Vorwort angerissenen Diskussionen vertieft werden. Daneben wird auch der von *Hörnle* propagierte Verzicht auf die Verwendung des Begriffs der Schuld thematisiert, allerdings meines Erachtens zu Recht darauf hingewiesen, dass die Problematiken, die momentan im Rahmen der Schuld erörtert werden, in der Sache unverändert bestehen bleiben.

*Stübinger* gibt im Anschluss einen Überblick über die Entstehung des modernen Schuldgedankens und macht Lust darauf, noch einmal seine fabelhafte Dissertationsschrift über „Schuld, Strafrecht und Geschichte“ zur Hand zu nehmen. Im Fazit seines Beitrags resümiert der Autor, dass bereits in den Ansätzen im 13. Jahrhundert einige Begründungslinien aufscheinen, die sich im Grunde bis heute wiederfinden. Einfluss habe das intuitiv durchaus naheliegende Freiheitsverständnis „libertas indifferentiae“ gehabt, das den Hintergrund jenes Schuldbegriffes bilde, den auch der *BGH* seit Mitte des 20. Jahrhunderts vertritt.

Auch *Maihold* blickt in seinem Aufsatz „Erlösen und Strafen: Die Spanische Spätscholastik als Wiege des modernen juristischen Schuldgedankens“ zurück auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung. Da der ethische Tadel der

Strafe aus der Zeit der spanischen Inquisition stamme, äußert der Verfasser Zweifel, ob er in einem aufgeklärten, modernen Strafrecht noch zeitgemäß ist oder nicht viel eher auf diesen ethischen Tadel in einem modernen Strafrecht verzichtet werden sollte. Dies wird, jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt mit dem Hinweis abgelehnt, dass dies Opfer und Täter nicht gerecht werde. Als staatliche Reaktion zur Normbestätigung müsse man an einer Strafe festhalten, die einen Tadel ausspricht und dadurch den Täter als eine zu vernünftigen Handeln fähige moralische Person anspricht.

Schon fast märchenhaft beginnt der Beitrag von *Montenegro/Renzikowski* mit „es war einmal“ in Beantwortung der Frage, ob es tatsächlich eine Wende weg vom psychologischen hin zum normativen Schuld begriff gegeben habe. Zunächst wird die Epoche des psychologischen Schuld begriffs nachgezeichnet und sodann auf „die angebliche Wende“ eingegangen. Da es keinen herrschenden psychologischen Schuld begriff gegeben habe, könne es natürlich auch keine Wende hin zu einem normativen Schuld begriff gegeben haben. Letztlich sei es nur um systematische Verschiebungen innerhalb der Verbrechenslehre gegangen, also nicht um eine Wende, sondern lediglich um eine konsequentere Anwendung der bereits von *Frank* verbreiteten These, Schuld sei eine Form von Missbilligung oder Vorwurf.

*Greco* stellt in seinem Aufsatz „Vorüberlegungen zu einer Geschichte des Schuld begriffs“ an, differenziert zunächst zwischen Begriff und Wort und zeichnet die Entwicklung von Wort- und Begriffsgeschichte nach. Danach nimmt auch er den psychologischen und normativen Schuld begriff in den Blick und ergänzt diesen um einen funktionalen Schuld begriff. Der Autor möchte den im 19. Jahrhundert gekappten Bezug von der Schuld zur Strafe wiederherstellen. Seiner Meinung nach müsse Schuld mehr sein als zurechenbare Normverletzung. Schuld sei der Grund, weshalb der Täter sich nicht über seine Strafe beklagen dürfe. Daher sei nicht die Tat, sondern die Strafe als archimedischer Punkt des Schuld begriffs wiederzuentdecken.

Entwicklung, Diskussionsstand und Problematik des normativen Schuld begriffs beleuchtet *Frisch*. Auch er widmet sich im Rückblick dem psychologischen und normativen Schuld begriff, bevor er der Kritik und den Konkurrenten des traditionellen normativen Schuld begriffs nachspürt. Auch diese neueren Begriffsbildungen der Schuld seien überwiegend und streng genommen normative Schuld begriffe, die auf Wertungen bezogen seien. Der Verfasser sieht dies hinsichtlich einer Gruppe kritisch, da Begriffe zur Grundlage des Schuldurteils gemacht werden, die alles andere als klar seien. In Wahrheit führten all

diese Versuche nicht zu akzeptablen Problemlösungen, sondern nur zur Problemvernebelung. Differenzierter zu beurteilen sei dagegen die zweite Gruppe, die sich für eine Einbeziehung präventionsbezogener Erwägungen ausspreche. Gleichwohl sei davor zu warnen, die Präventionsbedürfnisse in die Schuld einzubeziehen und Schuld als eine Funktion generalpräventiver Bedürfnisse zu verstehen.

Der Beitrag von *Stuckenberg* beschäftigt sich mit den funktionalen Schuldbegriffen und stellt die neukantianischen Anfänge, die Auffassung *Felix Kaufmanns* sowie *Jakobs'* funktionalen Schuldbegriff vor. Anschließend werden die kritischen Einwände betrachtet, bevor sich eine Würdigung des Verfassers anschließt. Funktionale Ansätze, so *Stuckenberg*, stellten den Schuldbegriff in größere Theoriezusammenhänge und erzwingen dadurch Reflexion. Dadurch seien sie auch erklärungs mächtiger als bspw. ontologisierende Ansätze.

*Neumann* geht der Zeit- und Normstruktur des strafrechtlichen Schuldprinzips nach. Sehr ausführlich werden beide Komponenten vorgestellt, bevor „Konsequenzen“ hieraus gezogen werden. Für den Problembereich der *actio libera in causa* folge daraus, dass das zugunsten des Tatbestandsmodells ins Feld geführte Argument, das Ausnahmmodell verstoße gegen das Koinzidenzprinzip, nicht trägt. Es gäbe kein Prinzip der Gleichzeitigkeit von Tat und Schuld und könne es auch mangels einer zeitlichen Existenz von Schuld nicht geben. Dies könne nur im Hinblick auf Elemente des Schuldsachverhalts gelten. Ob und inwieweit diese schuldrelevanten Faktoren zeitgleich mit der Tat gegeben sein müssen, sei eine Frage der inhaltlichen Ausgestaltung des Schuldprinzips in der jeweiligen Rechtsordnung. Sie werde von Strukturprinzipien wie dem Koinzidenzprinzip nicht präjudiziert, sondern durch den entsprechenden Schuldtatbestand festgelegt. Der Sache nach gäbe es für Zurechnungsregeln wie denen der *actio libera in causa* gute Gründe, vor allem Gerechtigkeitserwägungen, aber auch kriminalpolitische Gesichtspunkte.

Verstehe man das Schuldprinzip auch im rechtstheoretischen Sinne als Prinzip, dann ergäben sich hinsichtlich der strafrechtlichen Wertung von im Rausch begangenen Straftaten Differenzierungen. Zwischen Regelungen, nach denen ein selbstverschuldeter Rausch die Schuldfähigkeit generell nicht ausschließt und einer Beschränkung der Strafbarkeit auf Fälle einer vorsätzlichen *actio libera in causa* liege ein breites Spektrum möglicher Zurechnungsmodelle.

Die Frage, ob Schuld eine miasmatische Eigenschaft oder Resultat erfolgreicher Zurechnung sei, wirft *Aichele* in seinem Beitrag auf. Nach einem einleitenden rechtsphilosophischen Abriss, wird Kritik an der herrschenden Lehre zur „Definition“ von Schuld gegeben. Sodann wird ein „griechisches Intermezzo“ angeschlossen, bevor sich der Aufklärung gewidmet wird. Der Verfasser resümiert, dass Schuld aus einem vollendeten Zurechnungsurteil resultiere. Wenn sie dies nicht tue, dann gäbe es sie auch nicht. Eine solche Sichtweise harmoniere mit dem Prinzip, dass

jedermann so lange als unschuldig zu gelten habe, bis ein ordentliches Gericht seine Schuld rechtskräftig feststellt. Aufgrund der Formalität des Zurechnungsverfahrens wäre dann auch eine Zurechnung zur Schuld an juristischen Personen möglich.

*Weigend* geht in seinem Beitrag der Frage nach, ob Schuldausgleich und Prävention Strafe begründen können. Die Diskussion, ob Kriminalstrafe sich an der Schuld des Täters oder an kriminalpräventiven Bedürfnissen orientieren sollte, ziehe sich durch die Geschichte der staatlichen Strafe. Letztlich weise jeder der grundlegenden Ansätze für eine Begründung der Strafe eine gravierende Schwachstelle auf. Denn ein retributives, auf Schuldausgleich abzielendes Strafrecht gäbe mit der Wiederherstellung der Gerechtigkeit einen letztlich nur metaphysisch begründbaren Zweck für die Zuefügung eines realen Übels an. Präventive Zielsetzungen dagegen könnten die mit der Bestrafung verbundenen Freiheitseingriffe zwar durch soziale und individuelle Zwecke legitimieren, aber sie ließen ein wesentliches Spezifikum der Strafe außer Acht, die ja eine rückwärts gewandte Reaktion auf eine vergangene Tat darstelle.

Daher stellt *Weigend* zunächst die Legitimation staatlichen Strafens anhand der beiden Extrempositionen eines rein retributiven und eines allein spezialpräventiv ausgerichteten Strafrechts vor, um sich sodann Kombinationslösungen zuzuwenden. Er selbst spricht sich dann für eine gemischt-funktionale Lösung aus und stellt zusammenfassend fest, dass das Strafrecht als solches den Zweck hat, Straftaten sowie die aus ihnen folgende soziale Erosion zu verhüten. Das Mittel hierzu sei die retributive Strafe, deren Höhe der Schwere der Tatschuld entspreche und die so den Wunsch nach retributiver Gerechtigkeit befriedige.

Mit den freiheitsentziehenden Maßnahmen als „blinder Fleck“ des zweiseitigen Sanktionenrechts beschäftigt sich der Aufsatz von *Coninx*. Ein blinder Fleck deswegen, weil die Frage nach der Legitimation freiheitsentziehender Maßnahmen deutlich weniger erforscht und beantwortet sei. Die Verfasserin skizziert zunächst die Grundprobleme der freiheitsentziehenden Maßnahmen sehr ausführlich. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass ein präventiv begründeter Freiheitsentzug im Rahmen einer Maßregel überhaupt nur dann akzeptiert werden dürfe, wenn schwerste Delikte drohen. Dies setze voraus, dass es sich bei dem Anlassdelikt ebenfalls um eine sehr schwere Strafe gehandelt hat. Aber auch dann dränge sich die Frage auf, ob die schuldüberschießende strafrechtliche Maßnahme überhaupt erforderlich sei. Denn in der Debatte werde oftmals vergessen, dass die primäre Reaktion auf Kriminalität eine schuldangemessene vergeltende Bestrafung sein müsse. Die vergeltende Freiheitsstrafe bei schweren Straftaten erfülle damit bereits eine wesentliche Sicherungsfunktion, weshalb die Maßnahme obsolet werde. Unklar bleibt an dieser Stelle, warum eine Freiheitsstrafe ohne Schuld verhängt werden kann. Denn das Maßregelrecht kommt bei Schuldunfähigkeit ja auch ganz ohne die Schuld aus und eine vergeltende Freiheitsstrafe kommt überhaupt nicht in Betracht. Die Verfasserin ist nun aber der Meinung, dass therapeutische Bemühungen

auch unter der Schuldstrafe geleistet werden können, d.h. Straftäter könnten auch psychologisch und psychiatrisch betreut werden. Dies ist sicher richtig. Die Frage ist aber, ob der Strafvollzug so einfach auf einen Therapievollzug umstrukturiert werden kann. Die Forderung von *Coninx*, ganz auf die „Strafspur“ umzuwechseln, ist nicht neu. Er ist aber, jenseits unseres Schuldprinzips, auch mit vielen praktischen Unwägbarkeiten behaftet. Die Verfasserin zeigt in ihrem Beitrag diverse Vorteile der Vergeltungsstrafe im Gegensatz zur Zweckstrafe auf und plädiert – in soweit ist ihr wieder zuzustimmen – dafür, sich dem Maßnahmenrecht verstärkt zuzuwenden.

*Lehmkuhl* widmet sich in ihrem Beitrag der Schuld im Unternehmensstrafrecht. Nach grundsätzlichen Ausführungen wird sich der Konstruktion der Unternehmensschuld im Schweizer Strafrecht gewidmet und Art. 102 Abs. 2 chStGB sowie dessen Auslegung durch die Bundesgerichte in den Blick genommen. Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass die Etikettierung von Unternehmensstrafen als „Maßnahmen“ keine Lösung sei, sondern zum einen verschleierte, dass es dennoch der Formulierung konkreter Verantwortlichkeitskriterien bedürfe. Zum anderen stellte sie den strafrechtsdogmatisch absolut untauglichen Versuch dar, ahndende, mit einem klaren Unwerturteil verbundene und spezial- sowie generalpräventiv ausgerichtete Sanktionen als Maßnahmen oder Sanktionen sui generis zu tarnen. Hier werde nicht das Schuldprinzip gerettet, sondern strafrechtliche Grundprinzipien würden der Wirtschaftspolitik geopfert.

Personalität und Schuld von KI-Systemen beleuchtet *Gless* und stellt zunächst die Frage „What if?“, stellt sich also einem Gedankenexperiment, ob Roboter resp. KI-Systeme strafrechtlich verfolgt werden können, wenn automatisiertes Verhalten einen strafrechtlich relevanten Schaden auslöst. Dazu skizziert die Autorin zunächst die aktuellen Robotertechnologien und setzt diese insbesondere in Bezug zur KI-Verordnung (die zur Zeit der Beitragserstellung erst als Entwurf vorlag und mittlerweile in Kraft getreten ist). Im Anschluss daran wird festgestellt, dass Minimalvoraussetzung für eine Strafbarkeit von KI-Systemen die Zuschreibung einer Rechtspersönlichkeit sei. Allerdings würde die Strafrechtswissenschaft bei der Begründung einer „Roboterschuld“ mit einem traditionellen Schuldbegriff scheitern. Lediglich ein pragmatisch-funktionaler Schuldbegriff verspräche einen Ansatzpunkt für das Gedankenexperiment.

Immer stelle sich die Frage, was das Wesen einer Roboterschuld ist und worin das funktionsanaloge Pendant zur Schuld im Menschenstrafrecht liegen könnte. In Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Schuldbegriffen wird schließlich festgestellt, dass die strafrechtliche Zurechnung an die hinter einem Roboter stehende Person nur dann greife, wenn diese Person weiterhin Kontrolle über das Verhalten des Roboters habe. Nabelten sich die KI-Systeme von menschlicher Kontrolle ab, so ginge der Vorwurf an den Menschen hinter der Maschine ins Leere. Ohne Kontrolle bleibe lediglich der Vorwurf, ein unkontrollierbares Risiko geschaffen zu haben. Aber auch, wenn man eine mögliche Roboterschuld akzeptiere, so bleibe

die fehlende Strafempfindlichkeit von KI-Systemen als ungelöstes Problem.

Die Strafrechtswissenschaft müsse sich perspektivisch also darüber erklären, ob eine Neuausrichtung des Personalitäts- und Schuldbegriffs möglich wäre oder ob hergebrachte Konzepte weiter geeignet seien, eine sinnvolle Strafjustiz zu bewerkstelligen. Werde die Frage nach der Machbarkeit eines Roboterstrafrechts an eine Rechtsordnung herangetragen, so dürfte es laut Verfasserin von Vorteil sein, wenn durch eine Praxis des Unternehmensstrafrechts bereits Erfahrungen für eine Strafverfolgung von nicht-menschlichen Entitäten gesammelt wurden. Allerdings sei ein unmodifizierter Rückgriff auf das Unternehmensstrafrecht nicht möglich. Es bedürfe zunächst noch eines Manuals zur Zuordnung von Rechtspersönlichkeiten an KI-Systemen. Danach müsse ein Funktionsäquivalent zur menschlichen Schuld herausgearbeitet werden, das einerseits eine Strafverfolgung rational begründen und andererseits begrenzen könne. Anschließend dürfe sich von der Unternehmensstrafbarkeit vieles ableiten lassen.

*Wohlers* wirft in seinem Beitrag die Frage auf, ob die „ePerson“ ein tauglicher Adressat strafrechtlicher Sanktionen sein könne. Schon seit längerem stehe die Frage nach Anerkennung neuer Adressaten für strafrechtliche Sanktionen im Hinblick auf Unternehmen und andere Verbände im Raum. Ein weiterer Bereich, bei dem sich das Auftreten potenzieller neuer Adressaten strafrechtlicher Sanktionen abzuzeichnen begönne, sei der Bereich, den man schlagwortartig mit dem Begriff der Künstlichen Intelligenz umschreibe. Aktuell seien Formen der KI noch weit davon entfernt, sie als eigenverantwortlich agierende autonome Akteure einstufen zu können. Allerdings stelle sich diese Frage, wenn smarte Produkte im Verlaufe der fortschreitenden Entwicklung immer smarter und noch smarter würden. Der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen man Roboter und andere Formen künstlicher Intelligenz als taugliche Adressaten von Sanktionen einstufen kann, geht der Autor in mehreren Schritten nach.

Verantwortlich könnte KI nur dann sein, wenn sie mehr ist als eine Maschine mit einer raffinierten Programmierung, sondern als ein Akteur wahrgenommen wird, der ein Mitglied der Gesellschaft ist und auf dessen Verhalten mit guten Gründen mit reaktiven Attitüden reagiert werden müsse. Ein guter Grund könne sein, dass Roboter und andere KI-Formen die Anforderungen erfüllen, die wir an einen Akteur knüpfen, der sich schuldhaft verhalten kann. Ein solcher Grund ist laut Auffassung des Verfassers eher unwahrscheinlich. Daneben könnten die Anforderungen, die an schuldhaftes Verhalten geknüpft werden, Veränderungen erfahren bzw. das Konzept der als Adressat strafrechtlicher Sanktionen in Betracht kommender Personen könnte so modifiziert werden, dass auch Roboter und andere Formen von KI die entsprechenden Anforderungen erfüllen. Allerdings ändere auch ein funktionales Schuldverständnis nichts daran, dass die Einführung einer Strafbarkeit von Robotern und anderen KI-Formen nichts sei, was derzeit oder auf absehbare Zeit zu erwarten oder mit guten Gründen zu fordern sei.

Der sachgerechtere Weg zum Umgang mit den Risiken der Nutzung von KI dürfte eher dort liegen, wo es darum geht, die Voraussetzungen der Zurechnung zu den natürlichen Personen zu überprüfen und ggf. zu modifizieren, die hinter dem Einsatz künstlicher Intelligenz stehe.

Im letzten Beitrag des Sammelbandes stellt *Hörnle* Überlegungen zu einer Re-Strukturierung der Verbrechenslehre an, indem sie den Verzicht auf den Schuldvorwurf und die Schuldsemantik sowie die Fokussierung auf den Unrechtsvorwurf fordert. Was das bedeutet, stellt die Verfasserin schon eingangs dar: „Der Tadel, der in einer strafrechtlichen Verurteilung zwangsläufig enthalten ist, sollte sich auf den Vorwurf beschränken, eine unrechtmäßige Handlung (oder Unterlassung) begangen zu haben, und *nicht* auf die innere Entscheidung für unrechtmäßiges Verhalten abstellen“. Unrecht sei also in seiner sozialen, äußeren Bedeutung als Beeinträchtigung anderer Bürger oder des Kollektivs aller Bürger zu bewerten. Aber ist das genug? *Hörnle* nennt den Schuldvorwurf „unfair“, da sich zum exakt selben Zeitpunkt und unter identischen Rahmenbedingungen niemand anders entscheiden könne. Des Weiteren zeigten sich durch die Bewertung, eine falsche Entscheidung getroffen zu haben, ältere Wurzeln, die für moderne Rechtsordnungen nicht mehr so gut passen.

Laut *Hörnle* ist es durchaus miteinander vereinbar, auf den Vorwurf des Anders-Entscheiden-Könnens, Schuld in der Verbrechenslehre und generell die Schuldsemantik zu verzichten und trotzdem an der Praxis des Tadels für unrechtmäßiges Verhalten festzuhalten. Dafür zeigt sie auf, wie tief die Kategorie „Schuld“ als Ergänzung der Kategorie „Unrecht“ in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft verankert ist. Unter Aufzeigen der Rechtsprechung des *BVerfG* wird deutlich gemacht, dass das dort zugrunde gelegte Verständnis von Schuld viel weiter ist als die Kategorie in der Verbrechenslehre. Darüber hinaus zwingt diese Rechtsprechung nicht dazu, im Strafrecht die Schuldsemantik beizubehalten. Im Anschluss daran werden die Gründe benannt, warum die Fixierung auf die Schuldidee problematisch ist. Hier geht die Verfasserin nochmals auf den schon eingangs betonten Aspekt ein, dass der Vorwurf des anders Handeln Könnens unfair sei. Darüber hinaus wird auf die religiösen Wurzeln von Schuldsemantik und Schuldvorwürfen eingegangen. Dies mündet dann in ihren „Gegenentwurf“, der allein auf das unrechtmäßige Verhalten und den Unrechtsvorwurf abstellt. Auch wenn dies zunächst einmal einfach und ein-

leuchtend klingt, so stellt sich doch sofort die Frage, wie ein allein unrechtmäßiges Verhalten einen so starken Grundrechtseingriff wie eine Freiheitsstrafe legitimieren soll. Braucht es hier nicht ein „Mehr“?

*Hörnle* zieht abschließend Konsequenzen für die Verbrechenslehre und den allgemeinen Teil. So seien Kinder auszunehmen als Personengruppe, die beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen und der Rechtswidrigkeit der Handlung oder Unterlassung dennoch von der Strafbarkeit auszuschließen seien. Gleiches gelte für Menschen infolge schwerwiegender psychischer Krankheiten oder sonstigen hirnanorganischen Veränderungen, so dass sie den kognitiven und kommunikativen Minimalanforderungen nicht entsprechen, denen ein Angeklagter im Strafverfahren genügen muss. Diese Fragen seien vor dem Punkt „Unrecht“ als vorgelagerte Stufe zu prüfen. Da die Verfasserin zumindest nicht auf die Möglichkeit der Unterbringung nach § 63 StGB verzichten möchte, soll wohl die von *Coninx* kritisierte Zweispurigkeit beibehalten werden. Dann ist natürlich insgesamt die Frage, ob mit dieser Umkehrung der Struktur letztlich etwas gewonnen ist. Für §§ 17 und 35 StGB sieht *Hörnle* keinen inhaltlichen Änderungsbedarf.

Die Autorin kritisiert, dass die Debatten der letzten Jahre an der strafrechtstheoretisch zentralen Frage vorbeigingen, nämlich der, ob auf den Vorwurf „Du hättest anders entscheiden können“ und die übliche Schuldsemantik verzichtet werden kann, ohne in die Spur eines reinen Maßnahmenrechts zu wechseln. Ihr Apell ist es, sich in der Strafrechtstheorie mehr mit der Logik des Unrechtsvorwurfs zu beschäftigen. Allerdings sprächen pragmatische Überlegungen dafür, sich mit der Verwendung eines eher suboptimalen Begriffs wie „Schuld“ abzufinden. Dennoch bleibe es Aufgabe der Strafrechtstheorie für dieses Beispiel und andere darauf hinzuweisen, dass bessere Lösungen entwickelt werden können.

Dieser Aufgabe der Strafrechtstheorie stellt sich nicht nur *Hörnle* in ihrem Beitrag. Auch die anderen Aufsätze dieses Tagungsbandes bieten neben historischen Grundlagen eine facettenreiche Auseinandersetzung mit den aktuellen und zukünftigen Fragen und Herausforderungen an ein – modernes – Schuldstrafrecht. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Tagungsband viele Leser findet. Denn viele der aufgeworfenen Fragen wird die Strafrechtswissenschaft auch in Zukunft beschäftigen.

## TAGUNGSBERICHT

**„Hass in sozialen Medien aus Sicht von Wissenschaft und Praxis“**  
*Tagung im DFG-Projekt „Soziale Medien und Strafrecht –  
 Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“ am 27. und 28. Juni 2025 in Würzburg*

von Dr. Tamina Preuß, M.A.\*

„Wir glauben nicht an die Meinungsfreiheit, wenn wir sie nicht auch den Leuten zugestehen, die wir verachten.“ Dieses zeitlose Zitat des US-amerikanischen Linguisten und Publizisten *Noam Chomsky* ist in der aktuellen Debatte um den gesellschaftlichen Umgang mit kontroversen Positionen und die Grenzen der Meinungsfreiheit, gerade bei Hassrede, sehr präsent. Die Meinungsfreiheit wird bekanntlich jedoch nicht schrankenlos zugestanden, sondern findet ihre Grenzen u.a. in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre sowie sonstigen verfassungsimmanenten Schranken. Doch wo liegen diese Grenzen im konkreten Einzelfall? Kann man pauschal dem Kampagneslogan<sup>1</sup> „Hass ist keine Meinung“<sup>2</sup> folgen? Gibt es bestimmte Schmähworte, die nie durch die Meinungsfreiheit gedeckt sind? Welche Rolle kommt dem Kontext zu? Diese und viele andere Fragen waren Gegenstand der Tagung „Hass in sozialen Medien aus Sicht von Wissenschaft und Praxis“, die am 27. und 28. Juni 2025 im Rahmen des von Prof. Dr. Tobias Reinbacher und Prof. Dr. Frank Peter Schuster geleiteten durch die DFG geförderten Projekts „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld“<sup>3</sup> an der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg stattfand.

### I. Einführung

Nach der Begrüßung der zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis sowie aus dem Kreis der Studierenden der Universität Würzburg durch Schuster, eröffnete Reinbacher mit einem einführenden Vortrag die Tagung. Zu Beginn seiner Ausführungen betonte er das „toxische Potential“ der sozialen Medien als Orte für Hass und Propaganda, aber auch deren

enorme Bedeutung für den politischen Diskurs. Diese seien heute „nicht nur Stammtisch“, sondern „auch Zeitung, Fernsehen und Parteiveranstaltung.“

Im Zentrum der einführenden Worte standen Hate Speech (Hassrede, Hasskommentare) – verstanden als Posts und Kommentare im Internet, die abwerten, aufhetzen, beleidigen und/oder bedrohen, auftretend u.a. in rassistischer, gewaltverherrlichender, sexistischer, antisemitischer, homophober oder transphober Form<sup>4</sup> – als Gefahr für die Demokratie und die Reichweite und Grenzen der Meinungsfreiheit bei Äußerungen im Internet. Anhand von Fallgruppen wurde die Schwierigkeit der Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verdeutlicht, die wiederholt im Rahmen der weiteren Tagung aufgegriffen wurde. Der Referent warf die Frage auf, wie mit dem Hass im Internet umzugehen sei und welchen Beitrag das Strafrecht hierzu leisten könne. Diese Frage zog sich wie ein „roter Faden“ durch die zwei Tagungstage.

### II. Die Auswirkungen von digitaler Gewalt und rechtliche Handlungsmöglichkeiten

Im ersten Vortrag stellte Katharina Goede (Juristin bei HateAid gGmbH) die Arbeit der gemeinnützigen Organisation HateAid vor und beleuchtete die Auswirkungen digitaler Gewalt – definiert als verschiedene Formen von Belästigung, Herabwürdigung, Diskriminierung oder sozialer Isolation im Internet oder mit Hilfe elektronischer Kommunikationsmittel<sup>5</sup> – auf die Betroffenen sowie deren rechtliche Handlungsmöglichkeiten. Dabei kamen unterschiedliche Aspekte des Betroffenenenschutzes, wie Nutzung von Meldewegen nach dem Digital Services Act

\* Dr. Tamina Preuß, M.A. ist Habilitandin und Akad. Rätin a. Z. am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg bei Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Mag. iur. Sie ist Mitverantwortliche im DFG-Projekt „Soziale Medien und Strafrecht – Äußerungsdelikte in einem neuen Umfeld.“

<sup>1</sup> HateAid, online abrufbar unter: <https://hateaid.org/wp-content/uploads/2023/09/hateaid-hass-ist-keine-meinung-aufklaerungsbooklet-digital.pdf> (zuletzt abgerufen am: 30.6.2025); Neue deutsche Medienmacher e. V., online abrufbar unter: <https://neuemedienmacher.de/wp-content/uploads/2016/07/18072016NoHateSpeechDeutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am: 30.6.2025).

<sup>2</sup> Vgl. zur Diskussion hinsichtlich des Slogans *Diringer*, online abrufbar unter: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/plus210223321/Der-Slogan-Hass-ist-keine-Meinung-ist-gefahrlicher-Bloedsinn.html> (zuletzt abgerufen am: 30.6.2025); *Zywietz*, online abrufbar unter: <https://www.online-propagandaforschung.de/index.php/2022/12/23/hass-meinung/> (zuletzt abgerufen am: 30.6.2025).

<sup>3</sup> Zum DFG-Projekt, online abrufbar unter: <https://gepris.dfg.de/gepris/projekt/519476214?context=projekt&task=showDetail&id=519476214&> (zuletzt abgerufen am: 2.7.2025).

<sup>4</sup> Bayerisches Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales, online abrufbar unter: <https://bayern-gegen-gewalt.de/gewalt-infos-und-einblicke/formen-von-gewalt/digitale-gewalt/hatespeech/#sec1> (zuletzt abgerufen am: 30.6.2025).

<sup>5</sup> HateAid, online abrufbar unter: <https://hateaid.org/digitale-gewalt/#definition> (zuletzt abgerufen am: 30.6.2025).

(DSA), IT-Sicherheitsmaßnahmen, straf- und zivilrechtlicher Rechtsschutz sowie Beantragung einer Auskunftssperre im Melderegister nach § 51 Bundesmeldegesetz (BMG), zur Sprache. Einen Exkurs widmete die Referentin dabei den von sexualisierten Deepfakes ausgehenden Gefahren. Sie wies darauf hin, dass der aktuelle Koalitionsvertrag<sup>6</sup> vorsieht, bestehende Strafbarkeitslücken im Bereich Deepfakes zu schließen. *Goede* sprach sich für die konsequente Ahndung von Verstößen gegen den DSA aus und befürchtete einen Rückschritt bei der Plattformregulierung. Im Rahmen, der sich anschließenden Diskussion ging es u.a. um die von *Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu* (Universität des Saarlandes) aufgeworfene Frage, ob die Netzwerkregulierung im Bereich der Außenstrafdelikte vom Strafrecht abgekoppelt werden sollte.

### III. Hass in sozialen Medien aus Sicht der Bayerischen Strafverfolgungsbehörden

Einblicke in die Perspektive der bayerischen Strafverfolgungsbehörden auf die Verfolgung von Hate Speech gab der Beauftragte der bayerischen Justiz zur strafrechtlichen Bekämpfung von Hate-Speech *David Beck* (Staatsanwalt als Gruppenleiter). Dieser ist bei der Bayerischen Zentralstelle zur Bekämpfung von Extremismus und Terrorismus bei der Generalstaatsanwaltschaft München (ZET) angesiedelt. Ausgehend vom Hate Speech-Begriff der Bayerischen Justiz, wonach Hate Speech Straftaten, wie §§ 86a, 111, 126, 130, 140, 185 ff., 241 StGB erfasst, die über eine bilaterale Kommunikation hinausgehen, unter Verwendung des Internets erfolgen und als Hasskriminalität einzuordnen sind, betonte *Beck*, dass bei Hate Speech die Opfer häufig austauschbar sind und durch die Taten nicht nur das individuelle Opfer, sondern die gesamte angegriffene Gruppe verletzt ist. Anhand konkreter Fälle, wie den hetzerischen Kommentaren nach der Veröffentlichung des Fotos des dreijährigen im Mittelmeer ertrunkenen syrischen Flüchtlingsjungen *Alan Kurdi*, wurde verdeutlicht, wie menschenverachtend Hass-Kommentare in den sozialen Medien sein können. Anschließend erläuterte *Beck* die Maßnahmen der bayerischen Justiz gegen Hate Speech. Diese umfassen die Schaffung des Amtes des Hate-Speech-Beauftragten, der für herausgehobene Ermittlungsverfahren mit seinem Team bayernweit zuständig ist, und die Einrichtung von Sonderdezernaten für die Bekämpfung von Hate Speech bei allen 22 bayerischen Staatsanwaltschaften.<sup>7</sup> Weitere Maßnahmen gegen Hate Speech seien die Teilnahme an bundesweiten Aktionstagen gegen Hasspostings – zuletzt am 25.6.2025<sup>8</sup> –, niedrigschwellige Anzeige- und Meldemöglichkeiten, zusammengefasst unter [bayern-gegen-hass.de](https://www.bayern-gegen-hass.de), und konsequente Strafverfolgung. Letzteres belegte der Referent mit Statis-

tiken zu den bei den bayerischen Staatsanwaltschaften erfassten Hate-Speech-Verfahren (2024: 3.462 neu eingeleitete Verfahren, hiervon 2.909 gegen bekannte Täter und 533 Verfahren gegen Unbekannt) und den Verfahrensabschlüssen (2024: ca. 1.300 Einstellungen, 794 Klageerhebungen, 597 Verurteilungen) in Bayern.<sup>9</sup> Opportunitätseinstellungen von Hate-Speech-Verfahren seien in Bayern die Ausnahme.

### IV. Hass in sozialen Medien aus Sicht der Hessischen Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT)

Oberstaatsanwalt *Hanno Wilk* (Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a. M.) bereicherte die Tagung um die Perspektive der bereits 2010 gegründeten in Frankfurt a.M. ansässigen Hessischen Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT), die u.a. für besonders aufwendige und umfangreiche Ermittlungsverfahren im Bereich Hate Speech zuständig ist.<sup>10</sup> Im Rahmen des Vortrags kamen viele unterschiedliche Aspekte zur Sprache, wie die Zusammenarbeit mit der im Hessischen Ministerium des Innern, für Sicherheit und Heimatschutz angesiedelten Meldestelle „HessenGegenHetze“, Frauenfeindlichkeit, Rassismus im Sport und Streitfragen zur Strafbarkeit der gegen Personen des politischen Lebens gerichteten Beleidigung, üblen Nachrede und Verleumdung nach § 188 StGB, insbesondere zur Auslegung der sog. Eignungsklausel. Gegenstand des Vortrags war auch der Umgang mit den Tätern und Täterinnen. Der Referent stellte die These auf: „Unrechtseinsicht und Empathie entstehen erst in der persönlichen Konfrontation, unter Umständen vor Gericht.“ Hierfür geeignete Maßnahmen seien das digitale Interventionsprogramm „STOP HATE“<sup>11</sup> und der derzeit noch im Aufbau befindliche „Digitale Täter-Opfer-Ausgleich.“

### V. Hass in sozialen Medien aus Sicht eines Opferanwalts

Den Abschluss des ersten Tagungstages bildete der in Dialogform gehaltene Vortrag von *Chan-jo Jun* (Rechtsanwalt Jun Legal GmbH, Würzburg) und *Jacqueline Sittig* (Wissenschaftliche Mitarbeiterin Jun Legal GmbH, Würzburg). Im Fokus des sehr lebhaft gehaltenen Referats standen dabei die Verfahren, mit denen *Jun* über die Landesgrenzen hinausgehende Aufmerksamkeit erregt hat, wie das Verfahren gegen Facebook im Fall *Anas Modamani* und die Klage der Bundestagsabgeordneten *Renate Künast* gegen Meta. Der Fokus lag dabei auf der Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber und der Schwierigkeit der Rechtsdurchsetzung, aber *Jun* berichtete auch darüber,

<sup>6</sup> CDU, CSU, SPD, Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, S. 90, online abrufbar unter: [https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav\\_2025.pdf](https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf) (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>7</sup> *Beck*, online abrufbar unter: [https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/generalstaatsanwaltschaft/muenchen/spezial\\_4.php](https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/generalstaatsanwaltschaft/muenchen/spezial_4.php) (zuletzt abgerufen am: 2.7.2025).

<sup>8</sup> Die Bayerische Polizei, online abrufbar unter: <https://www.polizei.bayern.de/aktuelles/pressemitteilungen/087072/index.html> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>9</sup> Bayerisches Staatsministerium der Justiz, online abrufbar unter: <https://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2025/40.php> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>10</sup> Staatsanwaltschaften Hessen, online abrufbar unter: <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/staatsanwaltschaften/generalstaatsanwaltschaft-frankfurt-am-main/aufgabengebiete/zentralstelle-zur-bekampfung-der-internet-und-computerkriminalitaet-zit> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>11</sup> STOP HATE, online abrufbar unter: <https://stop-hate.de/> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

im Zusammenhang mit seinen Mandaten in der Vergangenheit selbst Opfer von Hassbotschaften und Drohungen geworden zu sein. Daneben gab *Sittig* einen Einblick in ihre Forschung zu Deepfake-Pornografie.<sup>12</sup> Abschließend appellierten die Referenten an die Wissenschaft, sich bei aktuellen Themen in die Diskussion einzumischen, „Farbe zu bekennen“ und die eigene Position klar zu benennen.

## VI. Hass in sozialen Medien aus Sicht der Bayerischen Polizei

Mit der polizeilichen Perspektive auf Hass in den sozialen Medien eröffnete *Michael Weinzierl* (Kriminaloberrat, Beauftragter der Bayerischen Polizei gegen Hasskriminalität, insbesondere Antisemitismus) den zweiten Tagungstag. *Weinzierl* definierte Hasskriminalität im Sicherheitskontext als vorurteilsgeleitete Kriminalität und gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit, bei der das Opfer meist austauschbar ist, die im virtuellen und analogen Raum stattfindet, Minderheiten und vulnerable Gruppen in ihrer Lebensführung beeinflusst, sich gegen unsere freiheitlich demokratische Grundordnung und unser Wertebild richtet und die gesamte Gesellschaft destabilisiert und deshalb politisch motivierte Kriminalität ist. Vorgestellt wurden ausgewählte Zahlen aus dem Lagebild Bayern Hasskriminalität 2024 des Bayerischen LKA.<sup>13</sup> Für das Berichtsjahr 2024 wurden in Bayern 2.021 Fälle von Hasskriminalität registriert. Dies sind deutlich mehr Fälle als in den Vorjahren (2023: 1867 Fälle, 2022: 1186 Fälle, 2021: 1225 Fälle), worin *Weinzierl* eine tatsächliche Zunahme der Hasskriminalität, keine bloße Aufhellung des Dunkelfelds, sah. Die erfassten Fälle wurden unterschiedlichen Unterthemenfeldern (UTF) zugewiesen. Quantitativ besonders auffällig waren dabei die UTF Fremdenfeindlichkeit (1829 Fälle), Ausländerfeindlichkeit (736 Fälle), Antisemitismus (579 Fälle) und Rassismus (626 Fälle). Die Aufklärungsquote im Bereich Hasskriminalität ist relativ hoch (2024: 65,41 Prozent), woraus *Weinzierl* herleitete, dass das Narrativ, bei einer Anzeige komme „eh nichts raus“ in vielen Fällen nicht zutrifft. Als weiteren Aspekt beschäftigte sich der Vortragende mit den Betroffenen von Hasskriminalität. Er brachte zur Sprache, welche Bevölkerungsgruppen betroffen sind, welche Ängste und Hemmungen bei und vor der Anzeigeerstattung bestehen und was Betroffene „Hatern“ entgegensetzen können. In der anschließenden Diskussion wurden zukünftig zu erwartende Veränderungen der UTF im Lagebild thematisiert. Der Referent hielt Erweiterungen der Kategorien im Bereich Bodyshaming, sozialer Status und Einsatz von KI – Stichwort Deepfakes – für naheliegend sowie eine weitere Ausdifferenzierung im Bereich Antisemitismus. Auf die Frage, was die Polizei brauche, um in Zukunft besser gegen Hasskriminalität vorgehen zu können, nannte *Weinzierl* u.a. eine entsprechende Aus- und Fortbildung zur Schaffung von Sensibilität, klare Definitionen und eine Klärung der Rolle der Polizei im Internet.

## VII. Hass in sozialen Medien aus mediensoziologischer Sicht

Die mediensoziologische Perspektive auf Hass in den sozialen Medien wurde durch das Referat von *Prof. Dr. Elke Wagner* (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) abgebildet. Im ersten Schritt widmete sich die Referentin der Frage „Was ist Hass im Netz?“ Sie warf einen Blick auf unterschiedliche Definitionsversuche und kam zu dem vorläufigen Ergebnis, dass eine einheitliche Definition von Hass im Internet nahezu unmöglich ist. Im zweiten Schritt näherte sie sich der Frage anhand der Kommunikationstheorie des Soziologen *Niklas Luhmann* an und führte u.a. aus, dass nach *Luhmann* Verstehensprozesse erst über die Anschlusskommunikation sichtbar werden. Wie eine Äußerung zu verstehen sei, sei eine empirische Frage, die man soziologisch untersuchen könne und – im Falle von Hasskommunikation im Netz – auch dringend müsse: Handelt es sich bei einem Posting um Hass-Rede oder wurde schlicht ein Wort benutzt, das im konkreten Fall auch als Jugendslang verstanden werden muss? Anschließend verdeutlichte *Wagner* anhand von Interviewausschnitten aus einer von ihr durchgeführten Untersuchung der empirischen Praxis von Community-Managerinnen und -Managern, dass die Einstufung einer Äußerung als Hasskommunikation, die gelöscht werden sollte, immer vom Einzelfall und hier vom jeweiligen Kontext abhängt. Als Fazit ihres Vortrags hielt *Wagner* fest, dass eine einheitliche Definition von Hass im Netz aus soziologischer Sicht nicht zu erwarten und eine möglichst offene Definition aufgrund der Kontextabhängigkeit von Kommunikation aus soziologischer Perspektive sinnvoll ist. Eine einheitliche, kontextvergessene Definition könne dazu führen, auch Postings zu löschen, die sich eigentlich gegen Hass und Hetze im Netz aussprechen wollen.

Der auf den ersten Blick entstandene Eindruck, dass das strafrechtliche und das mediensoziologische Verständnis von Hass im Internet sehr weit auseinanderliegen, da das Strafrecht nach klaren Definitionen verlangt, während dies mediensoziologisch nicht sinnvoll ist, konnte im Rahmen der anschließenden Diskussion widerlegt werden. So wurde klar, dass auch die Referentin für eine strafrechtliche Regulierung von Hasskommunikation im Internet basierend auf strafrechtlichen Begrifflichkeiten und Grundsätzen plädiert und dass auch aus strafrechtlicher Perspektive der Kontext immer entscheidend für die Subsumtion des Einzelfalls unter einem bestimmten Straftatbestand ist. Selbst auf den ersten Blick vermeintlich eindeutige Fälle können sich je nach soziokulturellem Kontext und Verständnis der beteiligten Personen auf den zweiten Blick als nicht tatbestandsmäßig herausstellen.

## VIII. Lauter Hass, leiser Rückzug – Wie Hass im Netz den demokratischen Diskurs bedroht

Der Abschlussvortrag wurde von *Elena Kountidou* (Geschäftsführerin Neue deutsche Medienmacher:innen) ge-

<sup>12</sup> Vgl. *Sittig*, online abrufbar unter: <https://www.bpb.de/lernen/bewegt-bild-und-politische-bildung/556843/strafrecht-und-regulierung-von-deepfake-pornografie/> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>13</sup> Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, online abrufbar unter: <https://gegenhass.polizei.bayern.de/wie-ist-die-lage/index.html> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

halten. Die Neuen deutschen Medienmacher:innen (NdM) sind ein bundesweites Netzwerk von Journalisten und Journalistinnen, das sich für gute Berichterstattung und für vielfältiges Medienpersonal einsetzt. *Kountidou* stellte unterschiedliche Projekte der NdM vor, u.a. die Ergebnisse der repräsentativen Befragung „Lauter Hass – leiser Rückzug“, die vom Kompetenznetzwerk gegen Hass im Netz unter Beteiligung des NdM, von HateAid und anderen zivilgesellschaftlichen Akteuren herausgegeben wurde.<sup>14</sup> Ein Ergebnis dieser Studie ist, dass mehr als die Hälfte der Befragten sich aus Angst vor Hass seltener zur eigenen politischen Meinung bekennt und sich seltener an Diskussionen im Internet beteiligt. Dies gilt vor allem für Betroffene. Dementsprechend kann man sagen: „Der Hass ist laut. Der Rückzug ist leise.“ Als aus den Studienergebnissen abgeleitete politische Forderungen nannte die Referentin den besseren Schutz und die Unterstützung der Betroffenen, die bessere Ausbildung der Sicherheitsbehörden und das Stärken von Medienkompetenz und politischer Bildung – über den schulischen Bereich hinaus und nach einer einheitlichen Strategie – sowie die, auch finanzielle, Inverantwortungnahme der Social Media Plattformen. Auch kam *Kountidou* auf das Projekt BetterPost zu sprechen, im Rahmen dessen analysiert wird, wie die Sprache in journalistischen Post mit Rassismus in den Kommentaren zusammenhängt.<sup>15</sup> Weiter behandelte *Kountidou* die von Desinformationen ausgehenden Gefahren und gab einen Einblick in den Alltag von Community-Managern und -Managerinnen, die täglich unter enormen Zeitdruck, ohne spezielle Ausbildung, ohne Leitlinien und ohne Supervision oder psychologische Betreuung mit mitunter tausenden von Hasskommentaren konfrontiert sind. *Kountidou* sprach sich für eine Aufwertung der bislang wenig beachteten Tätigkeit der Community-Manager und -Managerinnen aus. In der Diskussion nach dem Vortrag ging es u.a. darum, ob man Fake News im Vorfeld zur Beeinflussung von Wahlen weitergehend rechtlich erfassen sollte. In diesem Zusammenhang berichtete *Kountidou* über einen derzeit in Wales diskutierten Vorschlag, der vorsieht, dass gegenüber Politikern und Politikerinnen, die absichtlich die Öffentlichkeit täuschen, die Möglichkeit bestehen soll, Mandate zu entziehen und Sanktionen zu verhängen.<sup>16</sup>

## IX. Zusammenfassung der Tagung

In seinem abschließenden Beitrag fasste *Schuster* die Vorträge der Tagung zusammen und verglich sie mit den bisherigen Forschungsergebnissen. Das Internet mit den sozialen Medien biete auf der einen Seite für den Normalbürger die Möglichkeit, Inhalte selbst zu produzieren und Reichweite für aus seiner Sicht wichtige Belange zu generieren. Auf der anderen Seite stünden die Gefahren für die Gesellschaft; aufgrund des Online-Enthemmungseffekts<sup>17</sup> würden Menschen im Internet deutlich aggressiver miteinander kommunizieren als offline. *Schuster* griff unterschiedliche im Laufe der Tagung zur Sprache gekommene

Aspekte noch einmal auf. Die Aufklärungsquoten seien zwar vergleichsweise hoch. Derzeit sei man aber vor allem noch auf mehr oder minder freiwillige Auskünfte der (ausländischen) Provider angewiesen. Rechtshilfeersuchen und Europäische Ermittlungsanordnungen spielten aus Gründen der Verhältnismäßigkeit fast keine Rolle. Für grenzüberschreitende Auskunftersuchen zumindest eine völkerrechtlich belastbare Regelung zu finden, sei der Ansatz der ab August 2026 geltenden E-Evidence-VO. Die Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz bleibe eine Hauptschwierigkeit der Staatsanwaltschaften. Auch Normen wie § 130 StGB und § 188 StGB wiesen unbestimmte Tatbestandsmerkmale auf, welche in der Praxis große Probleme in der Handhabung bereiteten. Er kam zu dem vorläufigen Fazit, dass in den vor 15 bis 20 Jahren als positives Instrument zur Verbesserung der Meinungsfreiheit wahrgenommenen sozialen Medien, in denen sich der Normalbürger Gehör verschaffen konnte, das Phänomen Hate Speech zunimmt und sichtbare Autoritäten fehlen. Die Grenzen zwischen strafloser Meinungsäußerung und strafbarer Hetze seien teilweise unklar – zumindest für Nichtjuristen – und manche Nutzer würden deshalb zu Unrecht annehmen, das Internet sei ein regelloser Raum. Es sei unser gemeinsames Anliegen, dem entgegenzuwirken.

## X. Abschlussdiskussion

Die nachfolgende Abschlussdiskussion befasste sich vor allem mit dem Beitrag des Strafrechts zur Bekämpfung von Hassrede. *Beck* führte aus, mit dem Strafrecht könne man die Welt nicht retten und aus dem Internet voller Hass kein Internet ohne Hass machen, vielmehr diene das Strafrecht als ultima ratio der Bestrafung einzelner Täter, soweit konkrete Äußerungen Straftatbestände erfüllen. Es müsse auch auf anderen Ebenen etwas passieren. *Dr. Fabian Stam* (Universität Potsdam) betonte dagegen, das Strafrecht schütze der Gesellschaft wichtige Interessen und lege die äußersten Grenzen des Zulässigen fest. Dem Strafrecht komme nicht nur eine reaktive Funktion, sondern auch eine verhaltenssteuernde Funktion zu. *Schuster* bezeichnete das Strafrecht als „deutlichstes Wort des Staates“ und betonte den Aspekt, dass es die Zivilcourage fördern könne, wenn man das Strafrecht quasi als Argument hinter sich habe. Ähnlich wie *Beck* sah auch *Wilk* das Strafrecht als „rein fragmentarische Unterstützungsleistung.“ *Wilk* sprach sich zudem deutlich gegen eine Verschiebung der Hate Speech-Delikte in das Ordnungswidrigkeitenrecht aus, da dieses die erforderlichen komplizierten Abwägungsprozesse nicht leisten könne. Nach einer kurzen Diskussion über die Bestrafung von Hate Speech de lege ferenda – etwa durch die Pönalisierung der Beteiligung an einem Shitstorm als abstraktes Gefährdungsdelikt – sprach *Reinbacher* das Schlusswort: Das Projekt, im Rahmen dessen die Tagung stattfand, werde die Welt nicht retten, aber vielleicht zu ein bisschen weniger Hass im Netz beitragen.

<sup>14</sup> HateAid, online abrufbar unter: [https://hateaid.org/wp-content/uploads/2024/04/Studie\\_Lauter-Hass-leiser-Rueckzug.pdf](https://hateaid.org/wp-content/uploads/2024/04/Studie_Lauter-Hass-leiser-Rueckzug.pdf) (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>15</sup> Neue Medienmacher, online abrufbar unter: <https://neuemedienmacher.de/projekte/betterpost/> (zuletzt abgerufen am: 1.7.2025).

<sup>16</sup> *Lewis*, online abrufbar unter: <https://www.bbc.com/news/articles/c1w07n8n3e7o> (zuletzt abgerufen am: 2.7.2025).

<sup>17</sup> Vgl. *Suler*, *CyberPsychology & Behavior* 2004, 321.