

**Moral im deutschen Strafrecht –
Ein Appell an das *Ultima-Ratio*-Prinzip**

Dissertation
zur Erlangung des Grades
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)
der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Regensburg
bei Prof. Dr. Jan Bockemühl

vorgelegt von

Rechtsanwältin Luisa Rödemeier

INHALTSVERZEICHNIS

I) DAS ISLAMISCHE RECHT: BRITISCHER TOURISTIN DROHT NACH VERGEWALTIGUNG DIE STEINIGUNG	1
II) MORAL UND STRAFRECHT: GESCHICHTLICHER HINTERGRUND UND AKTUELLER STREITSTAND	5
1. HISTORISCHE ENTWICKLUNG INNERHALB DES STRAFGESETZBUCHES	5
2. STREITSTAND IN DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	10
3. RECHTSGUTSTHEORIE	12
a) Ursprung der Rechtsgutstheorie	13
b) Der systemtranszendente Rechtsgutsbegriff	14
c) Definition des Rechtsgutes	15
d) Kritik an der Rechtsgutstheorie	16
4. DIE ANSICHT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS	18
5. WEITERE ANSICHTEN ZUR LEGITIMATION VON STRAFGESETZEN	21
III) STRAFRECHT ABHÄNGIG VOM WANDEL DER MORALVORSTELLUNGEN?	24
1. STREICHUNG MORALBEHAFTETER STRAFTATBESTÄNDE ALS ABKEHR DES STRAFRECHTS VON MORAL UND SITTlichkeit?	24
a) Strafbarkeit der Homosexualität § 175 a.F. StGB	24
b) Sexuelle Nötigung gemäß § 177 StGB in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal <i>außerehelich</i>	28
2. GESETZESÄNDERUNGEN UND RECHTSPRECHUNG IN ABHÄNGIGKEIT VON MORAL UND SITTENVORSTELLUNGEN	32
a) Vergewaltigung und sexuelle Nötigung § 177 StGB	32
b) Kinderpornographische Schriften § 184b StGB	38
c) Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft § 219a StGB	44
d) Beischlaf zwischen Verwandten § 173 StGB	50
e) Mord, § 211 StGB, in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal <i>aus niedrigen Beweggründen</i>	54

IV)STRAFRECHT ALS <i>PRIMA RATIO</i>	60
1. <i>PRIMA RATIO</i> ALS BEKANNTE BETRACHTUNGSWEISE	60
2. STRAFRECHT UNTER ZUGRUNDELEGUNG WECHSELSEITIGER (FREIHEITS-) RECHTE	61
3. STRAFRECHT UNTER DEM DRUCK VON POLITIK UND GESELLSCHAFT	63
4. STRAFRECHT ALS <i>PRIMA RATIO</i> EFFEKTIV IM KAMPF GEGEN STRAFBARES VERHALTEN?	64
5. GEFAHREN EINES STRAFRECHTS ALS <i>PRIMA RATIO</i>	67
a) Der Einfluss des Strafrechts als <i>Prima Ratio</i> auf das Strafverfahren	68
b) Problemfelder im Hinblick auf strafprozessuale Verfahrensmaxime	69
aa) Legalitätsprinzip gemäß § 152 Abs. 2 StPO	69
(1) Flut an Anfangsverdachten	71
(2) Niedrigere Hürde zur Bejahung des Anfangsverdachts	72
(3) Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Verwaltungsbehörden	74
bb) Beschleunigungsgrundsatz	75
(1) Überlastung der Justiz	76
(2) Arbeitsbelastung in den Dezernaten	77
(3) Überholung durch Haftsachen	78
cc) Unschuldsvermutung	81
c) Problemfelder im Hinblick auf strafprozessuale Einzelvorschriften	82
aa) Opportunitätserwägungen gemäß §§ 153 ff. StPO	83
bb) Verständigung zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten gemäß § 257c StPO	86
d) Problemfelder im Hinblick auf das Verfassungsrecht	91
aa) Rechtsstaatsprinzip	92
(1) Beschneidung von Verteidigungsrechten im Ermittlungsverfahren	93
(2) Einschränkung der Beschuldigtenrechte im Hauptverfahren	97
(3) Einschränkung der Rechte des Verurteilten im Rechtsmittelverfahren	97
bb) Erforschung der materiellen Wahrheit	98
cc) Neutralität von Gericht und Staatsanwaltschaft	100
dd) Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 1 GG	101

e) Bagatellisierung und Herabstufung durch <i>Prima Ratio</i>	102
aa) Bagatellisierung von Schwerverbrechen	103
bb) Herabstufung des Ordnungswidrigkeitenrechts	104
6. ENGAGEMENT GEGEN EIN STRAFRECHT ALS <i>PRIMA RATIO</i> UND AKTIONISMUS HIN ZUR <i>ULTIMA RATIO</i>	105
V) STRAFRECHT ALS <i>ULTIMA RATIO</i>	108
1. DEFINITION <i>ULTIMA RATIO</i>	108
2. BESONDERE RECHTFERTIGUNG VON STRAFGESETZEN	109
3. DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS	110
4. MEINUNGSSTAND IN DER WISSENSCHAFT	113
a) <i>Ultima Ratio</i> ohne eigenständige Bedeutung	114
aa) <i>Ultima Ratio</i> als rechtspolitische Klugheitsregel	114
bb) <i>Ultima Ratio</i> passt nicht auf freiheitsgewährende Strafgesetze	116
cc) <i>Ultima Ratio</i> zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	117
b) <i>Ultima Ratio</i> innerhalb des Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzips	118
aa) <i>Ultima Ratio</i> als Teil des Bestimmtheitsgebotes Art. 103 GG	119
bb) <i>Ultima Ratio</i> als Unterpunkt in der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens	120
(1) Erforderlichkeit	120
(2) Angemessenheit	121
c) Eigenständigkeit des <i>Ultima-Ratio</i> -Prinzips	123
aa) <i>Ultima Ratio</i> als Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung	123
bb) <i>Ultima Ratio</i> als eigenständiger Prüfungspunkt	125
5. EINORDNUNG FÜR DIE ZUGRUNDELIEGENDE ARBEIT	127
a) Rückschluss aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	127
b) Kein Unterpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung	130
c) Kontur des <i>Ultima-Ratio</i> -Prinzips	132
aa) Letztes Mittel	132
(1) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt	132
(2) Ergänzungen zur Rechtsgutslehre	136
(a) Nähe zum Kernstrafrecht	136
(b) Sozialschädlichkeit des Verhaltens	138

(c) Wertneutrale Betrachtungsweise	140
(3) Insuffizienz alternativer Mittel	142
bb) Erfolgversprechend	144
VI) PRAKTISCHE ANWENDUNG DES <i>ULTIMA-RATIO</i>-GRUNDSATZES	146
1. VERGEWALTIGUNG UND SEXUELLE NÖTIGUNG § 177 StGB	146
a) Letztes Mittel	148
aa) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt	148
bb) Ergänzungen zur Rechtsgutslehre	149
(1) Nähe zum Kernstrafrecht	149
(a) Sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen, § 177 Abs. 1 StGB	150
(b) Sexuelle Übergriff unter Ausnutzung verschiedener Fallkonstellationen, § 177 Abs. 2 StGB	151
(2) Sozialschädlichkeit des Verhaltens	153
(3) Wertneutrale Betrachtungsweise	154
(4) Insuffizienz alternativer Mittel	158
b) Erfolgversprechend	159
c) Ergebnis und Änderungsvorschlag	160
2. KINDERPORNOGRAPHISCHE SCHRIFTEN § 184b StGB	161
a) Letztes Mittel	164
aa) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt	164
bb) Ergänzungen zur Rechtsgutslehre	174
(1) Nähe zum Kernstrafrecht	174
(2) Sozialschädlichkeit des Verhaltens	175
(3) Wertneutrale Betrachtungsweise	178
(4) Insuffizienz alternativer Mittel	180
(a) Regelung in § 201a StGB	180
(b) Regelung im Kunsturhebergesetz	181
(c) Regelung im Rahmen des Jugendschutzgesetzes	181
(d) Regelung im Bundesdatenschutzgesetz	182

b) Erfolgsversprechend	183
c) Ergebnis und Änderungsvorschlag	185
3. WERBUNG FÜR DEN ABBRUCH DER SCHWANGERSCHAFT § 219A StGB	186
a) Letztes Mittel	188
aa) ‚Klimaschutz‘	189
bb) Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmungsrecht der Frau	191
cc) Ungeborenes Leben	194
b) Ergebnis und Änderungsvorschlag	195
4. BEISCHLAF ZWISCHEN VERWANDTEN § 173 StGB	197
a) Letztes Mittel	198
aa) Eugenische Gesichtspunkte	199
bb) Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG	201
(1) Familiäres Leitbild aus Art. 6 GG	202
(2) Zerstörung des Familienbundes	204
cc) Sexuelle Selbstbestimmung	205
dd) Tabuisierung als Strafgrund	207
b) Ergebnis und Änderungsvorschlag	208
5. MORD AUS NIEDRIGEN BEWEGGRÜNDEN § 211 StGB	209
a) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt	209
b) Sozialschädlichkeit und wertneutrale Betrachtungsweise	210
c) Ergebnis und Änderungsvorschlag	218
VII) FAZIT UND AUSBLICK	222

LITERATURVERZEICHNI

I) Das islamische Recht: Britischer Touristin droht nach Vergewaltigung die Steinigung

Berichte über die Inhaftierung europäischer Touristen in muslimischen Ländern wegen Verstößen gegen das islamische Recht schlagen in Deutschland regelmäßig hohe Wellen. So berichtete unter anderem die Süddeutsche Zeitung¹ im November 2016 über eine britische Touristin, die in Dubai festgenommen wurde, als sie bei der Polizei eine mutmaßliche Gruppenvergewaltigung anzeigen wollte, deren Opfer sie geworden sei.

Nach dem islamischen Recht hat sich die Britin, unabhängig von der behaupteten Vergewaltigung, des außerehelichen Beischlafs strafbar gemacht, wofür Strafen von Freiheitsstrafe über Auspeitschen bis zum Tod durch Steinigung reichen.²

Derartige Berichte lösen bei deutschen Lesern weit überwiegend nur eine Emotion aus: Entsetzen.³ Stößt es im 21. Jahrhundert nicht an die Grenzen des Verständnisses, dass einer Frau, die Opfer eines Verbrechens geworden zu sein scheint, selbst Freiheitsstrafe oder im schlimmsten Fall sogar Tod durch Steinigung droht?

Bundeskanzlerin Angela Merkel scheint sprichwörtlich das Fass zum Überlaufen gebracht zu haben, als sie während des Bundestagswahlkampfes 2017 behauptete, dass der Islam zu Deutschland gehöre.

Im Internet überschlugen sich Kommentare wie „Der Islam gehört zu Deutschland? Die Beschneidung von Kleinkindern auch? (...) Und Verheiratung von minderjährigen Mädchen auch?“ oder „Ein (...) Gesetzbuch welches alles im Leben bestimmt? Verlangt der Islam sich und andere per Bombe zu töten, ‚Ungläubige‘ zu massakrieren? Frauen zur Begrüßung nicht die Hand zu geben? Frauen, wie in Saudi Arabien, das Autofahren zu verbieten?“⁴

¹ Vgl. <http://www.sueddeutsche.de/panorama/dubai-vergewaltigung-als-ausserehelicher-sex-1.3254397>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

² *ebd.*

³ Vgl. Kommentare zu *Angela Merkels* Ausspruch „Der Islam gehört zu Deutschland“ im Rahmen des TV Duells im Bundestagswahlkampf vom 03.09.2017, https://www.focus.de/politik/videos/tv-duell-merkel-bekraeftigt-dass-islam-zu-deutschland-gehoert_id_7547729.html, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020

⁴ *ebd.*

Die Kommentare scheinen in einem Punkt übereinzustimmen: Der Islam sei „mit dem Grundgesetz in keinsten Weise vereinbar.“⁵

Wenn aber tatsächlich das islamische Recht mit all seinen religiösen und sittlichkeitsbehafteten Moralvorstellungen so veraltet und so weit entfernt von dem uns bekannten, modernen, deutschen Recht ist, wie erklären sich dann die nachfolgenden Ähnlichkeiten beider Rechtssysteme, die noch bis vor wenigen Jahren Bestand hatten?

Wo es heute in Deutschland Entsetzen auslöst, dass nach islamischem Recht die Frau in der Ehe ihrem Mann untergeordnet ist, ihm Folge zu leisten und ihm insbesondere die ehelichen Pflichten des Beischlafs jederzeit zu erfüllen hat,⁶ ist nur beispielhaft auf die Ehescheidungsentscheidung des Bundesgerichtshofes⁷ Ende der sechziger Jahre zu verweisen. Das oberste Gericht entschied, dass es im Rahmen einer Scheidung stets eine Partei gebe, die die Schuld am Scheitern der Ehe trage und dass diese Schuld der Frau zukomme, sollte sie ihren ehelichen Pflichten, insbesondere dem Beischlaf, nicht ausreichend nachgekommen sein.

Der Bundesgerichtshof führte konkret aus, dass „die Frau ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit (genügt), dass sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen lässt. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen (...) versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe von ihr doch eine Gewährung in eheliche Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.“⁸

⁵ Vgl. Kommentare zu *Angela Merkels* Ausspruch „Der Islam gehört zu Deutschland“ im Rahmen des TV Duells im Bundestagswahlkampf vom 03.09.2017, https://www.focus.de/politik/videos/tv-duell-merkel-bekraeftigt-dass-islam-zu-deutschland-gehoert_id_7547729.html, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁶ (Abu Dawud 11, 2138; 2139) „Muawiyah sprach: Allahs Apostel, wie sollen wir uns unseren Ehefrauen nähern und wie sollen wir sie nehmen? Er antwortete: Nähert euch eurem tilth (tilth bedeutet „gepflügter Acker“, ein Begriff für die Vagina) wann oder wie immer ihr wollt“ und (Bukhari 7,62,121) „Mohammed: Wenn eine Frau sich weigert, dem Wunsch des Ehemanns nach Sex nachzukommen, dann werden die Engel sie die ganze Nacht lang verfluchen.“ aus: Warner, Scharia für Nichtmuslime, 15.

⁷ BGH, NJW 1967, 1078; MDR 1967, 574.

⁸ *ebd.*

Die Ehefrau war nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes also nicht nur verpflichtet, regelmäßig Sex mit ihrem Ehemann zu haben, sondern vielmehr auch einen Orgasmus vorzutäuschen, um ihrem Ehemann ein angenehmes sexuelles Erlebnis zu verschaffen.⁹ Wie genau sich dies vom islamischen Recht unterscheidet, wonach „das Ehegelübde (...) das Recht des Ehemanns ist, sich an der Vagina seiner Ehefrau zu erfreuen“¹⁰ und es die Pflicht einer Frau ist, mit ihrem Ehemann „immer dann, wenn er sie danach fragt, Geschlechtsverkehr zu haben,“¹¹ erschließt sich nicht.

Mit diesem Beispiel aus der Vergangenheit soll ein erster Fingerzeig in Richtung des Themenkomplexes dieser Arbeit erfolgen. Wo regelmäßig andere Rechtssysteme, insbesondere die, die auf religiösen Hintergründen basieren, in Deutschland als rückständig, moralbeladen und längst überholt kritisiert werden, soll diese Arbeit unter anderem aufzeigen, an welchen Stellen ebendiese Kritik auch am deutschen Recht angebracht wäre. Heute, im 21. Jahrhundert, macht insbesondere das deutsche Strafrecht an diversen Stellen den Eindruck, dass einige Gesetze Überreste aus längst überholten Moralvorstellungen darstellen, sich mittels Begründungen wie „es darf (einfach) nicht sein, dass“¹² legitimieren oder gar auf Forderungen einer wütend protestierenden Gesellschaft fußen.

Die vorliegende Arbeit soll diesen Eindruck aufgreifen und dezidiert untersuchen. Dabei wird zunächst ein Blick auf den geschichtlichen Hintergrund des Zusammenhangs von deutschem Strafrecht und Moral, sowie die Hintergründe und den aktuellen Streitstand zur Rechtsgutstheorie geworfen.

Anschließend werden Strafnormen, die sich in den letzten Jahren häufig in diesem Zusammenhang in der gesellschaftlichen Diskussion wiederfanden, auf ihr Zusammenspiel mit Sittlichkeits- und Moralvorstellungen untersucht.

⁹ Vgl. *Wilhelm*, Wahrheit im Strafprozess, 281.

¹⁰ *Warner*, Scharia für Nichtmuslime, 10 ((Bukhari 7,62,81) Mohammed sprach: „Das Ehegelübde, das am ehesten befolgt werden muss, ist das Recht des Ehemanns sich an der Vagina seiner Ehefrau zu erfreuen.“)

¹¹ *Warner*, Scharia für Nichtmuslime, 10.

¹² Vgl. *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

Nachdem festgestellt wurde, dass die Entwicklung des Strafrechts hin zur vollständigen Trennung von Moral und Sittenvorstellungen der Gesellschaft gerade nicht stattgefunden hat, wird auf strafprozessuale und grundrechtsrelevante Folgeproblematiken eingegangen.

Die fehlende, aber in den Augen der Verfasserin notwendige Trennung von Moral und Strafrecht, sowie die dargelegten Folgeproblematiken für das gesamte Strafrechtssystem zugrunde gelegt, wird im Hauptteil dieser Arbeit ein Lösungsansatz erarbeitet. Dabei wird zunächst ein Prüfungsschema entworfen, das die Entwicklung des Strafrechts weg von Moral- und Sittlichkeitserwägungen und hin zu dem tatsächlich letzten Mittel des Staates, der *Ultima Ratio*, fördern soll. Dieses Prüfungsschema wird schließlich anhand der aufgeführten Beispiele praktisch angewandt.

II) Moral und Strafrecht: Geschichtlicher Hintergrund und aktueller Streitstand

Um den Zusammenhang zwischen Moral und Strafrecht nachzuvollziehen, wird zunächst ein kurzer Überblick über den geschichtlichen Hintergrund gegeben. Nachdem bis ins 18. Jahrhundert das Recht Gottes, und damit Moral und Sitten, mit dem weltlichen Recht übereinstimmten, also synonym verwendet werden konnten, trat in der Zeit der Aufklärung die Autonomie vom religiösen Recht und damit eine Trennung von Recht und Moral in den Vordergrund.¹³

1. Historische Entwicklung innerhalb des Strafgesetzbuches

In dieser Zeit, Ende des 18. Jahrhunderts, galt das preußische allgemeine Landrecht. Dieses normierte unter der Überschrift von *fleischlichen Verbrechen*¹⁴ im 12. Abschnitt des Gesetzbuches Straftatbestände, die ausschließlich dem Schutz von Moral und Sittlichkeit dienen sollten. Hierunter fielen beispielweise Hurerei,¹⁵ Verführung,¹⁶ Blutschande¹⁷ oder widernatürliche Unzucht.¹⁸ Die Gesetze sollten insbesondere präventiv gegen sexuelles und moralisches Missverhalten wirken und bereits unsittliche Spielereien unter Kindern verhindern.¹⁹

Im Rahmen der Schaffung eines einheitlichen (Straf-)gesetzbuchs für alle preußischen Staaten in der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die Überschrift des 12. Abschnitts von *fleischlichen Verbrechen* zu *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit* abgeändert.

¹³ Vgl. Schüssler, Moralisierung des Rechts, 15.

¹⁴ PrALR § 992 - § 1072.

¹⁵ „Gemeine Hurerey“ § 999 - § 1027 PrALR.

¹⁶ § 1028 – 1038 PrALR.

¹⁷ § 1039 – 1047 PrALR.

¹⁸ Vgl. Taeger/ Schetsche, Moralmodelle des 19. Jahrhunderts, 283.

¹⁹ ebd., 282.

Die ursprünglichen Straftatbestände verblieben mit der Strafbarkeit von Kuppelei,²⁰ Ehebruch,²¹ Blutschande,²² widernatürlicher Unzucht²³ überwiegend ähnlich.²⁴

Bereits zu diesem Zeitpunkt fiel schwer, die Strafbarkeit der typischerweise als Moraldelikte bezeichneten Straftaten, wie Hurerei oder widernatürliche Unzucht, zu rechtfertigen. Der preußische Minister des Inneren forderte in diesem Zusammenhang in einer Stellungnahme 1842, Straftatbestände, die lediglich aus Moral- und Sittlichkeitserwägungen hergeleitet werden konnten, aus dem Strafgesetzbuch zu streichen. Mit dieser Forderung konnte er sich jedoch nicht durchsetzen.²⁵

In Gesetzesentwürfen und -begründungen wurde die Strafbewehrung von Moral- und Sittlichkeitsverstößen vornehmlich auf abstrakte Ordnungsinteressen gestützt.²⁶ Als Schutzgüter wurden keine konkreten, individuellen Rechtsgüter benannt, vielmehr sollte die Sittlichkeit der Gesellschaft selbst geschützt werden.²⁷

Sittlichkeit und Moral waren als feste Größen von der Obrigkeit verordnet und nachteilige Folgen für diese Belange sollten unbedingt verhindert werden.²⁸ Insbesondere der Bereich des Sexuellen war in diesem Zusammenhang zum Feld des öffentlichen Interesses erklärt, die sinnliche Begierde und der Geschlechtstrieb sollten eingedämmt und staatlich kontrolliert werden.²⁹

²⁰ §§ 147, 148 Preußisches Gesetzbuch von 1851.

²¹ § 140 Preußisches Gesetzbuch von 1851.

²² § 141 Preußisches Gesetzbuch von 1851.

²³ § 143 Preußisches Gesetzbuch von 1851.

²⁴ §§ 139 – 151 Preußisches Gesetzbuch von 1851; Vgl. *Taeger/ Schetsche*, *Moralmodelle des 19. Jahrhunderts*, 282.

²⁵ Vgl. *Taeger/ Schetsche*, *Moralmodelle des 19. Jahrhunderts*, 282.

²⁶ Die Rede ist von „Störung der Bevölkerungspolizey“, „Vergehen wider die Wohlfahrtspolizey“, oder allgemein „polizeyliche Rücksichten“, aus denen sich die Bestrafung rechtfertigt.

²⁷ Vgl. *Taeger/ Schetsche*, *Moralmodelle des 19. Jahrhunderts*, 283.

²⁸ *ebd.*, 284.

²⁹ Vgl. *Abegg*, *Kritische Betrachtungen*, 417; *Taeger/ Schetsche*, *Moralmodelle des 19. Jahrhunderts*, 282, 284.

Der Staat sollte das Recht haben, speziell in diesem Bereich einzuschreiten, „da hier die wichtigsten geistigen Interessen des Staates betroffen werden, (nämlich) die öffentliche Sitte, Heiligkeit der Ehe und die Reinheit und Keuschheit der Familienverhältnisse.“³⁰ Die individuelle Auffassung des Volkes hierzu spielte keine Rolle, vielmehr regelte der Staat selbst die Sexualität der Bürger.³¹

Weder im Jahr 1871, im Rahmen des Erlasses des *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*,³² noch innerhalb der nahezu 100 Jahre später erfolgten Strafrechtsreform 1962³³ wurden am Kapitel *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*³⁴ wesentliche Änderungen vorgenommen. Dem Gesetzgeber war es zu diesem Zeitpunkt weiterhin nicht verwehrt, im Falle „ethisch besonders verwerflichen und nach der allgemeinen Überzeugung schändlichen Verhaltens“³⁵ zu Strafen.

Die Bewahrung der „Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens“³⁶ war „wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung“³⁷ und damit adäquater Strafgrund. Das Strafrecht sollte in diesem Zusammenhang weiterhin vollumfänglich und lückenlos sein und insbesondere das Ziel verfolgen, eine unsittliche Lebensführung zu verhindern.³⁸ Die Gesetzesbegründung der Strafrechtsreform 1962 machte nochmal deutlich, dass es Aufgabe des Strafgesetzes war die sittliche Grundanschauung für das Volk bereitzustellen, um das dementsprechende sittliche Empfinden vorzugeben und jeglichen Verwirrungen diesbezüglich entgegenzuwirken.³⁹

³⁰ E 1843, 159.

³¹ Vgl. Taeger/Schetsche, *Moralmodelle des 19. Jahrhunderts*, 283 f..

³² „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ in §§ 171 – 184 Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1871.

³³ BT-Drucks, 4/650.

³⁴ §§ 204 ff. StGB.

³⁵ BT-Drucks, 4/650.

³⁶ ebd.

³⁷ ebd.

³⁸ ebd.

³⁹ ebd.

Dass sich diese Vorstellung in der Folgezeit erheblich veränderte, kann insbesondere an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgezeigt werden. Während in einer Entscheidung des Großen Senat des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1954 beispielsweise der außereheliche Geschlechtsverkehr noch für unzüchtig erklärt wurde und die Richter diesbezüglich erklärten, dass „das Sittengesetz dem Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt und (...) diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, (...) (und) dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und dass der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt“⁴⁰ machte der Bundesgerichtshof 15 Jahre später in der ‚Fanny-Hill-Entscheidung‘⁴¹ deutlich, dass „das Strafgesetz (...) nicht die Aufgabe (habe), auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen.“⁴²

In der Wissenschaft wurde diese Veränderung begleitet von der grundlegenden Arbeit *Jägers*,⁴³ der bereits Jahre zuvor bezweifelte, dass (geschlechtliche) Sittlichkeit einen legitimen Strafzweck darstellt, da es sich um einen wandelbaren Wert und gerade nicht um eine empirische Wirklichkeit handele.⁴⁴ Sittlichkeitserwägungen seien dem Strafrecht nicht über- sondern maximal nebengeordnet.⁴⁵ Die Reinheit, wie sie in der Vergangenheit als zu bewahrendes Gut festgelegt wurde, sei eine menschliche Eigenschaft und habe damit gerade keinen Rechtsgutscharakter inne.⁴⁶

Jäger forderte, dass die bisher meist kritiklos übernommenen Gesetzesbegründungen vor dem Hintergrund „präziser, theoretischer Einsichten über die Struktur der Rechtsgüter“⁴⁷ überprüft werden sollten.

⁴⁰ BGHSt 6, 46.

⁴¹ BGHSt 23, 40.

⁴² *ebd.*

⁴³ Vgl. *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 38 f., 122 f..

⁴⁴ *ebd.*, 38.

⁴⁵ *ebd.*, 38 f..

⁴⁶ *ebd.*, 39.

⁴⁷ *ebd.*, 40.

Im Rahmen des 47. Deutschen Juristentages 1968 in Nürnberg, dessen strafrechtliche Abteilung die Reform des Sexualstrafrechts zum Gegenstand hatte,⁴⁸ wurde das Verhältnis zwischen Strafrecht, Moral und Sitte ebenfalls aufgegriffen. Diejenigen, die das Streichen der Normen wie Ehebruch, Homosexualität unter Erwachsenen, Kuppelei oder Pornographie forderten, vertraten insbesondere die Ansicht, der Intimbereich einer Person sei zwar einerseits vor Eingriffen Dritter zu schützen, müsse aber andererseits auch vor dem strafrechtlichen Zugriff und damit dem Übergriff des Staates bewahrt werden.⁴⁹

Neben dem Abbau eines „moralischen Dogmatismus im Strafrecht“⁵⁰ wurde auch die „generelle Entmoralisierung des Strafrechts“⁵¹ und der „Wandel von einem am Schutz moralischer Standards orientierten Strafrecht zum Rechtsgüterschutz“⁵² gefordert.

Aus diesen Forderungen resultierte im Rahmen des ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts 1969⁵³ die Abschaffung der Strafbarkeit des Ehebruchs, der Homosexualität unter Erwachsenen, der Unzucht mit Tieren und des Erschleichens des außerehelichen Beischlafs.⁵⁴

Als ein weiterer großer Schritt Richtung ‚Entmoralisierung‘ wird auch die 1973⁵⁵ erfolgte Änderung der Überschrift des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs von *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit* in *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung* angesehen.⁵⁶

In den darauffolgenden 50 Jahren sind immer wieder Veränderungen und Reformen erfolgt, die auf eine Entwicklung hin zur Abgrenzung von Moral und Strafrecht hindeuten.⁵⁷

⁴⁸ Beachtlich vor allem das Gutachten von *Hanack*, Zur Revision des Sexualstrafrechts, 32 ff..

⁴⁹ Vgl. *Bacia*, Reform des Sexualstrafrechts, 95 ff..

⁵⁰ BVerfGE 120, 224.

⁵¹ *ebd.*; vgl. auch MüKo/Renzikowski, StGB, Vorbemerkung zu § 174, Rn. 2-6.

⁵² BVerfGE 120, 224; vgl. auch *Roxin*, Strafzweck und Strafrechtsreform, 77.

⁵³ BGBl I, 645.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 120, 224.

⁵⁵ BGBl I, 1725.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 120, 224; MüKo/Renzikowski, StGB, Vorbemerkung zu § 174, Rn. 2-6.

⁵⁷ Nur beispielhaft: Streichen des § 175 StGB, BGBl I, 168.

Es kann allerdings nicht behauptet werden, dass diese Maßnahmen der Vergangenheit dazu geführt hätten, dass heute eine einverständlich und endgültige Trennung von Moral und Strafrecht besteht. Vielmehr wird die Frage danach, wie Strafrecht und Moral zusammenhängen, auch heute nicht einheitlich beantwortet.⁵⁸

2. Streitstand in der Strafrechtswissenschaft

Die gegenwärtig überwiegend vertretene Ansicht in der deutschen Strafrechtswissenschaft verneint zwar Strafverbote rein zum Schutz von Moral, Sittlichkeit und Gefühlen,⁵⁹ erkennt aber teilweise das ‚Vertrauen der Bevölkerung‘ als kollektives Rechtsgut an.⁶⁰

Als problematisch werden in diesem Zusammenhang beispielsweise Exhibitionistische Handlungen, § 183 StGB⁶¹, Erregung öffentlichen Ärgernisses, § 183a StGB⁶², sowie Störung der Totenruhe, § 168 StGB⁶³, gesehen.

⁵⁸ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 105 f., 108 ff.; Kühl, StudZR-Ausbildung 2017, 193 f.; Kühl, JA 12/2009, 883; Valerius, Multikulturalität und Strafrecht, 23.

⁵⁹ Vgl. u.a. Amelung, Rechtsgüterschutz, 347; Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 26, wobei sich in der neueren Literatur auch Stimmen pro strafrechtlichem Gefühlsschutz mehrten, vgl. Auch Ausführung bei Roxin, AT/1, § 2 C, Rn.31a f..

⁶⁰ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 53, 105; Roxin, der noch in der Voraufgabe AT/1 von der Beeinträchtigung eines Sicherheitsgefühls als Grundlage sprach – während nunmehr klargestellt ist, dass es sich hierbei um Beeinträchtigung der Willensbildung und -betätigung und nicht die Abwehr ungewünschter Gefühle handelt Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 27, 28.

⁶¹ Vgl. Gesetzesbegründung (E 1962) BT-Drucks. 4/650 Rechtsgut „Rücksicht auf Zucht und Sitte“, kritisch Hanack, 47. DJT Gutachten, A 234, mit dem Bezug auf den „Schutz des allgemeinen sittlichen Standards“ der nicht Aufgabe des Strafrechts sei; bereits Marx, JZ 1972, 112 mit Verweis auf „Sittlichkeit der Allgemeinheit“ die kein Rechtsgut sei; Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 29 Strafbarkeit nur gerechtfertigt, wenn dabei Furcht vor einem sexuellen Übergriff hervorgerufen und damit die sexuelle Selbstbestimmung eingeschränkt wird; Stratenwerth, FS für Lenckner, 389 „Bruch mit der Konzeption“ (des Erfordernisses eines Rechtsguts).

⁶² Vgl. Hanack, 47. DJT Gutachten, A 222 Strafgrund sei typischerweise „Ärger über die Schamlosigkeit des Täters, also auf moralischen oder emotionalen Aspekten“; reines „Sexualtabu“ in Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 458; Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 30 in der Voraufgabe zum AT/1 noch als Gefühlsschutzdelikt eingeordnet, nunmehr Konfrontationsschutz vor ungewollten Reizen; ähnlich zu Hörnle auch Stratenwerth, FS für Lenckner, 389 „Ausnahme vom Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung“; kritisch Fischer, StGB, § 183a Rn. 2.

⁶³ Vgl. Ausführungen bei Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 367 ff.; Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 31 wonach nach der h.M. welche den Strafgrund in „Pietätsempfinden gegenüber Verstorbenen und Ruhestätten“ sieht, ein Gefühlsschutzdelikt vorläge, wogegen Rechtsgut der die Personenwürde (auch nach dem Tod) sei.

Diese Normen werden von Teilen der Lehre als reine Gefühlsdelikte eingestuft und eine Strafbarkeit nur über den Ausnahmefall, der „Pönalisierung des Verstoßes gegen in der Gesellschaft verwurzelten homogene Werte- und Verhaltensvorstellungen“⁶⁴ gerechtfertigt.

Nach einigen Ansichten sollen sogenannte Kerntabus Legitimationsgrundlagen einer Norm darstellen können.⁶⁵ Es soll sich dabei um Tabus handeln, die für die normative gesellschaftliche Verständigung elementar sind, soweit sie sich empirisch bestätigen lassen.⁶⁶ Andere Stimmen der Strafrechtswissenschaft lassen ein Tabu als Grundlage eines Strafgesetzes dann zu, wenn damit „elementare Interessen an Orientierungssicherheit“⁶⁷ der Gesellschaft geschützt werden.

Nach weiteren Ansichten soll zum Schutz „tief institutionalisierter Kulturüberzeugung“⁶⁸ die Strafbewährung legitim sein, da Verstöße hiergegen den Bestand der Gesellschaft gefährden würden. Elementare kulturelle Verhaltensanforderungen seien zu schützen, um jedenfalls den „Minimalkonsens der Gesellschaft“⁶⁹ zu bewahren.

Die Rechtsprechung gibt hingegen an, dass heute nicht (mehr) der Straftatbestand, sondern ausschließlich der Strafausspruch moralisch geprägt sei, da dieser neben Übelszufügung auch sozialetische Missbilligung enthalte.⁷⁰

⁶⁴ Vgl. in der Voraufgabe von AT/1 noch *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 30 f., in der Neuauflage deutliches Entgegenstehen unter anderem in Rn. 30; vgl. aber *Jung*, FS für Leferenz, 320, wonach die Strafbarkeit in derartigen Fällen nur eingesetzt bzw. aufrechterhalten werden darf, „wenn die Aufhebung auf die Gesellschaft in einem nicht mehr vertretbaren Maße desintegrierend wirken würde.“

⁶⁵ Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 160 ff. mit dem Verweis darauf, die gesellschaftliche Bewertung bestimmter Verhaltensweisen Maßstäbe für strafrechtliche Verbotsnormen vorgebe.

⁶⁶ Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 160.

⁶⁷ *Stratenwerth*, SchwZStR 1997, 86 ff., vgl. auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 81 staatliches „Ordnungsinteresse“; auch *Seelmann*, FS für Wolff, 429, 430 mit Ansicht, dass Tabus für den Fall einem Strafgesetz zugrunde liegen dürften, „wenn das elementare Interesse an der Orientierungssicherheit beeinträchtigt zu werden droht.“; kritisch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 114 ff. da Tabus als Unterkategorien allgemeiner sozialetischer Verhaltensvorschriften und als Teil negativer Gefühle sieht, die nicht gerechtfertigt werden können; vgl. auch nochmals *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 28 in Änderung zu seiner Ansicht in der Voraufgabe von AT/1 „unerwünschte Gefühle“.

⁶⁸ *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 346; „tief verwurzelte Kulturüberzeugung“ in *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 56; so auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 147 ff., 153; kritisch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 58ff. insb. 59, 60 mit Hinweis darauf, dass derartiges Vorgehen lediglich den Querschnitt der Gesellschaft darstellen und die Freiheit des Einzelnen (Minderheiten) unrechtmäßig einschränken würde.

⁶⁹ *Stratenwerth*, FS für Lenckner, 389, 390; so auch in SchwZStR 1997, 89 ff. und FS für Lenckner, 389 f.; in sehr engen Grenzen *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 52 ff. in Bezug auf das sog. Verhaltensdelikt zum Schutz des Bestands der Gesellschaft.

⁷⁰ Vgl. u.a. BVerfGE 25, 269; BVerfGE 27, 18; BVerfGE 92, 277; BVerfGE 95, 96; HRRS 2014, 1064.

Daraus schließen eine weitere Ansicht, dass Moral im Übrigen in der Strafrechtssystematik keine Rolle mehr spiele.⁷¹ Dagegen argumentieren wiederum Andere, dass auf normativer Seite des Strafgesetzbuches stets ein moralisches oder „ethisches Minimum“⁷² bestehe und dies auch weiterbestehen müsse.

Eine einheitliche Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis von Strafrecht, Moral und Sitten ist auch vor dem Hintergrund der Begrifflichkeit der ‚guten Sitten‘ problematisch. Es wird vorgetragen, dass die ‚guten Sitten‘ oder ein ‚Sittenverstoß‘ durchaus dem Themenkomplex der Moral zuzuordnen seien, weshalb ein behaupteter Rückzug der Moral aus dem Strafrecht nur schwer damit zu vereinbaren sei, dass beispielsweise in Normen wie dem § 228 StGB der Sittenverstoß normativ präsent ist.⁷³

Unter Zugrundelegung dieser weitreichenden Uneinigkeiten stellt sich zunächst die Frage, ob tatsächlich eine Trennung von Moral, Sittlichkeit und Strafrecht zwingend notwendig ist. Hierfür ist zu untersuchen, ob moralische oder sittliche Hintergründe auf legitime Weise einer Strafnorm zugrunde liegen können. In diesem Zusammenhang ist kurz zu beleuchten, unter welchen Voraussetzungen eine Strafnorm legitimiert werden kann und wie sich dies mit Moral und Sittlichkeit vereinbaren lässt.

3. Rechtsgutstheorie

Zunächst ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsgutstheorie einzugehen. Der Zusammenhang zwischen Moral und Rechtsgutstheorie ist nicht nur umstritten, teilweise wird sogar vertreten, die Rechtsgutstheorie habe die Moral im Strafrecht abgelöst.⁷⁴

⁷¹ Vgl. Kühl, Von der gerechten Strafe, 441; ders., Strafrecht AT, § 10, Rn. 2, ders., StudZR-Ausbildung, 2017, 192.

⁷² Jellinek, Weltanschauung, 1951; wird teilweise auch aus der Radbruchschen Formel gelesen wenn dort über grobes Unrecht oder unrichtiges Recht gesprochen wird vgl. die verkürzt dargestellte Formel bei Hilgendorf, JuS 2008, 766: *Normen, die der zuständige Gesetzgeber im vorgesehenen Verfahren ordnungsgemäß als Gesetze erlässt, sind geltendes Recht, es sei denn, die Normen sind inhaltlich extrem ungerecht, stehen also in eklatantem Widerspruch zur Moral. In diesem Fall handelt es sich nicht um Recht, sondern um in Gesetzesform gegossenes Unrecht*, vertiefend Dreier, JZ 1997, 421; kritisch Keß, ZRP 2012, 28, 29.

⁷³ Vgl. Kühl, StudZR-Ausbildung, 2017, 192.

⁷⁴ Vgl. u.a. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 26 I 2; Kühl, Strafrecht AT, § 10 Rn. 2; Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 2, 115.

Nach dem allgemeinen Verständnis der in der Strafrechtswissenschaft herrschenden Rechtsgutstheorie,⁷⁵ verdienen ausschließlich rechtlich anerkannte Güter strafrechtlichen Schutz, eine moralische Verwerflichkeit legitimiert eine Strafnorm hingegen nicht.⁷⁶

Wie genau die Rechtsgutstheorie zu definieren ist, was unter einem Rechtsgut zu verstehen ist, welche Voraussetzungen ein Rechtsgut erfüllen muss und ob moralische oder sittliche Güter unter gewissen Umständen hierunter fallen können, wird von der Strafrechtslehre dagegen nicht einheitlich beantwortet.⁷⁷

a) Ursprung der Rechtsgutstheorie

Der Ursprung der Rechtsgutstheorie ist letztlich nicht vollständig geklärt,⁷⁸ wird aber grundsätzlich in die Epoche der Aufklärung verortet.⁷⁹ Der Begriff des Rechtsgutes selbst wurde von *Binding* erstmals in das Strafrecht eingeführt,⁸⁰ aber erst durch v. *Liszt* als Mittelpunkt der Verbrechenslehre hervorgehoben.⁸¹

Rechtsgut ist nach *Binding* „Alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft von Wert ist (...).“⁸²

⁷⁵ Vgl. z.B. *Hohmann*, Umweltdelikte, 136 ff.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 1; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 18 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 7; *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 1; *Rudolphi*, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, 156 ff.; kritisch *Fischer*, StGB, Vor § 13, Rn. 2 Distanz der modernen Strafrechtstheorie vom Rechtsgutskonzept (m.w.N.).

⁷⁶ Vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 39; *Feuerbach*, Lehrbuch, §§ 9, 21, 27, 37, 38; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 1; *Schünemann*, Rechtsgutstheorie, 139 ff..

⁷⁷ Vgl. u.a. *Benthin*, Subventionspolitik, 138; *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 2.

⁷⁸ Vgl. *Benthin*, Subventionspolitik, 138.

⁷⁹ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 13.

⁸⁰ Vgl. *Binding*, Die Normen und Ihre Übertretung, 338, 340, 353 ff.; dem vorgeschaltet waren die Forderung *Feuerbachs* „den allgemeinen Begriff jedes einzelnen Verbrechens bestimmt klar und erschöpfend darzustellen, und dann die einzelnen Arten eines jeden Verbrechens aus dem Begriffe abzuleiten“ (*Feuerbach*, Lehrbuch, §§ 38, 39) sowie *Birnbaums* „Güter-Verletzungstheorie“ in den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts, die nahezu unbeachtet geblieben war, vgl. insgesamt *Sina*, Dogmengeschichte, 9 ff., 19, 41, 44 ff..

⁸¹ Vgl. v. *Liszt*, ZStW 1888, 133 ff. (erste Erwähnung des Begriffs Rechtsgut bereits in der 1. Auflage seines Lehrbuchs damals unter dem Namen „das deutsche Reichsstrafrecht“ 1881); zur Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs bei v. *Liszt* vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 82 ff., *Sina*, Dogmengeschichte, 47 ff., vgl. auch Ausführungen *Benthin*, Subventionspolitik, 141.

⁸² *Binding*, Die Normen und Ihre Übertretung, 353 f..

Binding vertrat den systemimmanenten Rechtsgutsbegriff, nachdem das Rechtsgut sich aus dem Strafgesetz selbst herleite und nach widerspruchsfreiem Belieben des Gesetzgebers als wertvoll für die Rechtsordnung angesehen werden sollte.⁸³

Bereits v. *Liszt* kritisierte diese Definition als ein reines Blankett, dem insbesondere vor dem Hintergrund von *Bindings*‘ generell unkritischen Haltung gegenüber dem Gesetzgeber und dessen insgesamt vertretenem Gesetzespositivismus, entgegenzutreten sei.⁸⁴ Auch *Amelung* gab in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die Begrifflichkeiten zu weit gefasst seien und sich damit zwar eine Strafbarkeit leicht begründen ließe, das wie auch immer definierte Rechtsgut auf der anderen Seite jedoch nicht in der Lage wäre, eine Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten zu ziehen.⁸⁵

Der Rechtsgutsbegriff sei danach, entgegen der allgemeinen Meinung, keine Einschränkung der Strafbarkeit, sondern vielmehr eine Erweiterung strafrechtlicher, insbesondere strafpolitischer Möglichkeiten.⁸⁶

Diese Einschätzung wird auch durch die weitreichende Verwendung des Rechtsgutsbegriffs in der Zeit des Nationalsozialismus getragen, da die dort zuständigen Stellen ebenfalls schnell erkannten, dass der Begriff des Rechtsgutes beliebig mit politisch geprägten Inhalten aller Art ausgefüllt werden kann.⁸⁷

b) Der systemtranszendente Rechtsgutsbegriff

Die heute überwiegend vertretene materielle Rechtsgutslehre sieht das Erfordernis des Rechtsguts als Vorprüfung positiven Rechts, mithin als Eingrenzung strafgesetzgeberischer Entscheidungen.⁸⁸

⁸³ Vgl. *Binding*, Die Normen und Ihre Übertretung, 188 ff., 353 f..

⁸⁴ Vgl. v. *Liszt*, ZStW 1886, 672 ff.; später nochmal Bezug genommen in ZStW 1888, 133 ff..

⁸⁵ Vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 77 ff., 251 ff., 257 f..

⁸⁶ *ebd.*; so auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 53 ff..

⁸⁷ Vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 251 ff.; *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 53 ff.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 14.

⁸⁸ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 1; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 20 ff. *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 2, 7, 9 ff. 42; kritisch *Fischer*, StGB, Vor § 13, Rn. 2.

Bei dem dort vertretenen systemtranszendenten Rechtsgutsbegriff⁸⁹ handelt es sich um einen systemkritischen Rechtsgutsbegriff, der Maßstäbe aufstellt, anhand derer die Strafgesetzgebung untersucht und bemängelt werden kann.

Sollte eine Norm diesen Maßstäben nicht genügen, wäre diese als illegitim einzustufen und aus dem Strafgesetzbuch zu streichen.⁹⁰ Es handelt sich neben der negativen Ausschlussfunktion von illegitimen Normen aber auch um eine positive Bestätigung der Legitimation einer Strafnorm.⁹¹

c) Definition des Rechtsgutes

Die Frage nach der konkreten Definition eines Rechtsgutes, wird ebenfalls nicht einheitlich beantwortet.⁹² Heute vertretene Definitionen des Rechtsgutsbegriffs sind neben „rechtliche geschützte Interessen“⁹³ „werthafte Zustände“⁹⁴, „schutzbedürftige menschliche Interessen“⁹⁵, „Funktionseinheiten, ohne die unsere staatliche Gesellschaft in ihrer konkreten Ausprägung nicht lebensfähig wäre“⁹⁶, „vergeistigter ideeller Wert“⁹⁷ auch „rechtlich geschützter abstrakter Wert der Sozialordnung“⁹⁸ oder ausführlicher „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen (...), die für die Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.“⁹⁹

Jäger charakterisiert Rechtsgüter als „verletzbare, schützenswerte Zustände“¹⁰⁰ wobei als ein Rechtsgut nur das in Betracht kommt, „was bereits vorher Gut (Sozialgut)“¹⁰¹ war.

⁸⁹ Zurückgehend auf *Birnbaum*, vgl. dazu *Sina*, Dogmengeschichte 19ff., 22 ff..

⁹⁰ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 1.

⁹¹ Vgl. *Hohmann*, Umweltdelikte, 55, 136 ff. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 1; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 116 ff.

⁹² Vgl. u.a. Aufzählung bei *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 3 oder *Stratenwerth* FS Lenckner, 378.

⁹³ bereits v. *Liszt*, ZStW 1888, 137; vgl. auch *Maurach/Gössel/Zipf*, AT/1, § 19, Rn. 8.

⁹⁴ *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 13.

⁹⁵ *NK/Hassemer*, Vor § 1, Rn. 287.

⁹⁶ *Rudolphi*, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, 163.

⁹⁷ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 2, Rn. 10.

⁹⁸ *Jescheck/Weigend*, AT, 257.

⁹⁹ *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 7.

¹⁰⁰ *Jäger*, Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 13.

¹⁰¹ *ebd.*, 21; vgl. auch *Benthin*, Subventionspolitik, 143.

Rechtsgüter sind danach „werthafte Zustände, die durch menschliches Handeln verändert werden können und die deshalb durch strafrechtliche Regelungen vor solchen Veränderungen bewahrt werden müssen.“¹⁰²

d) Kritik an der Rechtsgutstheorie

Die verschiedensten Definitionsansätze zugrunde gelegt, ist kaum erkennbar wie sich diese Definitionen zueinander verhalten und wo die entsprechenden Autoren ihre Erkenntnisse herleiten.¹⁰³ Aus diesen Uneinig- und Ungenauigkeiten resultieren auch kritische Stimmen, die der Rechtsgutstheorie ihre Legitimationsfunktion absprechen.¹⁰⁴

Dabei lässt sich gegen die Rechtsgutstheorie einwenden, dass die moderne Gesellschaft mit ihren komplexen Zusammenhängen sich nicht als Bestand verfestigter Güter beschreiben und umfassend abbilden lasse.¹⁰⁵ Nach *Stratenwerth* sei die Rechtsgutstheorie veraltet und versage schon deshalb, weil sich gar nicht abschätzen lasse, welche Auswirkungen das heutige Handeln einer Gesellschaft für die nachfolgenden Generationen haben werde. Eine Lossagung vom Rechtsgutsdenken würden eine Erweiterung des Blickwinkels ermöglichen, die es erlaube, auch die Folgen dieses Handels mit einzubeziehen.¹⁰⁶

Er verwirft die Rechtsgutstheorie außerdem vor dem Hintergrund, dass der Begriff des Rechtsguts zu unklar sei, eine Gesellschaft hingegen stets kulturelle Verhaltensnormen benötige, bei denen es sich nicht um zu bestimmende Güter handle.¹⁰⁷

Auch *Hörnle* hält den Versuch, den Begriff des Rechtsguts näher zu bestimmen und daraus Folgerungen für die Legitimität einer umstrittenen Strafnorm abzuleiten, insgesamt für gescheitert und stellt fest, dass die „Fixierung auf den Rechtsgutsbegriff nicht weiterführt.“¹⁰⁸

¹⁰² *Jäger*, Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 13.

¹⁰³ Vgl. *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 3.

¹⁰⁴ Vgl. umfassende Darstellungen bei *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 1 ff.; *Roxin*, AT/1, § 2, Rn. 103 ff., jeweils m.w.N.

¹⁰⁵ Vgl. *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter, 156.

¹⁰⁶ Vgl. *Stratenwerth*, FS für Lenckner, 260; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 2, Rn. 10, 11.

¹⁰⁷ Vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 2, Rn. 8 f.

¹⁰⁸ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 17; so auch *Frisch*, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur, 216 ff.; *Stratenwerth*, FS für Lenckner, 388; *Schünemann* Rechtsgüterschutzprinzip, 137.

Dass dem Begriff des Rechtsgutes keine einschränkende und damit im Ergebnis auch keine legitimierende Wirkung zukommt, will auch *Amelung* mit Verweis, dass der ursprüngliche Ansatzpunkt des Rechtsgutsbegriffs gerade kein kritischer war, bewiesen wissen.¹⁰⁹

Neben den grundsätzlichen Zweifeln an der Rechtsgutstheorie stellt sich außerdem die Frage, ob diese vor dem Hintergrund der Bindung des Strafgesetzgebers an das Grundgesetz ihre strafbarkeitsbegrenzende Funktion ohnehin verloren hat und die Legitimation einer strafrechtlichen Norm ausschließlich mittels der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu bewerten ist.¹¹⁰

Im demokratischen Verfassungsstaat ist der Gesetzgeber nach Art. 20 Abs. 3 GG zur Achtung der Verfassung bzw. durch Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich und insbesondere zur Achtung der Grundrechte verpflichtet.¹¹¹

Die Rechtsgutstheorie laufe daher nach einigen Ansichten leer, da sich bereits aus Art. 20 Abs. 2 1 GG, nach welchem alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, ergebe, dass es dem Staat mit Zwangsreaktionen verboten ist, mündige Menschen moralisch zu verbessern.¹¹² Im Wege des Rechtsstaatsgebot sei es vielmehr geboten, das Strafrecht ausschließlich zum Schutz menschlichen Zusammenlebens einzusetzen.¹¹³

Allerdings stellt dies nach *Benthin* keinen Grund dar, die Rechtsgutstheorie vorschnell zu verwerfen. Der weitgehende Gleichlauf der Argumentationsansätze zwischen Grundrechtsbindung und Rechtsgutstheorie weise vielmehr auf die Eignung der Rechtsgutstheorie hin, verfassungsrechtliche Vorgaben unmittelbar in die Legalitätsprüfung von Strafgesetzen einfließen zu lassen.¹¹⁴

¹⁰⁹ Wie bereits oben ausgeführt, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 47 ff. mit Hinweis aus *Birnbaum* und *Binding*, die den Begriff des Rechtsguts so weit und beweglich fassten, dass dieser kaum kritisches Potential enthielt.

¹¹⁰ Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 46 ff, 336 ff.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 21; *Lagodny*, Grundrechte, 18 ff., 145 ff..

¹¹¹ Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 390; *Benthin*, Subventionspolitik, 139; *Lagodny*, Grundrechte, 162 f..

¹¹² Vgl. *Benthin*, Subventionspolitik, 139; so auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 51.

¹¹³ Vgl. *Benthin*, Subventionspolitik, 139; ähnlich *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 I 2, wonach es unter Zugrundelegung der Vorgaben des Grundgesetzes auf die rechtspolitische Entscheidung und gerade nicht auf den Begriff des Rechtsgutes ankommt auch *Zipf*, Kriminalpolitik, 110 f. präferiert den Ermessensspielraum des Gesetzgebers statt der einschränkenden Wirkung der Recht.

¹¹⁴ Vgl. *Benthin*, Subventionspolitik, 140, so auch *Sternberg-Lieben*, Verhältnismäßigkeit, 74 ff..

4. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen der Inzestentscheidung¹¹⁵ im Jahr 2008 nach Ansicht vieler der Rechtsgutslehre eine Absage erteilt.¹¹⁶ Das oberste Gericht führte in seiner Entscheidung aus, dass Strafnormen keinen strengeren Anforderungen hinsichtlich des zu verfolgenden Zweckes unterliegen würden, als die der reinen Verfassungsmäßigkeitsprüfung.

Die Überprüfung eines Strafgesetzes auf seine Nichtigkeit hin, baue sich laut Bundesverfassungsgericht nach den allgemeinen Grundsätzen auf, das Strafgesetz müsse geeignet und erforderlich sein, den zu schützenden Zweck der Norm zu erreichen, wobei die Geeignetheit vorliege, wenn die Norm den angestrebten Erfolg fördere. Das Strafgesetz ist erforderlich, wenn es kein milderes, ebenso wirksames Mittel als das betroffene Strafgesetz gebe und zuletzt müsse die Norm dem Übermaßverbot, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne genügen.¹¹⁷ Weitergehende Anforderungen an die Prüfung bestünden nach dem Bundesverfassungsgericht nicht und könnten auch nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre abgeleitet werden.¹¹⁸

Auch wenn in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Begrifflichkeiten Rechtsgut oder Rechtsgüterschutz auftauchen, so sei darin kein Verweis auf die Rechtsgutstheorie der Lehre zu sehen.¹¹⁹ Nach dem Bundesverfassungsgericht könne die Rechtsgutstheorie nicht den demokratisch legitimierten Gesetzgeber lenken oder gar ersetzen, der einerseits die Strafzwecke und andererseits auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festlege und beides an die gesellschaftlichen Entwicklungen anpasse.¹²⁰

¹¹⁵ BVerfGE 120, 224.

¹¹⁶ Etwa Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 („Rechtsgut mit spitzen Fingern anfasst“); gegen die Senatsmehrheitsmeinung auch EGMR, Urteil v. 21.10.2010, 43155/08; MüKo/Ritscher, StGB, § 173, Rn. 6.

¹¹⁷ Vgl. u.a. BVerfGE 89, 334.

¹¹⁸ BVerfGE 120, 224.

¹¹⁹ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 23.

¹²⁰ BVerfGE 120, 224.

Als mit dem Mitteln des Strafrechts zu schützende Güter nennt das Bundesverfassungsgericht unter anderem „geschützte Gemeinschaftsbelange“¹²¹ und umschreibt diese in weiteren Entscheidungen mit „elementare(n) Werte(n) des Gemeinschaftslebens“¹²² „Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“¹²³ oder „gewichtige(n), elementare(n) Gemeinschaftsgüter(n)“,¹²⁴ wobei das Bundesverfassungsgericht offen lässt, wann ein Gut konkret gewichtig und elementar sei.¹²⁵

Im Hinblick auf die Frage nach dem grundsätzlichen Verorten oder Verbannen der Moral und Sittlichkeit aus dem Strafrecht, trägt das oberste Gericht in der Inzestentscheidung vor, dass auch solche Strafgesetze verfassungsgemäß seien, die jedenfalls „in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkraftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit“¹²⁶ gerechtfertigt seien. Das Bundesverfassungsgericht lässt aber ausdrücklich offen, ob Strafnormen, die ausschließlich auf Moralvorstellungen basieren, verfassungsrechtlich zu beanstanden wären.¹²⁷

*Hassemer*¹²⁸ meint in seinem abweichenden Votum zu jenem Urteil, dass diese Entscheidung aufzeige, dass das Bundesverfassungsgericht zwar vorgibt, nach welchen Maßstäben es Strafgesetze für legitimiert ansieht, dass vorstehende Urteil aber ausschließlich auf bestehenden oder auch nur vermuteten Moralvorstellungen basiere.

Ob es sich bei dem verfassungsgerichtlichen Urteil um eine prinzipielle Absage an die Rechtsgutslehre der Strafrechtswissenschaft handelt, wird nicht einheitlich beantwortet.¹²⁹

¹²¹ BVerfGE 89, 334.

¹²² BVerfGE, 88, 203.

¹²³ *ebd.*

¹²⁴ BVerfGE 89, 334.

¹²⁵ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 24.

¹²⁶ BVerfGE 120, 224.

¹²⁷ *ebd.*

¹²⁸ Vgl. *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07.

¹²⁹ Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 539; *Hamm*, NJW 2016, 1539 f.; *Roxin*, JuS 1966, 377; *ders.*, AT/1, § 2 C, Rn. 97 ff..

Vielmehr wird auch vertreten, dass sich die Zweifel des Bundesverfassungsgerichts an der Tauglichkeit des Rechtsgutsmodells als Prüfungsmaßstab für die verfassungsrechtliche Legitimation von Strafnormen eher auf die Anerkennung von „vorfindliche(n) oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ‚anerkannte(n)‘ Rechtsgüter(n)“¹³⁰ im Sinne einer „naturalistischen Rechtsgutstheorie“¹³¹ bezogen hätten.¹³² Diese Erwägungen enthielten nach Meinung von *Hamm* aber keine prinzipielle Absage an die Rechtsgutslehre.¹³³ Im Gegenteil betone der Senat gerade dort, wo dem Gesetzgeber die grundsätzliche Freiheit zugestanden wird, dass es diesem obliege, selbstständig zu entscheiden, „ob er ein bestimmtes Rechtsgut (!), dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will.“¹³⁴

Hörnle gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die Verfassungsmäßigkeitsprüfung und die Rechtsgutstheorie grundsätzlich unterschiedliche Blickwinkel beleuchten würden.¹³⁵

Während mittels der Rechtsgutstheorie nach der herrschenden Meinung Strafgesetze legitimiert werden sollen, also Kriterien aufgestellt werden sollen, die der Strafgesetzgeber im Rahmen der Gesetzgebung zu beachten hat, ist es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bestehende Strafgesetze an den Maßstäben der Verfassung zu überprüfen. Dabei folge bereits aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz der eingeschränkte Kontrollspielraum des Bundesverfassungsgerichts.¹³⁶ Eine unmittelbare Vergleichbarkeit der Ansätze scheide damit aus.¹³⁷

¹³⁰ BVerfGE 120, 224.

¹³¹ *ebd.*

¹³² Vgl. *Hamm*, NJW 2016, 1540.

¹³³ *ebd.*

¹³⁴ BVerfGE 120, 224.

¹³⁵ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 34; *dies.*, Tatproportionale Strafzumessung, 35 f., 62 f..

¹³⁶ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 34; *Kissel*, Aufrufe zum Ungehorsam, 244 f.; *Nelles/Velten*, NStZ 1994, 370.

¹³⁷ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 34.

Allerdings wird, entgegen der soeben aufgezeigten Differenzierung zwischen Kontroll- und Handlungsperspektive,¹³⁸ in Teilen der Strafrechtslehre auch die Legitimation strafrechtlicher Normen, allein basierend auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vertreten.¹³⁹

Dem Strafgesetzgeber seien, so *Appel* und *Lagodny*, soweit er durch das Strafgesetz in Grundrechte eingreife, für die ein einfacher Gesetzesvorbehalt gelte, bei der Wahl der Zwecke praktisch keine Grenzen gesetzt. Es sei vielmehr alles erlaubt, was nicht ausdrücklich vom Grundgesetz verboten werde.¹⁴⁰ Das, was der Gesetzgeber als Zweck wähle, sei damit automatisch das zu schützende Gemeinwohlinteresse.¹⁴¹

Nach *Hörnle*¹⁴² liege genau hierin das Problem der Legitimation einer Strafnorm, alleine basierend auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Reichweite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei beschränkt, da die entscheidende Weichenstellung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Festlegung des Schutzzwecks liege und dem Gesetzgeber mit der Formulierung der „generellen Gemeinschaftsgüter“¹⁴³ praktisch keine Grenzen mehr gezogen werden können.¹⁴⁴

5. Weitere Ansichten zur Legitimation von Strafgesetzen

Ein weiterer Ansatzpunkt der Legitimation von Strafgesetzen und damit verbunden die Frage danach, ob Moral und Sittlichkeit einem Strafgesetz auch heute noch zugrunde liegen können, bietet die Ansicht, nach welcher der Strafgesetzgeber sich (lediglich) an den Vorgaben und Schranken aus Art. 2 Abs. 1 GG zu orientieren habe.¹⁴⁵

¹³⁸ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 34.

¹³⁹ Vgl. bspw. *Appel*, Verfassung und Strafe 381 ff.; *Lagodny*, Grundrechte, 140 ff..

¹⁴⁰ Vgl. *Lagodny*, Grundrechte, 141.

¹⁴¹ *ebd.*, 143.

¹⁴² Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 34 ff..

¹⁴³ BVerfGE 89, 334; BVerfGE 88, 203.

¹⁴⁴ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 468.

¹⁴⁵ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 41 ff..

Ein Gesetzesvorhaben müsse, da es die Handlungsfreiheit des Einzelnen einschränkt, stets mit den Schranken aus Art. 2 Abs. 1 GG im Einklang stehen, wobei es nach dieser Meinung primär auf die Schranken ‚Rechte anderer‘ und das ‚Sittengesetz‘ ankommt, während die Schranke der ‚öffentlichen Ordnung‘ außen vor bleiben könne. Für die Frage der Verortung der Moral und Sittlichkeit im Strafrecht sei hierbei besonders die Schranke des Sittengesetzes relevant.¹⁴⁶

In diesem Zusammenhang wird unter anderem behauptet, dass es keinen zwingenden Grund gebe, Moralwidrigkeiten grundsätzlich als Legitimationsgrundlage zu verneinen.¹⁴⁷ Auch die frühere Rechtsprechung sei durchaus als Zugeständnis der Moral im Rahmen des Sittengesetzes und damit als Einschränkung der Freiheitsgrundrechte zu sehen.¹⁴⁸

Während in der früheren verfassungsrechtlichen Literatur durchaus vertreten wurde, dass der Begriff des Sittengesetzes auch mehrheitlich anerkannte moralische Grundüberzeugungen beinhalte¹⁴⁹ und der Staat stets neben dem Schutz von Gütern wie Gesundheit oder Eigentum auch hochwertige Güter wie Moral und Gerechtigkeit zu schützen habe,¹⁵⁰ hat die Variante des Sittengesetzes in der aktuellen Lehre hingegen praktisch keine Bedeutung mehr.

Der Verweis auf das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG solle heute an die Menschenrechtstradition erinnern, sei darüber hinaus aber ohne eigenständigen Anwendungsbereich.¹⁵¹

Auch in der aktuellen Rechtsprechung¹⁵² wird das Sittengesetz heute nicht mehr mit Moral gleichgesetzt oder ohne Einschränkung als Legitimationsgrundlage herangezogen.

¹⁴⁶ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 41 ff..

¹⁴⁷ Vgl. Appel, KritV 1999, 302.

¹⁴⁸ Vgl. insb. Entscheidung zur Strafbarkeit homosexueller Handlungen, BVerfGE 6, 389; sowie die Entscheidung zur Verlobtenkuppelei, BGHSt 6, 46.

¹⁴⁹ Vgl. Erbel, Sittengesetz, 145 ff..

¹⁵⁰ Vgl. McCloskey, Political Studies, 368 ff..

¹⁵¹ Vgl. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 GG, Rn. 39; Maunz/Dürig/Herzog/Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 46; Piroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 288.

¹⁵² Das Bundesverfassungsgericht hat sich nach seiner Entscheidung hinsichtlich der Strafbarkeit homosexueller Handlungen (BVerfGE 6, 389) nicht nochmals zur Bedeutung des Sittengesetzes geäußert.

Hörnle ist der Ansicht, dass der einzige Anwendungspunkt des Sittengesetzes in diesem Sinne in Verbindung mit dem Sonderfall der Menschenwürde zum Tragen komme. Der Begriff des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG sei nur dann anzuwenden, wenn sich eine moralische Norm aus der Verfassung selbst ableiten lasse.¹⁵³ Dies sei im Rahmen der Menschenwürde der Fall, die nicht nur rechtliches, sondern auch ethisches Fundament der Verfassung und des Staates darstelle. Unter dieser Bedingung könne Verhalten, das mit dem Gebot, die Menschenwürde zu achten, nicht vereinbar ist, als Verstoß gegen das Sittengesetz verboten werden.¹⁵⁴

¹⁵³ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 62 f..

¹⁵⁴ *ebd.*, 64.

III) Strafrecht abhängig vom Wandel der Moralvorstellungen?

Nachdem die verschiedenen Theorien und Ansichten diverser Strafrechtstheoretiker sowie die Praxis des Bundesverfassungsgerichts dargestellt wurden, stellt sich nachfolgend die Frage, wie das Problemfeld Moral und Strafrecht heute in der Praxis zu bewerten ist. Hierzu wird die Entwicklung konkreter Normen untersucht.

1. Streichung moralbehafteter Straftatbestände als Abkehr des Strafrechts von Moral und Sittlichkeit?

Jüngere Reformen des Strafgesetzbuches lassen zunächst durchaus den Schluss zu, dass nach dem gesetzgeberischen Willen das Strafrecht von Moral und Sittenvorstellungen streng zu trennen ist. Diverse Normen wurden in der Vergangenheit mit der Begründung, sie seien nicht mehr zeitgemäß¹⁵⁵ oder würden lediglich gesellschaftliche Vorstellungen schützen,¹⁵⁶ essentiell abgeändert oder aus dem Strafgesetzbuch gestrichen.

a) Strafbarkeit der Homosexualität § 175 a.F. StGB

Hierbei ist zunächst die Entwicklung der Strafbarkeit der Homosexualität zu nennen. Bis zur 1. Strafrechtsreform 1969 waren nahezu sämtliche homosexuelle Handlungen unter Strafe gestellt. Es spielte dabei weder eine Rolle, dass die betroffenen Männer, also die vermeintlichen Opfer, mit der Unzucht einverstanden, noch, dass diese erwachsen waren.

Zwar fand sich bereits im Regierungsentwurf 1962¹⁵⁷ für die Abschaffung des § 175 a.F. StGB die Ansicht, dass es nicht Aufgabe des Staates sei, gegen Handlungen einzuschreiten, die zwischen erwachsenen Männern ohne Gefährdung oder Belästigung der Allgemeinheit und im freien Einverständnis begangen werden.

¹⁵⁵ Vgl. Bundesrat, Erläuterungen 13.05.16, TOP 8.

¹⁵⁶ Vgl. BT-Drucks, 5/4094 „Es kann nicht Aufgabe des Strafrechts sein, ihnen geschlechtliche Enthaltsamkeit auch insoweit aufzuerlegen“.

¹⁵⁷ Vgl. BT-Drucks, 4/650.

Obwohl solche Handlungen als sittlich anstößig angesehen wurden, sollte der Staat keine Befugnis haben, sich einzumischen.¹⁵⁸

Allerdings überwog letztlich die Meinung, dass die Verbreitung von Homosexualität einzudämmen sei, da diese mit erheblichen Gefahren für die Gesellschaft einherginge.¹⁵⁹ Homosexualität wurde als Triebstörung, abartige Neigung und „verachtenswerte Verirrung, die geeignet ist, den Charakter zu erschüttern und das sittliche Gefühl zu zerstören“¹⁶⁰ angesehen. Vor daraus resultierenden Gefahren, der „Entartung des Volkes“¹⁶¹ und dem „Verfall der sittlichen Kräfte“¹⁶² durch die Ausbreitung dieser Triebstörung, sollte der Staat mit dem Mittel des Strafrechts bewahren.

Von der Rechtsprechung wurde der Straftatbestand der Homosexualität stets exzessiv ausgelegt, sodass neben gleichzeitiger Onanie¹⁶³ oder dem bloßen Zusehen gleichgeschlechtlichen Verkehrs¹⁶⁴ dem Oberlandesgericht Stuttgart 1963¹⁶⁵ sogar ein Zungenkuss zur Erfüllung des Straftatbestandes genügte. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte noch in den siebziger Jahren seine Grundsatzentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 175 a.F. StGB.¹⁶⁶

Dass schwule Männer sich strafbar machten, lesbische Frauen hingegen nicht, war nach dem Bundesverfassungsgericht auf körperliche Unterschiede zurückzuführen.

¹⁵⁸ Vgl. *BT-Drucks*, 4/650 „Auch wenn solche Handlungen sittlich anstößig seien, habe der Staat keine Befugnis sich einzumischen, weil durch das Verhalten der Beteiligten kein schutzwürdiges Rechtsgut verletzt werde“.

¹⁵⁹ *ebd.* „Ausgeprägter als in anderen Bereichen hat die Rechtsordnung gegenüber der männlichen Homosexualität die Aufgabe, durch die sittenbildende Kraft des Strafgesetzes einen Damm gegen die Ausbreitung eines lasterhaften Treibens zu errichten, das, wenn es um sich griffe, eine schwere Gefahr für eine gesunde und natürliche Lebensordnung im Volke bedeuten würde“.

¹⁶⁰ Vgl. *BT-Drucks*, 4/650.

¹⁶¹ *ebd.*

¹⁶² *ebd.*

¹⁶³ Vgl. BGHSt 4, 323.

¹⁶⁴ Vgl. BGHSt 5, 88.

¹⁶⁵ *OLG Stuttgart*, NJW 1963, 1684.

¹⁶⁶ BVerfGE 36, 41.

Diese seien insbesondere die „körperliche Bildung der Geschlechtsorgane“¹⁶⁷, das „hemmungslose(...) Sexualbedürfnis“¹⁶⁸ homosexueller Männer, das „Durchhalten sexueller Abstinenz“¹⁶⁹ lesbischer Frauen, das „Strichjungenwesen“¹⁷⁰ homosexueller Männer sowie schließlich generell die öffentlich praktizierte männliche Homosexualität.¹⁷¹

Im Rahmen der 1. Strafrechtsreform 1969 wurde das Totalverbot des § 175 a.F. StGB aufgehoben und schließlich *(m)it Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren (...) bestraft 1. Ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zu Unzucht missbrauchen lässt (...).*

Obwohl Homosexualität noch immer als krankhaft, unnatürlich und wider die Sitten angesehen wurde, vertrat man zu diesem Zeitpunkt überwiegend die Ansicht, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sei, sich in die Sexualität der Bürger einzumischen und ihnen geschlechtliche Enthaltsamkeit jedenfalls auch insoweit aufzuerlegen, als es sich um freiwillige sexuelle Beziehungen zwischen Erwachsenen handelt.¹⁷²

Im Rahmen der umfassenden Reform des Sexualstrafrechts 1973 wurde der Begriff der *Unzucht* gegen den Begriff der *sexuellen Handlungen* ersetzt, setzte also direkten körperlichen Kontakt voraus¹⁷³ und das Schutzalter wurde von 21 auf 18 Jahre abgesenkt. Vom Schutz vor krankhaften Entartungen oder Verfall der Sitten war keine Rede mehr, vielmehr wurde die „ungestörte sexuelle Entwicklung des männlichen Jugendlichen“¹⁷⁴ als das von der Norm zu schützende Gut angesehen.

Trotz der elementaren Änderungen im Rahmen der genannten Reformen, blieb die Homosexualität grundsätzlich strafbar.

¹⁶⁷ BVerfGE 6, 389.

¹⁶⁸ *ebd.*

¹⁶⁹ *ebd.*

¹⁷⁰ *ebd.*

¹⁷¹ Vgl. BVerfGE 36, 41, so schon BVerfGE 6, 389.

¹⁷² Vgl. BT-Drucks, 5/4094.

¹⁷³ Vgl. BT-Drucks, 6/1552.

¹⁷⁴ Schäfer, Widernatürliche Unzucht, 216.

In verschiedensten Gesetzesvorschlägen wurde die Norm als Abweichung von dem Prinzip des Rechtsgüterschutzes kritisiert, welches gerade in den Strafrechtsreformen von 1969 und 1973 vorrangig zum Ausdruck gekommen war.¹⁷⁵ Es wurde bemängelt, dass im Rahmen der Strafbarkeit der Homosexualität kein Rechtsgut oder Freiheitsrecht eines Mannes geschützt werde, sondern vielmehr eine reine Moralvorstellung.¹⁷⁶ Die Norm diene „unter Mißbrauch des Freiheitsbegriffes dem Schutz einer Sexualmoral statt der Abwehr sozialgefährlichen Verhaltens.“¹⁷⁷

Nach der schließlich 1994 erfolgten vollständigen Streichung der Vorschrift, ist im Jahr 2017 neben der ‚Ehe für alle‘¹⁷⁸ auch das Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen (StrRehaHomG) verabschiedet worden, welches in der Vergangenheit nach § 175 a. F. StGB Verurteilte entschädigen soll.¹⁷⁹

Verurteilten solle der „Makel genommen werden, mit dem sie bisher wegen einer Verurteilung allein aufgrund ihrer sexuellen Orientierung leben mussten.“¹⁸⁰ Ziel des StrRehaHomG sei es, vollständig von der Sanktionierung Abstand zu nehmen, da die Strafbarkeit der Homosexualität ausschließlich auf der Grundlage einer staatlich vorgegebenen Sexualmoral basierte.¹⁸¹

Diese Kehrtwende von der Bestrafung der Homosexualität als sittenwidrig, moralwidrig und ‚wider die Natur‘ hin zur Streichung und bewussten Nicht-Wiederbesetzung des § 175 StGB sowie, viel mehr noch, das in Kraft setzen eines eigenen Rehabilitationsgesetzes für nach dieser Norm verurteilte Männer, lässt sich durchaus mit der Förderung des Ansinnens der Trennung von Moral-, Sittenwidrigkeiten und dem Strafrecht in Verbindung bringen.

¹⁷⁵ Vgl. Vgl. *BT-Drucks*, 5/4094 und *BT-Drucks*, 6/1552.

¹⁷⁶ Vgl. *Kühl*, JA 12/2009, 838.

¹⁷⁷ Vgl. *BT-Drucks*, 10/2832, 11/4153 und 11/515.

¹⁷⁸ Vgl. *BT-Drucks*, 18/12989.

¹⁷⁹ Vgl. *BT-Drucks*, 18/12038.

¹⁸⁰ *BT-Drucks*, 18/12379.

¹⁸¹ Vgl. *BT-Drucks*, 18/12038.

b) Sexuelle Nötigung gemäß § 177 StGB in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal *außerehelich*

Als ein weiteres Indiz für die praktische Abkehr des Strafrechts von moralisch und sittlichkeitsgeprägten Vorstellungen könnte die Änderung in § 177 StGB, der sexuellen Nötigung, kurz vor der Jahrtausendwende angesehen werden. 1997 wurde der Straftatbestand der Vergewaltigung in der Gestalt angepasst, dass dieser auch den erzwungenen Beischlaf in der Ehe umfasst.¹⁸²

Unter dem Abschnitt *Vergehen und Verbrechen wider die Sittlichkeit* lautete § 177 RStGB ab dem Jahr 1872 (m) *it Zuchthaus wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nöthigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlaffe mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenslosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat.*

Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen generell, das Sexualleben im Speziellen, waren zu diesem Zeitpunkt, aber auch im Rahmen der Strafrechtsreform knapp 100 Jahre später fester Bestandteil des Strafrechts.¹⁸³ Es galt mit den Mitteln des Strafrechts die Volksgesundheit zu bewahren.¹⁸⁴ Insbesondere die Notzucht, der erzwungene vaginale Verkehr, wurde als Verbrechen gegen die Sittlichkeit angesehen.¹⁸⁵

Der Geschlechtsverkehr innerhalb einer Ehe hingegen, war dem Zugriff durch den Strafgesetzgeber verwehrt¹⁸⁶ und gehörte nach der damaligen Vorstellung vielmehr zu den sittlichen Pflichten, die eine Ehefrau stets zu erfüllen hatte.¹⁸⁷

¹⁸² Vgl. *BT-Drucks*, 13/7324.

¹⁸³ *BT-Drucks*, 4/650, detailliert oben unter II. 1.

¹⁸⁴ Detailliert siehe oben unter II. 1.

¹⁸⁵ Vgl. Regelung in *Vergehen und Verbrechen wider die Sittlichkeit* (13. Kapitel des StGB); vgl. auch *Rudolph*, *Vergewaltigung in der Ehe*, 25.

¹⁸⁶ Vgl. *BT-Drucks*, 4/650, dort unter der Norm § 204 StGB und die späteren Ausführungen in *BT-Drucks*, 13/7324.

¹⁸⁷ Siehe oben Ehescheidungsurteil des BGH, NJW 1967, 1978; vgl. auch *Rudolph*, *Vergewaltigung in der Ehe*, 25 f..

Geschlechtliche Beziehungen wurden als dem Wesen der Ehe immanent angesehen und solange Geschlechtsverkehr innerhalb der Ehe vollzogen würden, konnten diese keinen strafbewährten Bereich darstellen.¹⁸⁸ Daraus folgend konnte auch Gewaltanwendung zur Ausführung dieser an sich zulässigen Handlung nicht strafrechtlich relevant sein.

Dies wurde, wie einleitend bereits angemerkt, von der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs getragen.¹⁸⁹ Es war sittlich und auch moralisch von der Ehefrau zu erwarten, dass sie ihrem Ehemann jederzeit den Beischlaf gewährte.¹⁹⁰ Da es sich nach der damaligen Vorstellung bei der Verweigerung des Beischlafs um eine "schwere schuldhaftes Eheverfehlung"¹⁹¹ handelte, die außerdem auch einen Scheidungsgrund darstellte, konnte es den erzwungenen Beischlaf innerhalb der Ehe überhaupt nicht geben. Vielmehr hatte nach diesem Verständnis der Ehemann das Recht dasjenige einzufordern, was die Ehefrau ihm ohnehin verpflichtend zu gewähren hatte.¹⁹²

Obwohl im Rahmen des 4. Strafrechtsänderungsgesetzes 1973¹⁹³ die sittliche Moral eines Verhaltens in den Hintergrund rückte und die Entwicklung vom ‚Sittenstrafrecht‘ hin zu einem an Freiheitsrechten orientierten (Sexual-) Strafrecht ebnete, änderte sich hinsichtlich des Ausklammerns der Ehe aus dem Vergewaltigungstatbestand zunächst nichts.¹⁹⁴

Zwar wurde im Rahmen der Änderung der Überschrift des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs von *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit* in *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung* unter anderem gefordert, dass "das Strafgesetzbuch (...) deutlich zum Ausdruck bringen (soll), daß (auch) das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der verheirateten Frau vom Ehemann zu achten ist und strafrechtlichen Schutz genießt."¹⁹⁵

¹⁸⁸ Vgl. später konkret ausgeführt in *BT-Drucks*, 13/7324.

¹⁸⁹ Vgl. *BGH*, NJW 1967, 1078.

¹⁹⁰ Vgl. *BGH*, NJW 1967, 1078.

¹⁹¹ *Becker-Toussaint*, Gewalt an Frauen, 4.

¹⁹² *ebd.*, 1 ff..

¹⁹³ *BGBI* I, 1725.

¹⁹⁴ Vgl. *Frommel*, ZRP 1988, 233; *Rudolph*, Vergewaltigung in der Ehe, S. 55; *Scheerer*, KJ 1985, S. 249.

¹⁹⁵ Vgl. *Paetow*, Vergewaltigung in der Ehe, 177.

Allerdings überwog zu diesem Zeitpunkt noch immer die Ansicht, dass das Problem der Vergewaltigung in der Ehe nicht existiere und dass außerdem durch das Strafrecht in den Intimbereich der Ehe nicht eingedrungen werden dürfe.¹⁹⁶ Die Ehefrau wurde weiterhin als eine Art ‚Verfügungsmasse der Ehe‘ angesehen.¹⁹⁷ Aus den damaligen Bundestagsfraktionen wurden sogar Stimmen laut, die behaupteten, dass es umgekehrt als Gewalt gegen Männer anzusehen sei, wenn die Ehefrau den Beischlaf verweigert.¹⁹⁸

Zuletzt und bis ins Jahr 1997 lautete die strafrechtliche Norm der Vergewaltigung, § 177 I a.F. StGB *(w)er eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum außerehelichen¹⁹⁹ Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft*. Noch immer war in einer Ehe eine Vergewaltigung im Sinne des § 177 a.F. StGB nicht möglich. Eine Ehefrau konnte weiterhin nicht sexualstrafrechtlich relevant von ihrem Mann zum Geschlechtsverkehr gezwungen werden. Geschützt war eine solche Handlung ausschließlich über §§ 240, 223 StGB, die Nötigung und die Körperverletzung, welche erheblich verminderte Strafraumen vorsahen.

Diese Einordnung der ‚Vergewaltigung in der Ehe‘ spiegelte die auch bis Ende des 20. Jahrhunderts noch vorherrschende Meinung in der Gesellschaft wider.

Es hielten sich Vergewaltigungsmythen, die den Opfern, vorliegend also den Ehefrauen, eine Mitschuld zuschrieben, die Täter entschuldigten, oder die weiterhin behaupteten, Vergewaltigung in der Ehe könne es nicht geben, da eine ständige sexuelle Bereitschaft der Ehefrau Bestandteil des Ehevertrags sei.²⁰⁰

¹⁹⁶ Vgl. Rudolph, Vergewaltigung in der Ehe, 54 ff..

¹⁹⁷ *ebd.*

¹⁹⁸ Vgl. Meinungen der SPD und CSU Bundestagsfraktionen zu den kursierenden Gesetzesentwürfen „die Frauen zunächst provozieren, dann fummeln lassen und dann sagen: Jetzt ist Schluß.“, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13525515.html>, zuletzt aufgerufen am 03.02.2020.

¹⁹⁹ Hervorhebung durch die Autorin.

²⁰⁰ Vgl. Deutscher Bundestag, Vergewaltigung in der Ehe, 3.

Noch 1995 äußerten Politiker die Ansicht, dass die Ehe „eine Geschlechtsgemeinschaft (ist) (...), die grundsätzlich zum ehelichen Verkehr (verpflichtet). Die Verweigerung von Anfang an ist unter Umständen Aufhebungsgrund, die spätere Verweigerung Scheidungsgrund. Zum ehelichen Leben gehört auch, die Unlust des Partners zu überwinden. Der Ehemann ist nicht darauf aus, ein Verbrechen zu begehen – manche Männer sind einfach rabiater.“²⁰¹

Mit dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr 1997 wurde schließlich das Merkmal *außerehelich* aus dem Tatbestand der Vergewaltigung gestrichen, sodass seitdem auch der erzwungene Beischlaf in der Ehe als Sexualverbrechen geahndet wird.²⁰² In der Gesetzesbegründung wird hervorgehoben, dass, entgegen der bisherigen Ansichten, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung außerhalb ebenso wie innerhalb der Ehe bestehe und es hierbei zu keiner Abstufung oder Ungleichbehandlung kommen darf.²⁰³

Nach mehr als 20 Jahren Diskussion und den verschiedensten Entwürfen zu § 177 StGB wurde schlussendlich die sexuelle Selbstbestimmung der Ehefrau auch innerhalb der Ehe als schützenswert anerkannt. Der Gesetzgeber positionierte sich deutlich dahingehend, dass die Ehe keinen rechtsfreier Raum darstellen dürfe und im Hinblick auf den Beischlaf keine strafrechtsrelevanten sittlichen oder gesellschaftlichen Erwartungen an die Ehefrau zu stellen seien.²⁰⁴

Der Strafgesetzgeber tritt damit den zuvor herrschenden Ansichten entgegen und nimmt eine deutliche Trennung von Sittlichkeit, moralischen Vorstellungen über den Ablauf einer Ehe und den Aufgaben einer Ehefrau und dem Sexualstrafrecht vor.

²⁰¹ Äußerung von Wolfgang von Stetten, ehemaliger Bundestagsabgeordneter CDU, in einem Interview 1995, vgl. u.a. Lachmann, Welt 30.06.2012 und Stolle, Humanistische Union 22.02.1998.

²⁰² BGBl I, 1997, 1607.

²⁰³ Vgl. BT-Drucks, 13/7324.

²⁰⁴ ebd.

2. Gesetzesänderungen und Rechtsprechung in Abhängigkeit von Moral und Sittenvorstellungen

Die bisher beispielhaft aufgezeigten Änderungen können durchaus den Schluss zulassen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine Abkehr des Strafgesetzes von gesellschaftlichen Moral- und Sittenvorstellungen teilweise bereits erfolgt und möglicherweise auch weiterhin zu forcieren ist. Dass dies gerade nicht der Fall ist, soll bereits an der weiteren und nachfolgend aufzuzeigenden Entwicklung des § 177 StGB gezeigt werden.

Zwar unterliegen auch zahlreiche weitere Normen in diesem Zusammenhang ständiger Kritik der Strafrechtswissenschaft.²⁰⁵ Bedingt durch gesellschaftlichen Druck wurden in den letzten Jahren weitreichende strafrechtlich relevante Veränderungen vorgenommen, die von der Mehrheit der Strafrechtswissenschaftler²⁰⁶ sowie der Strafrechtspraxis²⁰⁷ im Zusammenhang mit Moral- und Sittlichkeitsaspekten genannt werden und als wenig sinnvoll, teilweise sogar kontraproduktiv eingestuft worden sind. Allerdings soll vorliegend die Untersuchung auf diejenigen Straftatbestände beschränkt werden, die sich regelmäßig nicht nur im wissenschaftlichen, sondern auch im gesellschaftlichen Diskurs befinden. Eine vollumfängliche Untersuchung des Strafgesetzbuches auf Zusammenhänge mit Moral und Sittlichkeit wird hingegen nicht vorgenommen.²⁰⁸

a) Vergewaltigung und sexuelle Nötigung § 177 StGB

Im Rahmen des § 177 StGB könne, nach Meinung vieler, in den letzten Jahren eine regelrechte ‚Übermoralisierung‘ beobachtet werden.²⁰⁹

²⁰⁵ Vgl. u.a. Hamm, NJW 2016, 1537 ff.; Kühl, JA 2009, 833 ff.; MüKo/Renzikowski, StGB, Vorbemerkung zu § 174, Rn. 2-6.

²⁰⁶ Vgl. Hamm, NJW 2016, 1537; Renzikowski, NJW 2016, 3554; Valerius, Multikulturalität, 23.

²⁰⁷ Vgl. Strafverteidigervereinigung, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

²⁰⁸ Vgl. weitergehende Untersuchung: Hörnle, Grob anstößiges Verhalten.

²⁰⁹ Vgl. Körner, LTO 19.04.2016; im Ergebnis ähnlich: Amos, LTO 31.10.2016; Berwanger, ZRP 2016, 56 f.; Fischer, ZIS 2015, 312 ff.; Lamping, JR 2017, 351 ff..

Die Norm wurde immer wieder verändert, verschärft, ausgedehnt und zuletzt auf neun Absätze erweitert.²¹⁰ Die letzte Änderung, die Implementierung der sogenannte ‚Nein-heißt-Nein-Lösung‘²¹¹ steht nicht nur wegen ihrer weitreichenden Folgen für den vermeintlichen Täter in der Kritik.²¹² Vielmehr wird behauptet, dass es sich bei der Ausdehnung und inhaltlichen Abänderung des Tatbestandes um eine reine gesellschaftspolitische Entscheidung gehandelt habe²¹³ und rechtliche Argumente hinter der „Moral und (dem) undifferenzierte(n) Unrechtsempfinden der Massen“²¹⁴ zurückstehen würden.

Nach § 177 Abs. 1 a.F. StGB, der sexuellen Nötigung, wurde bestraft, wer das Opfer mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen nötigte. Nach Abs. 2 machte sich der Vergewaltigung als besonders schwerem Fall der sexuellen Nötigung strafbar, wer *mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen läßt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (...)*. In den insgesamt fünf Absätzen wurde zusätzlich die qualifizierte sexuelle Nötigung, nämlich die Tatbegehung mit Waffen oder gefährlichem Werkzeug, sowie der minder schwere Fall geregelt.

Der Reform des § 177 StGB gingen langwierige Diskussionen voraus, ob und wie das Sexualstrafrecht zu verändern und anzupassen sei.²¹⁵ Dabei bestand keineswegs Einigkeit darüber, dass eine Reform überhaupt notwendig war.²¹⁶

²¹⁰ Vgl. BGBl I, 2460 f..

²¹¹ Vgl. BT-Drucks, 18/8210 und 18/9097.

²¹² Vgl. unter anderem Cirullies und Fischer, jeweils in deren Stellungnahmen 26.01.2015/ 14.01.2015.

²¹³ Vgl. etwa Fischer, ZIS 2015, 312 ff.; Frommel, FS für Ostendorf, 321 ff. auch Renzikowski, NJW 2016, 3558, obwohl im Ergebnis pro Gesetzesänderung.

²¹⁴ Lamping, JR 2017, 356; auch Amos, LTO 31.10.2016; Berwanger, ZRP 2016, 56 f..

²¹⁵ Vgl. Renzikowski, NJW 2016, 3553.

²¹⁶ Vgl. dafür unter anderem Hörnle, ZIS 2015, 206, 215 f., Herning/Illgner, ZRP 2016, 77 f.; Isfen, ZIS 2015, 217 ff.; MüKo/Renzikowski, StGB, § 177, Rn. 1.; Renzikowski und Eisele, jeweils in deren Stellungnahmen 26.01.2015/ 24.01.2015; dagegen unter anderem Cirullies und Fischer, jeweils in deren Stellungnahmen 26.01.2015/ 14.01.2015; Fischer, Zeit Online 9.10.2014, ders., Die Zeit Online 03.02.2015; ders., Zeit Online 10.02.2015, zusammengefasst in Fischer, ZIS 2015, 312 ff.; Frommel, Süddeutsche Zeitung 03.02.2015; dies., FS für Ostendorf, 321 ff.; Lamping, JR 2017, 351.

Vielmehr wurde auch vertreten, dass es auch nach der Istanbuler Konvention,²¹⁷ nach welcher im Grundsatz jede sexuelle Handlung, die sich gegen den erklärten Willen des Opfers richtet, strafbewährt sein muss (Art. 36), ausreiche, das zu diesem Zeitpunkt geltende deutsche Sexualstrafrecht im Sinne der Konvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszulegen.²¹⁸

Nach der Gegenmeinung war die Gesetzeslage zum deutschen Sexualstrafrecht mehr als unzureichend. Das Sexualstrafrecht hätte keinen umfassenden Schutz vor unfreiwilligen Sexualkontakten geboten und es hätten zahl- und weitreichende Strafbarkeitslücken bestanden.²¹⁹ So waren beispielsweise Fälle, in denen der Täter einer Frau unvermittelt und überraschend unter den Rock griff, nicht von § 177 a.F. StGB umfasst.²²⁰

Im Rahmen der geführten Diskussionen standen sich in erster Linie zwei Reformvorschläge gegenüber. Der umfänglichste Vorschlag beinhaltete als Grundtatbestand jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung und sah insgesamt eine völlige Umstrukturierung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vor.²²¹

Im Entwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz sollte lediglich § 179 a.F. StGB, sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen, der die verschiedenen Fallgruppen fehlenden Einverständnisses umschrieb, angepasst werden.²²²

Besonders nach den Vorfällen der Silvesternacht 2015 in Köln und anderen Großstädten gewann neben dem gesellschaftspolitischen auch der strafrechtswissenschaftliche Diskurs erheblich an Fahrt.²²³

²¹⁷ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 1. Mai 2011.

²¹⁸ Vgl. unter anderem *Cirullies* und *Fischer*, jeweils in deren Stellungnahmen 26.01.2015/ 14.01.2015; *Fischer*, ZIS 2015, 314; *Lamping*, JR 2017, 351.

²¹⁹ Vgl. *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 f.; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 ff.; *Isfen*, ZIS 2015, 217 ff.; *MüKo/Renzikowski*, StGB, § 177, Rn. 1.

²²⁰ Vgl. *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 79.

²²¹ Vgl. *BT-Drucks*, 18/7719 (Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE).

²²² Vgl. *BT-Drucks*, 18/8210.

²²³ Vgl. *Renzikowski*, NJW 2016, 3553.

Nach den vielfach begangenen sexuellen Übergriffen aus Gruppen heraus war eine übereinstimmende Lösung dieser Problemfälle und die dazugehörige Forderung schnell gefunden: „so etwas muss strafbar sein, wir brauchen eine Gesetzesänderung.“²²⁴ Ähnliche Äußerungen resultierten aus dem Fall ‚Gina-Lisa Lohfink‘, bei dem das deutsche It-Girl einen auf Video aufgezeichneten Sexualakt später zur Anzeige brachte und behauptete, gegen ihren Willen Geschlechtsverkehr gehabt zu haben.²²⁵

Kritische Stimmen betonten bereits an dieser Stelle, dass im Rahmen der Forderungen von feministischen Verbänden, der Gesellschaft und den zugehörigen politischen Vorträgen nicht weiter darauf eingegangen wurde, dass beispielsweise der Fall ‚Gina-Lisa Lohfink‘ auch nach einer Reform zugunsten der ‚Nein- heißt -Nein-Bewegung‘, nicht anders zu bewerten gewesen wäre.²²⁶

Vielmehr wurden die genannten Vorfälle unmittelbar als Grundstein für die ‚Nein-heißt-Nein-Bewegung‘ herangezogen. Es wurde gefordert, dass das Sexualstrafrecht dahingehend abgeändert werden müsse, dass das Übergehen eines ‚Neins‘ des vermeintlichen Opfers unmittelbar eine Strafbarkeit auslöse.²²⁷

In Deutschland hätte nach den Vertretern der Bewegung vor der Reform eine Vergewaltigungskultur geherrscht, in der Frauen sexuell objektiviert und im Zweifelsfall selbst für die an ihnen begangenen Verbrechen verurteilt worden wären.²²⁸ Vergewaltigungen und sexuelle Übergriffe wären in Deutschland „negiert, (...) kleingeredet“²²⁹ oder „trivialisieren“²³⁰ worden.

Das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches²³¹ aus dem Jahr 2016 griff diese Richtung auf und wird unter anderem als kompletter Umsturz des Sexualstrafrechts bezeichnet.²³² Neben der Streichung des § 179 StGB wurde § 177 StGB grundlegend umgestaltet.

²²⁴ Behrendes, NK 2016, 322; auch Lamping, JR 2017, 347.

²²⁵ Vgl. Frommel, Novo Argumente 27.06.2016; Lamping, JR 2017, 347; Leitmeier, LTO 26.08.2016.

²²⁶ Vgl. Kunz, jM 2016, 533: „Denn der Fall der „Vergewaltigung“ Lohfinks wäre nach der Reform nicht anders zu behandeln als zuvor; allen „Nein heißt Nein“-Transparenten ihrer Unterstützer zum Trotz.“

²²⁷ Vgl. BGBl I, 2016, 2460; Lamping, JR 2017, 347.

²²⁸ Vgl. Herning/Illgner, ZRP 2016, 81.

²²⁹ ebd.

²³⁰ ebd.

²³¹ BGBl I, 2460.

²³² Vgl. Renzikowski, NJW 2016, 3553.

Primäre Zielsetzung war es, Tathergänge unter Strafe zu stellen, in denen ein Finalzusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Nötigungserfolg nicht oder nicht mehr gegeben war, die Furcht des Opfers vor Beeinträchtigungen sich also nicht auf Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte bezog. Vielmehr sollte eine nur subjektiv schutzlose Lage oder das Ausnutzen eines Überraschungsmoments in den Straftatbestand miteinbezogen werden.²³³

Nach dem Grundtatbestand macht sich seither strafbar, wer *gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt*. Eine Nötigungshandlung, wie in der vorherigen Fassung des § 177 StGB ist nicht mehr erforderlich. Allein die Handlung gegen den Willen einer anderen Person ist ausreichend, um den Tatbestand zu erfüllen.

In Absatz 2 des § 177 StGB wird der Tatbestand auf verschiedene Konstellationen, wie beispielsweise das Ausnutzen eines Überraschungsmoments erweitert.

Die Absätze 4 und 5 stellen Qualifikationen dar, zum einen wird die Regelung des § 179 a.F. StGB einbezogen (Abs. 4), zum anderen kommt die ursprüngliche sexuelle Nötigung nach § 177 Abs. 1 a.F. StGB zum Tragen (Abs. 5).

Die Vergewaltigung, also der erzwungene Beischlaf, wird in Abs. 6 als einer der Strafschärfungsgründe erfasst und mit einer Mindeststrafe von zwei Jahren bestraft. In den Absätzen 7 und 8, dem Beisichführen oder Benutzen von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen, finden sich Qualifikationstatbestände, die dem § 250 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und 3 nachgebildet sind.

²³³ Vgl. Gesetzesentwurf *BT-Drucks*, 18/8210; Beschlussfassung *BT-Drucks*, 18/9097.

Obwohl weit im Vorfeld dieser Gesetzesänderung der Bundesgerichtshof den Wandel des Strafgesetzbuches betonte und hervorhob, dass das Strafgesetz nicht mehr die Aufgabe hätte, „auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen“²³⁴, was auch von nachfolgenden Gesetzesbegründungen getragen wurde,²³⁵ wird die Reform um § 177 StGB fast übereinstimmend von Wissenschaft und Lehre genau in diesem Zusammenhang gesehen. Die Reform wird als nicht gelungen, teilweise sogar als „übermäßig politisch motivierte Lösung“²³⁶ kritisiert und sei „eine mit heißer Nadel gestrickte Antwort auf die populistischen Forderungen nach stärkerer Reglementierung des geschlechtlichen Zusammenlebens.“²³⁷

Es handle sich nach manchen Stimmen der Lehre sogar um einen unübersehbaren Angriff auf die Entmoralisierung des Sexualstrafrechts.²³⁸

Procedere, wie im Vorfeld dieser Strafrechtsreform, nämlich dem unmittelbaren Folgeleiten gesellschaftlicher Forderungen, sowie die Politisierung und Moralisierung des Rechts, würden langfristig dafür sorgen, dass das Strafgesetz und das Strafrecht in Deutschland seine Glaubwürdigkeit verlieren.²³⁹

Es wird sogar behauptet, dass eine Vielzahl der neuen Vorschriften ohne die gesellschaftspolitische Diskussion resultierend aus der Kölner Silvesternacht nicht, oder jedenfalls nicht in dieser Gestalt, geschaffen worden wären.²⁴⁰

Wo diese Arbeit zunächst im Rahmen des § 177 StGB noch aufzuzeigen versuchte, dass eine Entwicklung weg von einem moralisch und gesellschaftspolitisch überladenen Strafgesetz stattfindet, deutet der weitere Fortgang desselben Gesetzes vielmehr auf das Gegenteil hin.²⁴¹

²³⁴ BGHSt 23, 40.

²³⁵ Vgl. unter anderem Ausführungen zum 4. Strafrechtsänderungsgesetz oben, *BGBI I*, 1725 in dem Zusammenhang, dass das Sexualstrafrecht gerade nicht mehr den Schutz einer Sexualmoral, Ehre oder sexuellen Volksgesundheit umfasse solle.

²³⁶ Vgl. *Frommel*, *Novo Argumente* 27.06.2016; ähnlich *Fischer*, *Zeit Online* 18.06.2016; *Kunz*, *JM* 2016, 536; *Lamping*, *JR* 2017, 352, 356; in Teilen auch *Renzikowski*, *NJW* 2016, 3553 ff.; ebenfalls in Teilen *Hörnle*, *NStZ* 2017, 13.

²³⁷ Vgl. *Kunz*, *JM* 2016, 536; *MüKo/Renzikowski*, *StGB*, Vor. §§ 174 ff., Rn. 81–102.

²³⁸ Vgl. *Herzog*, *Moralische Kreuzzüge*, 1.

²³⁹ Vgl. *Frommel*, *Novo Argumente* 13.07.2016; *Lamping*, *JR* 2017, 356.

²⁴⁰ Vgl. *El-Ghazi*, *ZIS* 2017, 168.

²⁴¹ Vgl. *Lamping*, *JR* 2017, 356.

b) Kinderpornographische Schriften § 184b StGB

Als weitere Entwicklungen in diesem Sinne soll auch die Verschärfung des § 184b StGB genannt werden. Die Strafbarkeit der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes kinderpornographischer Schriften wurde in den letzten Jahren ebenfalls stetig erweitert, das Strafmaß erhöht und zuletzt im Wege des 49. Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches²⁴² elementar überarbeitet.²⁴³

Vorausgegangen war die sogenannte ‚Edathy-Affäre‘²⁴⁴, im Rahmen derer es primär um die Klärung der Frage ging, ob es sich bei Bild- und Videodarstellung unbedeckter Jungen um strafbare Kinderpornographie oder straflose Nacktbilder handelte. Nach der damaligen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts waren solchen Aufnahmen „im Grenzbereich zwischen strafrechtlich relevantem und irrelevantem Material“²⁴⁵ einzuordnen.

Bis zum Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie 2008 waren von § 184b a.F. StGB nur solche Bilder und Schriften umfasst, die den sexuellen Missbrauch von Kindern nach §§ 176 – 176b a.F. StGB zeigten. Es war damals nach Ansicht des Bundesgerichtshofes notwendig, dass jedenfalls Berührungen der Kinder am (eigenen) Körper vorgenommen werden.

Das bloße Einnehmen einer sexuellen Pose war auch bei vollständig unbekleidetem Körper des Kindes nicht vom Tatbestand des § 184b a.F. StGB umfasst.²⁴⁶

²⁴² BGBl I, 10.

²⁴³ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB, § 184b Rn. 9.

²⁴⁴ Vgl. etwa BT-Plenarprot. 18/67.

²⁴⁵ BVerfG, NJW 2014, 3085.

²⁴⁶ Vgl. Eisele/Franosch, ZIS 2016, 520.

In der darauffolgenden Fassung beinhaltete § 184b a.F. StGB zwar auch *Posing*²⁴⁷ Bilder, allerdings musste hierfür eine aktive Handlung des Kindes vorliegen. Diese konnte etwa angenommen werden, wenn das Kind die Beine spreizte und so aktiv eine unnatürliche, sexualisierte Position einnahm.²⁴⁸

Auch zu diesem Zeitpunkt unterfiel die reine Ablichtung des unbedeckten Körpers oder Geschlechtsteils nicht per se dem strafrechtlichen Begriff der Kinderpornographie.²⁴⁹ Bildaufnahmen nackter Kinder in natürlicher Haltung, wie beispielsweise beim Schlafen, in der Badewanne, am Strand oder in einer Umkleidekabine konnten auch dann nicht nach § 184b a.F. StGB bestraft werden, wenn diese Bildaufnahmen für pornographische Zwecke genutzt wurden.²⁵⁰

Die Differenzierung, unter welchen Umständen es sich um ein strafloses Nacktbild und wann um eine Abbildung, die dem § 184b a.F. StGB unterfällt, handelt, gehörte seit jeher zu den schwierigsten rechtlichen Fragen der Strafrechtspflege im Kampf gegen sexuelle Ausbeutung von Kindern.²⁵¹ Besonders deutlich wurde diese Schwierigkeit innerhalb des bereits erwähnten Strafverfahrens gegen den ehemaligen Bundestagsabgeordneten *Edathy*.²⁵²

²⁴⁷ *Posing* Bilder als Wiedergabe eines unbedeckten Kindes in unnatürlicher geschlechtsbetonter Körperhaltung. Eine sexuelle Handlung für das Einnehmen der Körperhaltung in der aktuellen Geltung nicht mehr Voraussetzung. Bezug genommen wird ausschließlich auf die unnatürliche Körperhaltung selbst. Eine unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung ist gegeben, wenn das Kind in einer altersuntypischen, gewöhnlich schambesetzten sexualbetonten Körperhaltung widergegeben wird, durch die der Betrachter sexuell provoziert werden soll, vgl. MüKo/Hörnle, StGB, § 184b, Rn. 18; Schönke/Schröder/Eisele, § 184b, Rn. 3a; LK/Laufhütte/Roggenbuck, StGB, § 184b, Rn. 3; Krause, MMR 2016, 665.

²⁴⁸ Vgl. BT-Drucks, 16/3439, 9; BGH, StV 2012, 146; BGH, StV 2015, 471; BGH, StV 2014, 416; MüKo/Hörnle, StGB, § 184b Rn. 17; BeckOK/Ziegler, StGB, § 184b Rn.4; näher Röder, NSTZ 2010, 116 ff..

²⁴⁹ Vgl. Eisele/Franosch, ZIS 2016, 520; MüKo/Hörnle, StGB, § 184b Rn. 18; BeckOK/Ziegler, StGB § 184b Rn. 1.

²⁵⁰ Vgl. Eisele/Franosch, ZIS 2016, 520.

²⁵¹ *ebd.*

²⁵² *ebd.*

Edathy hatte nach den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Hannover über einen Zeitraum von mehreren Jahren in einem kanadischen Onlineshop insgesamt 31 Bilder und Filme von nackten Jungen im Alter zwischen neun und 14 Jahren käuflich erworben, die jedoch zumindest zu einem großen Teil unter der strafrechtlich relevanten Schwelle des § 184b a.F. StGB lagen.²⁵³

Nachdem das Ermittlungsverfahren gegen *Edathy* an die Öffentlichkeit gelangte, wurden die Forderungen nach einer Verschärfung der Gesetzeslage laut. Insbesondere sei ein generelles Verbot im Hinblick auf Nacktbilder von Kindern anzustreben, um in Fällen wie der ‚Edathy-Affäre‘ vollumfänglich strafrechtlich tätig werden zu können. Problematische Grauzonen seien unbedingt zu verhindern.²⁵⁴

Bereits während das Strafverfahren gegen *Edathy* noch andauerte, reagierte die Bundesregierung auf die mediale und gesellschaftliche Diskussion, indem eine Gesetzesänderung in die Wege geleitet wurde. Der ursprünglich geplante Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz ging zunächst sogar so weit, dass nahezu jedes kindliche Nacktbild aus dem Urlaub oder der heimischen Badewanne unter Strafe gestanden hätte.²⁵⁵

Obwohl die Art und Weise sowie der genaue Umfang des Gesetzgebungsverfahrens äußerst umstritten war, dauerte das gesamte Gesetzgebungsverfahren nur zwei Monate.²⁵⁶

²⁵³ Vgl. <https://de.reuters.com/article/deutschland-edathy-friedrichidDEBEEA1D05E20140214>, zuletzt abgerufen am 14.08.2020.

²⁵⁴ Vgl. https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/thema_nt/article124958689/Regierung-strebt-schaeferes-Gesetz-gegen-Kinderpornografie-an.html, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

²⁵⁵ Vgl. *Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*; Vgl. auch Gesetzesentwürfe *BR-Drucks*, 422/14, *BT-Drucks*, 18/2601, bei denen auf das Tatbestandsmerkmal „pornographisch“ verzichtet wurde.

²⁵⁶ Vgl. *Krause*, MMR 2016, 665.

In der aktuellen Fassung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB ist der Begriff der kinderpornographischen Schrift neu definiert. *Kinderpornographisch ist eine pornographische Schrift (...), wenn sie zum Gegenstand hat: a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind), b) die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder c) die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes (...).*

Die ersten beiden Punkte, die sexuelle Handlung und die Wiedergabe eines unbedeckten Kindes in unnatürlicher geschlechtsbetonter Körperhaltung, entsprechen im Grundsatz der bereits zuvor geltenden Rechtslage. Allerdings ist eine sexuelle Handlung für das Einnehmen der Körperhaltung nicht mehr Voraussetzung. Bezug genommen wird ausschließlich auf die unnatürliche Körperhaltung selbst.²⁵⁷ Eine unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung ist gegeben, wenn das Kind in einer altersuntypischen, gewöhnlich schambesetzten sexualbetonten Körperhaltung wiedergegeben wird, durch die der Betrachter sexuell provoziert werden soll.²⁵⁸

§ 184b Abs. 1 Nr. 1 c) StGB geht hingegen deutlich auf die gesellschaftlichen Forderungen als Folge der ‚Edathy-Affäre‘ ein. Hier wird das sogenannte ‚Präferenzmaterial‘, schlichte Nacktbilder von Kindern, solange unbedeckte Genitalien oder das Gesäß der Kinder erkennbar sind, unter Strafe gestellt.²⁵⁹

Eine sexuell aufreizende Wiedergabe im Sinne des § 184b Abs. 1 Nr. 1 c) StGB soll nach der Gesetzesbegründung gegeben sein, wenn sich die Abbildung im Einzelfall so auf die Geschlechtsmerkmale fokussiert, dass diese aus Sicht eines objektiven durchschnittlichen Betrachters in erster Linie zur Schau gestellt werden sollen.²⁶⁰

²⁵⁷ Vgl. Eisele/Franosch, ZIS 2016, 524 f..

²⁵⁸ Vgl. Krause, MMR 2016, 665.

²⁵⁹ Vgl. Eisele/Franosch, ZIS 2016, 524 f..

²⁶⁰ Vgl. Eisele, Stellungnahme 10.10.2014, 15.

Es ist dabei zu prüfen, ob der Besitz oder die sonstige Tathandlung dem Täter oder Dritten zur sexuellen Stimulierung dient. Die Aufnahmen müssen mithin eine sexuelle Zweckbestimmung beinhalten.²⁶¹ Gesichtspunkte, die hierbei relevant werden, sind unter anderem die Auswahl des Motivs, die Aufnahmesituation oder der Bildausschnitt. Wenn beispielsweise ohne erkennbaren Grund ausschließlich Beine und Genitalbereich des Kindes fotografiert wurden, kann auf eine sexuell aufreizende Wiedergabe geschlossen werden.²⁶²

Das 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches steht nicht nur wegen seiner direkten Reaktion auf ein gesellschaftspolitisches Ereignis in der Kritik.

Ziel der Gesetzesänderung soll es einerseits sein, Graubereiche in die Strafbarkeit einzubeziehen und andererseits die Anwendung für die Rechtspraxis zu erleichtern.²⁶³ Tatsächlich haben aber im Wege der Änderung eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe wie *teilweise unbekleidet*, *unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung* oder *sexuell aufreizende Wiedergabe* Einzug in den Gesetzestext gehalten.²⁶⁴ Wie diese in Zukunft ausgestaltet und definiert werden, hängt wiederum von der Rechtsprechung ab.

Auch die Frage danach, ob tatsächlich die kritisierten Graubereiche gewinnbringend von der Regelung umfasst sind, ist strittig.²⁶⁵

Regelmäßig wird in der Diskussion rund um die Kinderpornographie behauptet, dass Betrachter kinderpornographischer Darstellungen auch zum Missbrauch von Kindern angeregt werden. Das wird zum Anlass genommen, eine weitere Ausdehnung des Tatbestandes und vor allem des Strafrahmens legitimieren zu können.²⁶⁶ Für diese Behauptung gibt es jedoch keinerlei empirischen Nachweis.²⁶⁷

²⁶¹ Vgl. Eisele/ Franosch, ZIS 2016, 524 f.

²⁶² Vgl. Krause, MMR 2016, 669.

²⁶³ Vgl. BGBl I 2015, 10.

²⁶⁴ ebd., 665.

²⁶⁵ ebd., 669.

²⁶⁶ Vgl. BT-Drucks, 12/3001.

²⁶⁷ Vgl. Schöнке/Schröder/Eisele, § 184b StGB, Rn. 2; Heinrich, NStZ 2005, 362.

Jedenfalls wird aber kritisiert, dass die aktuelle Änderung in dieser Form und Geschwindigkeit ausschließlich aufgrund des gesellschaftlichen Drucks stattgefunden habe. Es wird dabei bemängelt, dass das gesamte *Procedere* primär darauf zu stützen sei, dass sexuelle Handlungen mit Kindern gegen eines der größten Sexualtabus unserer Gesellschaft verstießen.²⁶⁸ Dabei wird nicht etwa behauptet, dass der Norm generell die Legitimation fehle, sondern vielmehr, dass die überstürzte Änderung „die nahezu universal geteilte Abscheu gegenüber solchen Produkten“²⁶⁹ widerspiegelte, ohne sich auf die elementaren Grundbausteine des Strafrechts, der Gesetzgebung und des Sinn und Zwecks strafrechtlicher Normen zu besinnen.²⁷⁰

Es scheint als ersetzten Aussagen wie „es sei untragbar, wenn jemand ,so etwas tut‘“²⁷¹ eine objektive und reflektierte Legitimationsprüfung von Gesetzen. Kinderpornographie wird in der gesellschaftlichen Vorstellung oftmals unmittelbar mit Pädophilie assoziiert. Und Pädophilie habe unweigerlich zur Folge, dass man sich außerhalb der zu ehrenden Werte der Gesellschaft befinde, was es rechtfertige, denjenigen auch dementsprechend hart zu bestrafen.²⁷²

Es wird weiter kritisiert, dass Änderungen wie die 49. Änderung des Strafgesetzbuches verdeutlichen würden, dass das Strafrecht nicht mehr möglichst dosierten Individualrechtsschutz darstelle, sondern sich vielmehr zur Demonstration und plakativen Verdeutlichung universal geteilter Moralvorstellungen (zurück)entwicke.²⁷³ Im öffentlichen Disput würde kaum mehr zwischen Recht und Moral unterschieden, was ungefiltert in Gesetz und Rechtsprechung Niederschlag finden würde.²⁷⁴ Die Entwicklungen im Zusammenhang mit § 184b StGB werden insgesamt als Rückfall in längst überholtes Moralstrafrecht angesehen.²⁷⁵

²⁶⁸ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 422.

²⁶⁹ *ebd.*

²⁷⁰ *ebd.*

²⁷¹ Sigmar Gabriel am 17.02.2014 zum Fall Edathy siehe u.a.

<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-02/spd-gabriel-oppermann-edathy-koalition>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020; vgl. auch Frommel, NK 3/2014, 205.

²⁷² Vgl. Frommel, NK 3/2014, 207.

²⁷³ *ebd.*, 208; ähnlich Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 42c.

²⁷⁴ Vgl. Frommel, NK 3/2014, 208.

²⁷⁵ *ebd.*

c) Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft § 219a StGB

Neben der gesellschaftlich aufmerksam verfolgten Reformierung des Sexualstrafrechts, der ‚Nein-heißt-Nein-Bewegung‘ und der ‚Edathy Affäre‘ wurde mit dem Strafverfahren gegen eine Allgemeinärztin aus Gießen, die wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft verurteilt worden ist, eine weitere gesellschafts- und rechtspolitische Diskussion ausgelöst.²⁷⁶

Nach § 219a StGB, dem Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft, macht sich strafbar, wer *öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (...) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt (...).*

Nach dieser Regelung wird bestraft, wer öffentlich darüber informiert, dass in seiner oder ihrer Praxis Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden.

Zwar muss dieses Anbieten auch eines Vermögensvorteils wegen erfolgen, hierzu genügt nach der Rechtsprechung jedoch, dass der Schwangerschaftsabbruch entgeltlich erbracht wird.²⁷⁷

Die Norm soll unter anderem dem mittelbaren Lebensschutz des ungeborenen Kindes dienen und rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche bereits auf der Vorstufe zur Teilnahme verhindern.²⁷⁸ Darüber hinaus soll die Kommerzialisierung und Normalisierung eines Schwangerschaftsabbruchs unabhängig davon, ob er möglicherweise gesetzlich erlaubt ist, verhindert werden.²⁷⁹

²⁷⁶ Vgl. Schweiger, ZRP 2018, 98.

²⁷⁷ Vgl. BeckOK/Eschelbach, StGB, § 219a, Rn. 11; Schönke/Schröder/Eser § 219a, Rn. 8.

²⁷⁸ Vgl. BeckOK/Eschelbach, StGB, § 219a, Rn. 1; Goldbeck, ZfL 2005, 102.

²⁷⁹ Vgl. BeckOK/Eschelbach, StGB, § 219a, Rn. 1; Schönke/Schröder/Eser § 219a, Rn. 1; MüKo/Gropp, StGB, § 219a, Rn. 2.

Das Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft entspringt in seinem heutigen Verständnis der Zeit des Nationalsozialismus. Nach dem damaligen § 220 a.F. StGB wurde bestraft, *wer öffentlich seine eigenen oder fremden Dienste zur Förderung von Abtreibung anbietet*. Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs wurde die Norm unverändert übernommen und später, im Jahr 1953, lediglich redaktionell überarbeitet.²⁸⁰

Mit dem Gesetzesentwurf 1972 sollte der Tatbestand auf das Anerbieten von rechtswidrigen Abtreibungen nach § 218 StGB beschränkt werden, im Ergebnis wurde aber an der generellen Fassung festgehalten.²⁸¹ Obwohl der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform in dieser Zeit bereits feststellte, dass zwar verhindert werden solle, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales angesehen wird, auf der anderen Seite aber die Unterrichtung der Öffentlichkeit über zulässige Schwangerschaftsabbrüche sichergestellt sein müsse,²⁸² wurde keine Änderung des § 219a StGB vorgenommen.²⁸³

Dem Tatbestand des § 219a StGB kommt zwar keine besonders tragende Rolle im Strafgesetzbuch zu. Allerdings erhielt die Norm erheblichere Aufmerksamkeit als im Jahr 2015 das Strafverfahren gegen die Gießener Allgemeinmedizinerin wegen Vornahme öffentlicher Informationen, die nach § 219a StGB strafbar sind, aufgenommen wurde.²⁸⁴

Die Ärztin betrieb eine Webseite, auf der sie unter anderem auch die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen anbot. Mittels des Links ‚Schwangerschaftsabbruch‘ konnte ein PDF heruntergeladen werden, das neben allgemeiner Information auch das Angebot der Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs in ihrer Praxis enthielt.²⁸⁵

²⁸⁰ Vgl. BGBl I, 735.

²⁸¹ Vgl. BT-Drucks, 4/650; BT-Drucks, 6/3434; BT-Drucks, 7/375; Rahe, JR 2018, 236.

²⁸² Vgl. BT-Drucks, 7/1981.

²⁸³ Vgl. Rahe, JR 2018, S. 236.

²⁸⁴ AG Gießen, NStZ 2018, 416.

²⁸⁵ So die Sachverhaltschilderung des AG Gießen, NStZ 2018, 416.

In diesem Dokument wurden neben Methoden des Schwangerschaftsabbruchs (operativ, örtliche Betäubung, Vollnarkose oder medikamentös) auch die Kosten und damit verbunden, die Übernahmemöglichkeit durch die Krankenkasse oder die private Übernahme erläutert. Unter dem Gliederungspunkt ‚Was müssen Sie mitbringen?‘ wird die potenzielle Patientin darauf hingewiesen, dass eine Beratungsbescheinigung über die verpflichtend durchzuführende Beratung oder eine Indikationsbescheinigung nach § 218 StGB vorzulegen sei. Die Webseite der Ärztin und das PDF-Informationsdokument war für jeden Besucher frei zugänglich.²⁸⁶

Die Richterin des Amtsgerichts kam im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass sich die Ärztin gemäß § 219a StGB strafbar gemacht habe, da sie mittels der Webseite ihre Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen öffentlich gemacht und diese auch gegen Barzahlung oder gegebenenfalls Übernahmebescheinigung der Krankenkasse den Patientinnen angeboten hatte.²⁸⁷ Das Amtsgericht Gießen zweifelte nicht an der Rechtmäßigkeit der Norm und bezog sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf den Strafgrund, dass "der Gesetzgeber nicht (möchte), dass über den Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit diskutiert wird, als sei es eine normale Sache."²⁸⁸

Unmittelbar nach der Urteilsverkündung fand sich nicht nur dieser Fall, sondern der § 219a StGB insgesamt, insbesondere dessen Verfassungsmäßigkeit, in den Medien und der öffentlichen Diskussion wieder. So titelte der *Humanistische Pressedienst* „Der Paragraph 219a StGB ist verfassungswidrig“²⁸⁹ der *Spiegel* ging noch weiter und vertrat, dass das Streichen des § 219a StGB noch nicht genug wäre.²⁹⁰ Frauen, die eine Schwangerschaft beenden wollten, hätten hierzu schon immer Mittel und Wege gefunden und sei dies auch mit Stricknadeln zu Hause geschehen.²⁹¹

²⁸⁶ Vgl. Sachverhalt AG Gießen, NStZ 2918, 416.

²⁸⁷ Vgl. AG Gießen, NStZ 2918, 416.

²⁸⁸ *ebd.*

²⁸⁹ Vgl. <https://hpd.de/artikel/paragraph-219a-stgb-verfassungswidrig-15020>; zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

²⁹⁰ Vgl. Hochert, Spiegel Online 25.03.2018.

²⁹¹ *ebd.*

Strengere Gesetze würden nicht für eine niedrigere Anzahl an Abtreibungen sorgen.²⁹² *Die Welt* nannte den Paragraphen insgesamt „eine Zumutung.“²⁹³

Zwar stimmte der Bundestag im Februar 2019 einer Änderung des § 219a StGB zu, welche im Wege des Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch im März 2019 umgesetzt worden ist.²⁹⁴ Dabei wurde der Paragraph um einen 4. Absatz, der Ausnahmen von der Tatbestandsverwirklichung regelt, ergänzt. Die Kritik an jenem Paragraphen hat dadurch jedoch nicht abgenommen, da praktizierenden Ärzten die Information über die Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs noch immer untersagt ist.

Es wird insbesondere kritisiert, dass das Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch die Vorbereitung einer straflosen Handlung kriminalisiere und daher sachwidrig sei.²⁹⁵ Jedenfalls im Rahmen des Anerbietens rechtmäßiger Schwangerschaftsabbrüche also solche, die von der Strafbarkeit nach § 218 StGB ausgenommen sind, könne das zugrundeliegende Schutzgut nicht das ungeborene Leben sein.²⁹⁶

Aber auch das weitere Schutzziel, das Verhindern der Kommerzialisierung des Schwangerschaftsabbruchs sei nicht nachvollziehbar. Wenn eine Handlung erlaubt sei, könne auch der kommerzielle Hinweis auf diese Handlung nicht verboten sein.²⁹⁷ Tatsächliche anpreisende Werbung hingegen sei für Ärzte bereits nach dem Berufsrecht untersagt.²⁹⁸ Kritisiert wird außerdem, dass auch nach der neusten Gesetzesänderung nicht zwischen neutraler Information über die Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs und Werbung unterschieden werde. Gerade die reine Information über die Art und Weise der Leistungen beinhalte keinerlei werbenden Effekt und sei durch das ärztliche Berufsrecht gedeckt.²⁹⁹

²⁹² Vgl. *Hochert*, Spiegel Online 25.03.2018

²⁹³ Vgl. *Hobrach*, Welt 12.12.2017.

²⁹⁴ Vgl. *BGBI I*, 350.

²⁹⁵ Vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 5, Rn. 40; *Kubicieł*, ZRP 2018, 13.

²⁹⁶ Vgl. *Kubicieł*, ZRP 2018, 13.

²⁹⁷ Vgl. *NK/Merkel*, StGB, § 219a, Rn. 2; *Schroeder*, ZRP 1992, 410.

²⁹⁸ Vgl. § 27 MBO; Vgl. *Rahe*, JR 2018, 237.

²⁹⁹ Vgl. *Frommel*, JR 2018, 239.

Dem § 219a StGB wird seitens des Gesetzgebers auch die Bedeutung zugeschrieben, dass die Norm nicht hinweggedacht werden könne, ohne dass das Schutzkonzept, welches der Gesetzgeber für Schwangerschaftsabbrüche und den Schutz ungeborenen Lebens aufstelle, im Ganzen in sich zusammenfalle.³⁰⁰ Das hier angesprochene Schutzkonzept soll „Rahmenbedingungen (schaffen), die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des ungeborenen Lebens (hervorbringen).“³⁰¹

Kritische Stimmen merken hierzu an, dass Ärzte in das angesprochene Schutzkonzept gerade nicht unmittelbar eingebunden sind. Es fragt sich daher, inwieweit das Gesamtsystem vom Nichtpreisgeben des Leistungsangebotes des jeweiligen Arztes abhängen kann.³⁰² Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass nach dem Gesetz nicht nur Werbung für die Art und Weise der Leistung, sondern auch neutrale Information über diese Leistungserbringung strafbewährt ist.

Das tatsächliche werbende Anpreisen eines Schwangerschaftsabbruchs könnte hingegen neben berufsrechtlichen Folgen, auch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Auf diesem Wege könnte zwischen neutralen Informationen und verherrlichendem Anpreisen unterschieden werden und das Konzept der §§ 218 ff. StGB gewahrt werden.³⁰³

Es wird weiterhin vorgetragen, dass das Konstrukt § 219a StGB zur Folge habe, dass Ärzte sich gegen Behauptungen von Abtreibungsgegnern, die stets laienhaft den Terminus ‚rechtswidrige Abtreibung‘ verwenden, nicht wehren könnten. Selbstverständlich bleibt ihnen die Möglichkeit des zivilrechtlichen Vorgehens, aber eine betroffene Frau wird möglicherweise in erster Linie mit den Negativinformationen über die jeweilige Praxis konfrontiert.³⁰⁴

³⁰⁰ Vgl. *Kubicziel*, Kriminalpolitik 2017, 5, 7; *Rahe*, JR 2018, 232.

³⁰¹ BVerfGE 98, 265.

³⁰² Vgl. *Rahe*, JR 2018, 232.

³⁰³ Vgl. *Jansen*, jurisPR-StrafR 2018, Anm. 2.

³⁰⁴ Vgl. NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 3.

Zwar hat selbst das Bundesverfassungsgericht bereits ausgeführt, dass für den Fall, dass „die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, (...) es dem Arzt auch ohne negative Folgen für ihn möglich sein (muss), darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.“³⁰⁵ Allerdings handelte es sich hierbei um ein zivilrechtliches Urteil ohne Bindungswirkung für das Strafrecht. Eine Verfassungswidrigkeit des § 219a StGB wurde hieraus nicht gefolgert.³⁰⁶

Ganz generell wird kritisiert, dass der Norm ein Kollektivrechtsgut, eine Art „moralischer Klimaschutz“³⁰⁷ zugrunde liegt. Der Tatbestand hätte einzig die Aufgabe, eine vermeintliche Normalisierung einer Abtreibung, die in erste Linie moralisch und ethisch verwerflich sei, zu verhindern.³⁰⁸ Dies würde gerade durch die amtliche Begründung des Strafgesetzes, Verhinderung der Darstellung als etwas Normales, verdeutlicht.³⁰⁹

Die verwehrte Möglichkeit von Ärzten, ausführliche über ihr Tätigkeitsfeld zu informieren und auf die Methodik und Art und Weise eines diesbezüglichen Eingriffs hinzuweisen, erinnere nach der Meinung von Strafrechtswissenschaftlern an eine Zeit der öffentlichen Tabuisierung des Schwangerschaftsabbruchs³¹⁰ und zeichne das Bild von einer naiven, leicht beeinflussbaren Schwangeren der man durch das Vorenthalten von Informationen ein gewisses Vorgehen entgegen dieser ‚Tabuhandlung‘ Abtreibung vorschreiben könne.³¹¹

³⁰⁵ BVerfGK 8, 107; NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 3.

³⁰⁶ Vgl. Goldbeck, ZfL 2007, 14; NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 3.

³⁰⁷ Rahe, JR 2018, 237; vgl. auch NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 2; Generell zu „Klimadelikten“ Jakobs, ZStW 1985, 774 ff..

³⁰⁸ Vgl. NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 2.

³⁰⁹ Vgl. amtliche Begründung § 219a StGB; vgl. NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 2.

³¹⁰ NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 3.

³¹¹ *ebd.*

d) Beischlaf zwischen Verwandten § 173 StGB

Stets mit typischen Moral- und Sittlichkeitserwägungen in Zusammenhang gebracht wird auch der Beischlaf zwischen Verwandten, § 173 StGB. In der Strafrechtswissenschaft wird diesbezüglich regelmäßig darauf hingewiesen, dass dieses Strafgesetz ausschließlich Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen schütze und insgesamt verfassungswidrig sei.³¹² Diese Ansicht kann durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts, nach welchem Strafgrund für den Inzest die „tief verwurzelte(n) ethische(n), kulturelle(n) und moralische(n) Anschauung unserer historisch gewachsenen Gemeinschaft“³¹³ sei, eigentlich nur bestätigt werden.

Das Bundesverfassungsgericht begründet hingegen den Einklang mit der Verfassung damit, dass „das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand hat und die Möglichkeit intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt, (weshalb) die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt (werden)“³¹⁴ und lässt ausdrücklich offen, ob eine starke Moralvorstellung eine Strafnorm zumindest ergänzend rechtfertigen kann.³¹⁵

Im Rahmen seiner Entstehungsgeschichte sollte der Inzesttatbestand, die damals sogenannte Blutschande, vorrangig die sittliche Ansicht des Volkes schützen.³¹⁶ Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts gab es jedoch erste Forderungen, den Tatbestand gänzlich aus dem Strafgesetzbuch zu streichen, da dieser ausschließlich unmoralisches Verhalten bestraft.³¹⁷

Schlussendlich wurde der Tatbestand mit der Begründung beibehalten, dass es sich um einen schweren Angriff auf „das sittliche Wesen der Familie“³¹⁸ handle und ein inzestuöses Verhältnis erhebliche Gefahren für daraus entstehende Kinder darstelle.³¹⁹

³¹² Vgl. u.a. Hörnle, NJW 2008, 2086 ff.; Wilhelm, Wahrheit im Strafprozess, 282.

³¹³ BVerfGE 120, 224.

³¹⁴ ebd.

³¹⁵ Vgl. Hörnle, NJW 2008, 2086 ff.; Valerius, Multikulturalität, 23.

³¹⁶ Vgl. BVerfGE 120, 224 (225); NK/Frommel, StGB, § 173, Rn. 1.

³¹⁷ Vgl. Mittermaier, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, 147, BVerfGE 120, 224 (225 f.).

³¹⁸ BVerfGE 120, 224 (226); vgl. dazu Glaser, ZStW 2009, 394 f..

³¹⁹ ebd.

Die Norm war weit gefasst und beinhaltete zur Zeit des Nationalsozialismus beispielsweise auch den sexuellen Kontakt zu verschwägerten, nicht blutsverwandten Personen. Der Inzesttatbestand war als klassischer Moraltatbestand im Abschnitt *Vergehen und Verbrechen wider die Sittlichkeit* geregelt. In der Zeit nach 1945 wurde das der Norm zugrundeliegende Rechtsgut mit Begründungen wie „unsittliches Verhalten, das die Familienbande gefährdet“³²⁰ benannt.

Im Rahmen des 4. Gesetzes zur Reform des Strafrechts 1973³²¹ wurde die Norm inhaltlich auf Blutsverwandte beschränkt, in *Beischlaf zwischen Verwandten* umbenannt und dem Abschnitt der *Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie* zugeordnet.

Sowohl der Strafrechtswissenschaft als auch dem Gesetzgeber selbst fiel es seit jeher äußerst schwer, das dem § 173 StGB zugrundeliegende Rechtsgut zweifelsfrei zu definieren.³²²

Betrachtet man die heute geführte Diskussion über die Legitimation des § 173 StGB und vergleicht die Argumente, die bereits in den siebziger Jahren gegen den Inzesttatbestand vorgetragen wurden mit den Ausführungen des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit, so lässt sich leicht erkennen, dass die wesentlichen Diskussionspunkte stets die gleichen sind.³²³

Ursprünglich wurde vorgetragen, dass die engste Familie von jeglichen sexuellen Beziehungen freizuhalten und so eine familienzerstörende Wirkung zu verhindern sei. Minderjährige Opfer einer inzestuösen Beziehung seien einer diskriminierenden Wirkung in der Öffentlichkeit ausgesetzt und aus derartigen Beziehungen hervorgehende Kinder seien sehr wahrscheinlich von genetischen Schäden betroffen.³²⁴

³²⁰ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 173, Rn. 4.

³²¹ BGBl I, 1735.

³²² Vgl. unter anderem in BVerfGE 120, 224: „Schutz der Ehe und Familie“; kritisch: Amelung, Rechtsgüterschutz, 377; LK/Dippel, § 173, Rn. 10 m.w.N.; Hantke, RUB RR 1/2009, 60; Lackner/Kühl, StGB, § 173 Rn. 1; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, § 173 Rn. 1.

³²³ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 173, Rn. 5.

³²⁴ ebd.; MüKo/Ritscher, StGB, § 173, Rn. 3.

Auch heute wird das Strafgesetz primär mit dem Schutz der Ehe und Familie nach Art. 6 GG begründet.³²⁵ Darüber hinaus müsse der unterlegene Partner in der inzestuösen Beziehung durch dieses Strafgesetz unbedingt geschützt werden.³²⁶

Zwar könnten familien- und persönlichkeitschädigende Folgen nicht zweifellos wissenschaftlich bewiesen werden. Allerdings hätten Untersuchungen dargelegt, dass Folgen wie „ein vermindertes Selbstbewusstsein, funktionelle Sexualstörungen im Erwachsenenalter, eine gehemmte Individuation, Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, Schwierigkeiten, eine intime Beziehung aufzubauen und aufrechtzuerhalten, Versagen im Arbeitsumfeld, eine generelle Unzufriedenheit mit dem Leben, starke Schuldgefühle, belastende Erinnerungen an die Inzesterfahrung, Depression, Drogen- und Alkoholmissbrauch, Selbstverletzung, Essstörungen (oder) Suizidgedanken“³²⁷ aus einer inzestuösen Beziehung mit dem Bruder oder der Schwester resultieren können.

Das Bundesverfassungsgericht stellte außerdem fest, dass der inzestuöse Beschlaf neben den Geschwistern auch deren Familie und die Gesellschaft betreffe.³²⁸ Kritisch wurde in der Wissenschaft hinterfragt, warum eine Familie in ihren Grundfesten weniger gestört sein soll, wenn die inzestuöse Beziehung beispielsweise zwischen Pflege- oder Adoptivkindern bestehe, was nicht vom Tatbestand des § 173 StGB umfasst ist.³²⁹ Auch sei nicht zu erkennen, weshalb eine geschlechtliche Beziehung zwischen Bruder und Schwester, die keinen Beischlaf beinhaltet, weniger schädlich für den Familienzusammenhalt und das Verständnis einer Familie sein soll.³³⁰

³²⁵ Vgl. BVerfGE 120, 224 (227); MüKo/Ritscher, § 173, Rn. 5 und 6; kritisch: Amelung, Rechtsgüterschutz, 377; LK/Dippel, § 173, Rn. 10 m.w.N.; Hantke, RUB RR 1/2009, 60; Lackner/Kühl, StGB, § 173 Rn. 1; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, § 173 Rn. 1.

³²⁶ Vgl. BVerfGE 120, 224.

³²⁷ *ebd.* mit Verweis auf Albrecht/Sieber, MPI 2007.

³²⁸ Vgl. BVerfGE 120, 224; vgl. auch Cornils, ZJS 2008, 87.

³²⁹ Vgl. Cornils, ZJS 2008, 87.

³³⁰ *ebd.*

Das Bundesverfassungsgericht nennt darüber hinaus die zu erwartenden Folgen für aus diesen Verbindungen hervorgehenden Kindern.³³¹ Es sei zu erwarten, dass Kinder aus inzestuösen Beziehungen mit einer höheren Wahrscheinlichkeit an Erbkrankheiten oder Behinderungen leiden würden. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, warum auf der einen Seite auch der sterilisierte Inzesttäter bestraft wird, obwohl keinerlei Risiko einer Fortpflanzung besteht³³² und auf der anderen Seite nach der Gesetzeslage theoretisch sogar eine künstliche Befruchtung bei leiblichen Geschwisterpaaren möglich wäre.³³³

Insgesamt lässt das Bundesverfassungsgericht, wie bereits einleitend erwähnt, offen, ob strafrechtliche Normen unabhängig von den vorgetragenen Strafgründen ohnehin auf Moralvorstellungen basieren könnten.³³⁴ Es ist demnach nicht verwunderlich, dass dieses Urteil gerade dort, wo das gewandelte Verständnis der Sexualmoral und eine komplette Trennung von Moral, Strafrecht sowie die Entmoralisierung des Sexualstrafrechts vertreten werden, auf weitreichende Kritik stößt.³³⁵

Dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht wird vorgeworfen, dass mit den Ausführungen dahingehend, dass ein Bruch mit Traditionen zu vermeiden und Tabus sowie in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein mit Mitteln des Strafrechts durchzusetzen sei,³³⁶ dem allgemeinen Konsens hinsichtlich der Strafgründe widersprechen würde. Danach dürften kulturhistorische, gesellschaftliche Überzeugung oder soziale, sittliche Ächtung unter keinen Umständen eine Strafnorm begründen.³³⁷

³³¹ Vgl. BVerfGE 120, 224 (230 f.).

³³² Vgl. *Hantke*, RUB RR 2009, 64.

³³³ *ebd.*

³³⁴ Vgl. BVerfGE 120, 224 (248).

³³⁵ Vgl. Abweichende Meinung *Hassemer* zu BVerfGE 120, 224 (255 ff.); zur Gesamtthematik der Entmoralisierung (auch) in diesem Zusammenhang weit zuvor *Hanack*, 47. DJT Gutachten, A 28 ff. m.w.N.

³³⁶ Vgl. BVerfGE 120, 224 (248 f.).

³³⁷ Vgl. LK/*Dippel*, StGB, Vor. § 169, Rn. 17, § 173, Rn. 14; MüKo/*Ritscher*, StGB, § 173, Rn. 7; andere Ansicht: NK/*Frommel*, StGB, § 173, Rn. 8 (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei generalpräventivem Normenschutz).

Insgesamt handle es sich beim Tatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten um ein tragendes Beispiel für ein Sittlichkeitsdelikt, dem ausschließlich diffuse Moralvorstellungen zugrunde liegen würden.³³⁸

e) Mord, § 211 StGB, in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal *aus niedrigen Beweggründen*

Ein Straftatbestand, der bereits aufgrund seines Wortlautes und Auslegung der Gerichte einen direkten Schluss zu Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen zulässt, ist der *Mord aus niedrigen Beweggründen* gemäß § 211 Abs. 2 StGB.³³⁹

Beweggründe sind nach der Definition des Bundesgerichtshofs niedrig, wenn sie "nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind."³⁴⁰ *Fischer* nennt dieses Mordmerkmal in seiner Kolumne in der *Zeit* „das erbärmlichste, unglaublichste, dehnbarste aller Mordmerkmale“³⁴¹ und von *Greco* werden die niedrigen Beweggründe gerade als Beweis dafür herangezogen, dass eine Trennung von Strafrecht und Moralität nicht existiert.³⁴²

Genauer betrachtet steht der Tatbestand des Mordes *aus niedrigen Beweggründen* bereits seit Beendigung des zweiten Weltkrieges in der Kritik von Lehre und Wissenschaft. Die Norm wurde von den Nationalsozialisten ins Leben gerufen und hatte hauptsächlich das Ziel mittels Todesstrafe die deutsche Rasse von den übrigen ‚weniger wertvollen‘ Rassen zu säubern.³⁴³

³³⁸ Vgl. hierzu unter anderem *Cornils*, ZJS 2008, 88; *Ellbogen*, ZRP 2006, 190, *Fischer*, StGB, Vor § 13, Rn. 2; *NK/Frommel*, StGB, § 173, Rn. 8; *NK/Frommel*, StGB, § 173, Rn. 1; Abweichende Meinung *Hassemer* zu BVerfGE 120, 224 (255 ff., 272); *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Otto*, Jura 2016, 368 ff., *Roxin*, StV 2009, 544; *Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm*, StGB, § 173, Rn. 1; *Zabel*, JR 2008, 453.

³³⁹ Nicht unumstritten, vgl. *Kühl*, JA 2009, 833.

³⁴⁰ U.a. bereits BGHSt 3, 180.

³⁴¹ Vgl. *Fischer*, Zeit Online 12.12.2013.

³⁴² Vgl. *Greco*, ZIS 2014, 315.

³⁴³ Vgl. *Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte*, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 1.

Um nationalsozialistische Symbolik, germanische Identität und Rassenhass in das Strafgesetz einfließen zu lassen, war es elementar, dass der Mordtatbestand keine klaren und konkreten Tatbestandsalternativen enthielt.³⁴⁴

Das Strafgesetz sollte vielmehr so offen gestaltet sein, dass das Volksempfinden der Nationalsozialisten entscheiden konnte, ob eine entsprechende Straftat vorliegt.³⁴⁵ Der Richter sollte nach der damaligen Vorstellung einen Angeklagten ansehen und feststellen können, dass dieser Mörder sei und die Todesstrafe verdiene.³⁴⁶ Im Vordergrund stand hierbei das Credo *Nullum crimen sine poena*, kein Verbrechen durfte je ungestraft bleiben.

Trotz dieses Hintergrundes hat der Mordtatbestand über die Jahrzehnte inhaltlich kaum geändert. Zwar existiert die Todesstrafe nicht mehr, nichtsdestotrotz wird der Mörder nach dem Gesetzeswortlaut mit lebenslanger Haftstrafe bestraft, eine Strafmilderung ist nicht möglich. Sobald ein Mordmerkmal vorliegt, kann der Richter grundsätzlich nicht mehr auf den Einzelfall reagieren, sondern ist automatisch auf die eine Rechtsfolge, die lebenslange Haftstrafe, beschränkt.³⁴⁷

Auf den ersten Blick mag man zwar einsehen, dass es sich bei Mord um die gewichtigste aller Straftaten handelt.

Dass es aber immer minder, beziehungsweise entgegengesetzt, besonders schwere Fälle³⁴⁸ gibt und jeder Täter und jede Tat anders ist,³⁴⁹ zeigt schon ein kurzer Verweis auf die Haustyrannen-Fälle, in denen eine über Jahrzehnte gedemütigte, geschlagene und misshandelte Ehefrau im Schlaf ihren Mann umbringt, weil sie sich nicht mehr anders zu helfen weiß.³⁵⁰

³⁴⁴ Vgl. *Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte*, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 1; Fischer, Zeit Online 12.12.2013.

³⁴⁵ Vgl. Fischer, Zeit Online 12.12.2013.

³⁴⁶ Vgl. Freisler in Deutsche Justiz 1939; zitiert u.a. in Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9,10; Fischer, Zeit Online 12.12.2013; Laudon, Strafsfakte 2013.

³⁴⁷ Vgl. BeckOK/Eschelbach, StGB, § 211, Rn. 112, 113; NK/Neumann/Saliger, StGB, § 211, Rn. 125 ff..

³⁴⁸ Gemeint sind minder oder besonders schwere Fälle außerhalb der gesetzlichen Regelung.

³⁴⁹ Vgl. Fischer, Zeit Online 12.12.2013.

³⁵⁰ Vgl. Bezeichnung sowie Erläuterung der Fallkonstellation BGHSt 48, 255.

Hier hat sich der Bundesgerichtshof mit einer Umgehungskonstruktion beholfen. In erster Linie wäre diese Tat nämlich als Mord einzuordnen und die Ehefrau ohne Ausnahme zu lebenslanger Haft zu verurteilen.³⁵¹

Neben der generellen Kritik des nationalsozialistischen Erbes wird primär die gängige Definition des Bundesgerichtshofes hinsichtlich der niedrigen Beweggründe bemängelt. Mit Formulierungen wie ‚sittliche Wertung‘, ‚auf tiefster Stufe stehen‘, ‚besonders verwerflich, ja verächtlich‘³⁵² wird die Tatbestandsalternative als unbestimmt, für Auslegung gänzlich offen, moralbehaftet, Gesinnungsmerkmal und ethisches Verwerflichkeitsnorm kritisiert.³⁵³

Wie abhängig dieses Mordmerkmal von Moralvorstellung und Gesellschaftsvorstellungen ist und zu welchen elementar unterschiedlichen Ergebnissen dies führen kann, ist insbesondere an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Blutrache-³⁵⁴ und Ehrenmord-Fällen³⁵⁵ erkennbar.

Ehrenmorde werden vom Bundeskriminalamt definiert als Tötungen, „die aus vermeintlich kultureller Verpflichtung heraus innerhalb des eigenen Familienverbandes verübt werden, um der Familienehre gerecht zu werden“³⁵⁶ wobei im weitesten Sinne auch solche Tötungshandlungen gemeint sein können, die außerhalb der eigenen Familie erfolgen.³⁵⁷

³⁵¹ Vgl. BGHSt 48, 255.

³⁵² U.a. bereits BGHSt 3, 180.

³⁵³ Vgl. u. a. *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 10; *Duttge*, KriPoZ 2016, 93; „Verwerflichkeitstheorem“ in *Haas*, ZStW 2016, 327; *Höhne*, KJ 2014, 284 ff.; *MüKo/Schneider*, StGB, § 211, 73.

³⁵⁴ Vgl. *BGH*, NJW 1995, 602.

³⁵⁵ Vgl. *BGH*, NJW 1980, 537.

³⁵⁶ *Bundeskriminalamt*, Presseinformation zu den Ergebnissen einer Bund-Länder-Abfrage zum Phänomen „Ehrenmorde in Deutschland“

https://www.bdk.de/lv/hamburg/aktuelles/fileadmin/LV_Hamburg/Dokumente/News_und_Aktuelles/Presseinformation_BDK_Ehrenmorden.pdf, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020; vgl. auch *Greco*, ZIS 2014, 309.

³⁵⁷ Vgl. *Greco*, ZIS 2014, 309.

Tathergänge, die als Ehrenmorde bezeichnet werden, liegen unter anderem vor, wenn ein weibliches Familienmitglied sich weigert, dem eigenen Ehemann uneingeschränkt Folge zu leisten, eine Frau vor oder außerhalb der Ehe ‚entehrt‘ wird oder eine Ehe geschlossen wird, die von der Familie nicht genehmigt worden ist.³⁵⁸ Opfer können hierbei die betroffenen Frauen selbst, die an der ‚Entehrung‘ beteiligten Männer oder beide gemeinschaftlich sein.³⁵⁹ Blutrache liegt meist im Rahmen von Familienfehden vor.

Innerhalb weniger Jahre haben abweichende kulturelle Maßstäbe in Bezug auf Familien- und Blutehre in der Rechtsprechung eine Entwicklung von einem Schuld-milderungsgrund bis hin zur Annahme eines niedrigen Beweggrundes und damit Erfüllung des Mordtatbestandes durchlebt.³⁶⁰

Bis etwa Ende der siebziger Jahre wurden abweichende kulturelle Maßstäbe innerhalb der Bewertung des Mordes aus niedrigen Beweggründen als schuld-mildernd oder sogar schuldausschließend eingeordnet, da sie mit psychischen Krankheiten gleichgestellt wurden.³⁶¹ Da bei der Bewertung stets Persönlichkeitsmängel und Psychopathien zu berücksichtigen seien, gelte das erst recht für ausländische Täter, die einer Handlung die Anschauungen und Gepflogenheiten ihrer Heimat zugrunde gelegt hätten.³⁶²

In der Folgezeit stellte der Bundesgerichtshof zwar fest, dass die Niedrigkeit der Beweggründe einer Gesamtwürdigung aller Umstände bedarf. Da die „besonderen Anschauungen und Wertvorstellungen, denen die Täter wegen ihrer Bindung an eine fremde Kultur verhaftet sind, nicht außer Betracht bleiben“³⁶³ dürfen, wurde die Verwirklichung des Mordes aber regelmäßig abgelehnt.

³⁵⁸ Vgl. *Greco*, ZIS 2014, 310.

³⁵⁹ *ebd.*, 309f..

³⁶⁰ Vgl. *BGH*, NJW 1980, 537; *BGH*, BeckRS 2001, 4483; *BGH*, NJW 2004, 1466.

³⁶¹ Vgl. *Greco*, ZIS 2014, 311.

³⁶² Vgl. *BGH*, NJW 1962, 1628.

³⁶³ *BGH*, MDR 1980, 834; *BGH*, StV 1981, 164; *BGH*, NJW 1983, 2934; *BGH*, StV 1997, 566.

Seit Mitte der neunziger Jahre ist der „Maßstab für die Bewertung des Beweggrundes (...) den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen, vor deren Gericht sich der Angeklagte zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt.“³⁶⁴

Der Bundesgerichtshof stellte im Rahmen der Ausführungen zum Vorliegen des Mordtatbestandes fest, dass der vermeintliche Täter sich im Fall eines Ehrenmordes nicht nur über die Gepflogenheiten und Anschauungen der Bundesrepublik hinwegsetze, sondern vielmehr sich selbst beziehungsweise seine Familie zum Richter und Vollstrecker eines privaten Todesurteils erhebe weshalb Ehrenmorde grundsätzlich unter den Tatbestand des Mordes zu subsumieren seien.³⁶⁵

Nach kritischen Stimmen der Strafrechtswissenschaft würde die aufgezeigte Entwicklung ganz unabhängig von der schlussendlichen Bejahung des Mordtatbestands³⁶⁶ verdeutlichen, dass es für die Definition der niedrigen Beweggründe systemwidrig auf kulturelle und damit sittliche und moralische Hintergründe ankomme.³⁶⁷ Unzweifelhaft handle es sich bei Ehrenmorden um Mord und nicht um Totschlag, was allerdings nicht daraus folge, dass der Täter aufgrund anderer kultureller Maßstäbe und sittlicher Vorstellungen, die nicht der der Bundesrepublik Deutschland entsprechen, gehandelt hatte.³⁶⁸

³⁶⁴ Wortgleich *BGH*, NJW 1995, 602; *BGH*, NStZ 2002, 369; *BGH*, StV 2004, 205; *BGH*, NJW 2004, 3051; *BGH*, NJW 2004, 1466; *BGH*, NJW 2005, 2852; *BGH*, NJW 2006, 1008.

³⁶⁵ Vgl. *BGH*, NJW 1995, 602; *BGH*, NStZ-RR 2000, 168; *BGH*, NJW 2005, 2852; *BGH*, NJW 2006, 1008.

³⁶⁶ Welcher ja Seitens der Tatgerichte kaum gefolgt wird, vgl. *Greco*, ZIS 2014, 319.

³⁶⁷ Vgl. *Greco*, ZIS 2014, 319.

³⁶⁸ *ebd.*

Vielmehr verletzte der Täter ganz objektiv das höchste Gut des Menschen, das Leben, nachdem er dem Opfer die Fähigkeit das Leben nach seinen eigenen Vorstellungen frei auszugestalten absprach, was im Hinblick auf die Einordnung des Mordes gänzlich autonom von Moral, Sittlichkeit und Kulturvorstellungen einzuordnen sei.³⁶⁹

Auch außerhalb der Blutrache-Fälle wird kritisiert, dass sich, anders als bei den bisher genannten Normen, schon in der Definition der niedrigen Beweggründe die „Sittlichkeit als Wertungsmaßstab“³⁷⁰ und damit ein klarer Bezug zu Moralität zeige. Es komme im Rahmen des Tatbestandes auf gesellschaftlich anerkannte und gelebte Sozialmoral an³⁷¹ und die niedrigen Beweggründe unterlägen insgesamt einer primär moralisch-wertenden Betrachtung.³⁷² An dieser Stelle, die Norm mit der höchsten Strafandrohung des Strafgesetzbuches zugrunde gelegt, dürften hingegen noch wesentlicher nur rationale, nachvollziehbare Gesichtspunkte einbezogen werden, die frei von Emotionen oder sich stetig verändernden gesellschaftlichen Vorstellungen sind.³⁷³

³⁶⁹ Vgl. *Greco*, ZIS 2014, 319.

³⁷⁰ *Kühl*, JA 2009, 834.

³⁷¹ Vgl. *MüKo/Schneider*, StGB, § 211, Rn. 70.

³⁷² Vgl. *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 10.

³⁷³ *ebd.*, 14.

IV) Strafrecht als *Prima Ratio*

1. *Prima Ratio* als bekannte Betrachtungsweise

In dieser Arbeit soll es nicht primär um das Aufdecken zweifelhafter Moralimpulse, -einbrüche oder -entscheidungen im deutschen Strafrecht gehen. Nach den bisherigen Erkenntnissen scheint aber jedenfalls zu Recht bemängelt zu werden, dass das Strafrecht insbesondere in Bezug auf die hier untersuchten Tatbestände durch politisch und gesellschaftlich bedingten Aktionismus stetig erweitert, verändert und grundlegend ausgedehnt wird.

Gerade vor dem Hintergrund der Zunahme der Anzahl der Straftatbestände und sukzessiver Erweiterung bereits bestehender Normen wird in der kritischen Strafrechtswissenschaft das Strafrecht gegenständlich nicht mehr als *Ultima Ratio*, das letzte Mittel des Staates, angesehen. Einzelne Stimmen gehen sogar so weit, dass gar keine *Ratio* mehr erkennbar sei, sondern das Strafrecht lediglich noch dazu diene, eine Art ‚formalisiertes Verfahren‘ bereitzustellen, um jegliche soziale Konfliktfelder in den Griff zu bekommen.³⁷⁴

Dieser Anknüpfungspunkt, nämlich ein Strafrecht, das möglichst alle gesellschaftlichen Probleme abhandeln will, wird auch von denjenigen Kritikern vorgebracht, die in der Entwicklung des Strafgesetzbuches eine Entwicklung hin zur *Prima Ratio*, zum generellen und allgemeinen Mittel des Staates sehen.³⁷⁵

Ein Strafgesetzbuch als generelles und allumfassendes Regelungswerk des Staates hat durchaus Tradition, wie im historischen Teil dieser Arbeit bereits angedeutet wurde.³⁷⁶

Bis zu Beginn der Aufklärung war das Zusammenleben innerhalb eines Staates zu einem weit überwiegenden Teil durch das Strafrecht definiert. Das, was das Strafrecht als strafwürdig definierte, war unerwünschtes und unrechtes, alles andere hingegen erlaubtes und damit akzeptiertes Verhalten.³⁷⁷

³⁷⁴ Vgl. Kindhäuser, ZStW 2017, 384.

³⁷⁵ Vgl. Deutscher Anwaltverein, AnwBl, 2016, 323; Hamm/Gerhardt, ZRP 2016, 59 f..

³⁷⁶ Siehe oben Kapitel I.

³⁷⁷ Vgl. Frisch, NStZ 2016, 17.

Das Strafrecht war als vollumfängliche und lückenlose Vorgabe der Lebensführung anzusehen.³⁷⁸

2. Strafrecht unter Zugrundelegung wechselseitiger (Freiheits-)Rechte

Wesentlich komplexer gestaltet sich das Strafrechtssystem heute. Unter Zugrundelegung wechselseitiger Anerkennung von Rechten und Freiheiten der verschiedenen vom Strafrecht betroffenen Personen, müssen diese miteinander in Einklang gebracht werden, unabhängig davon, ob sich eine Person gegebenenfalls strafbar gemacht hat.³⁷⁹ So stehen, auch wenn das in den Medien oftmals unterzugehen droht, auch dem vermeintlichen Täter eines Vergehens oder Verbrechens uneingeschränkt dessen Freiheits- beziehungsweise generell Grundrechte zu. Dies erkennt auch das Bundesverfassungsgericht seit mehr als 45 Jahren als selbstverständlich an.³⁸⁰

In gefestigter Rechtsprechung führt das Bundesverfassungsgericht hierzu aus, dass dem Beschuldigten einer Straftat nach dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsgrundrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG stets ein faires und rechtsstaatliches Strafverfahren zu gewähren ist.³⁸¹

Insbesondere vor dem Hintergrund der weitreichenden Folgen eines Strafprozesses, sowie dessen Ausgang, ist das gesamte Verfahren in einer Weise zu führen, in dessen Verlauf der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt des staatlichen Handelns wird. Alle Maßnahmen, die gegenüber dem Beschuldigten getroffen werden, unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sie müssen also einem legitimen Zweck dienen, erforderlich und angemessen sowie verhältnismäßig im engeren Sinn sein.³⁸²

³⁷⁸ Siehe oben Kapitel I; vgl. *Kindhäuser*, ZStW 2017, 383 ff.; *Schüssler*, *Moralisierung des Rechts*, 15.

³⁷⁹ Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 17.

³⁸⁰ Vgl. *Bittmann*, NStZ 2016, 253.

³⁸¹ Vgl. BVerfGE 26, 302; BVerfGE 38, 105; BVerfGE 40, 95; BVerfGE 65, 171; BVerfGE 66, 313; BVerfGE 77, 65; BVerfGE 86, 288.

³⁸² Vgl. BVerfGE 64, 135, BVerfGE 92, 277.

Vor dem Hintergrund der Waffengleichheit stehen dem Beschuldigten darüber hinausgehend weitreichende Möglichkeiten und Rechtsmittel gegen Maßnahmen der Ermittlungsbehörden, sowie den Gerichten zur Verfügung, die dessen Stellung als Subjekt und damit insgesamt die Rechte des Beschuldigten wahren sollen.³⁸³

Dem steht faktisch der vermeintliche rechtswidrige Eingriff in fremde Rechtsgüter gegenüber. Der vermeintliche Täter wird im Rahmen eines gegen ihn anhängigen Strafverfahrens bezichtigt, fremde Rechte verletzt, gegen die Strafgesetze des Staates verstoßen und insgesamt das geltende Recht negiert zu haben.³⁸⁴

Der Staat ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in diesem Zusammenhang verpflichtet, den Tathergang aufzuklären, ein rechtsstaatliches Verfahren gegen den Beschuldigten zu führen und ihn, soweit dessen Täterschaft und Schuld nachgewiesen werden kann, einer rechtmäßigen und angemessenen Strafe zuzuführen.³⁸⁵

Insgesamt, so das Bundesverfassungsgericht, muss der Staat, sowohl für den möglichen Verletzten einer Straftat, aber auch für die Gesellschaft selbst, eine funktionierende Strafrechtspflege garantieren.³⁸⁶ Er muss die Vergeltung des Verstoßes durch den Beschuldigten mit dessen fortwährend geltenden Freiheitsrechten in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringen.³⁸⁷

Im Grundsatz müssen nach der jüngeren Rechtsprechung die folgenden Begriffspaare miteinander in Einklang gebracht werden: Die Menschenwürde des Beschuldigten und das Schuldprinzip, der Rechtsstaat und das Gebot materieller Gerechtigkeit allen Strafers sowie die rechtsstaatliche Sicherung der Freiheitsrechte und Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege.³⁸⁸

³⁸³ Vgl. BVerfGE 34, 293; BVerfGE 38, 105; BVerfGE 66, 313; BVerfGE 67, 2563; BVerfGE 110, 226.

³⁸⁴ Vgl. *Landau*, NStZ 2015, 667.

³⁸⁵ Vgl. BVerfGE 133, 168.

³⁸⁶ *ebd.*

³⁸⁷ *ebd.*

³⁸⁸ Vgl. BVerfGE 20, 323; *Helwig*, DRiZ 2017, 92 ff.; *Landau*, NStZ 2015, 665.

3. Strafrecht unter dem Druck von Politik und Gesellschaft

Gerade dieses, auf die wechselseitigen Freiheitsrechte abgestimmte, ausdifferenzierte und austarierte Strafrechtssystem scheint unter dem gesellschaftlichen und politischen Druck zu leiden.³⁸⁹ Der Ruf nach immer härterer und umfassenderer Bestrafung, dem Kürzen von Rechtsmitteln, der Senkung des Strafmündigkeitsalters und einem generellen Mehr an Strafrecht ist nur beispielhaft in Zusammenhang mit dieser Entwicklung zu nennen.³⁹⁰ Das Strafrecht scheint insgesamt Konjunktur zu haben.³⁹¹

Es macht in Teilen sogar den Anschein, dass die Politik und der Gesetzgeber nahezu jeder negativen gesellschaftlichen Entwicklung entgegentreten, indem das unerwünschte Verhalten rigoros unter Strafe gestellt wird, anstatt solche Handlungen mit weniger eingriffsstarken Sanktionen, wie beispielsweise aus dem Zivil-, Verwaltungs-, Berufs-, Wettbewerbs- oder Polizeirecht zu belegen.³⁹²

Der Aussage ‚es darf nicht sein, dass ...‘ scheint in der unmittelbaren Vergangenheit häufig ungefiltert ein ‚bestraft wird, wer ...‘ zu folgen.³⁹³ Sobald gesellschaftliche Konflikte auftreten und womöglich verängstigte Bürger die Politik zum Handeln bewegen, ist mit ‚Mehr Strafe!‘ stets zügig eine befriedigende Antwort gefunden.³⁹⁴

Dass das Strafrecht nur zur Anwendung kommen soll, wenn unmittelbar anerkannte Rechtsgüter, wie beispielsweise die Gesundheit, die Freiheit oder das Leben verletzt wurden, scheint sowohl im gesellschaftlichen Diskurs als auch in der Politik an Relevanz zu verlieren.³⁹⁵

³⁸⁹ Vgl. Hamm/Gerhardt, ZRP 2016, 60; Landau, NStZ 2015, 665.

³⁹⁰ Vgl. Hamm/Gerhardt, ZRP 2016, 60; Maas, AnwBl 2016, 547.

³⁹¹ Vgl. *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

³⁹² Vgl. Landau, NStZ 2015, 668.

³⁹³ Vgl. *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

³⁹⁴ Vgl. Amberger, AnwBl 2016, 572.

³⁹⁵ Vgl. Landau, NStZ 2015, 668.

Ähnliches scheint für die über die Jahrzehnte entwickelten Erkenntnisse zum Ziel von Strafen, Bedeutung des Strafausspruchs sowie zur Wahrung des Rechtsfriedens, Normbewährung und Gerechtigkeit im materiellen Sinn zu gelten.³⁹⁶

Im Rahmen der letzten Bundestagswahlen wurde diese Veränderung deutlich. Parteien, die für ihre Wähler, die Bürger der Bundesrepublik, eine einfache Lösung für all diese gesellschaftlichen Probleme bereitstellen wollten, einen „starken Mann, der einfach mal kräftig auf den Tisch haut und durchregiert,“³⁹⁷ mithin ein Mehr an Autorität und unmittelbarer staatlicher Härte, gewannen Zuspruch.³⁹⁸

Es scheint als einfacher Weg, den Wähler positiv zu stimmen und einen gewissen Handlungswillen aber auch eine politische Handlungsfähigkeit zu belegen, indem im Bereich des Strafrechts weitreichende Veränderungen, insbesondere Erweiterungen, versprochen und schließlich auch durchgesetzt werden, um dem gesellschaftlichen Druck zu genügen.³⁹⁹

Es stellt sich aber die Frage, ob ein neues Strafgesetz, eine Erweiterung bestehender Normen oder eine Anhebung von Strafraumen tatsächlich effektiv hinsichtlich der Prävention von unerwünschten Verhaltensweisen sein kann. Bedeutet ein Mehr an Strafrecht am Ende tatsächlich ein sichereres und besseres Zusammenleben?

4. Strafrecht als *Prima Ratio* effektiv im Kampf gegen strafbares Verhalten?

Denn das ist es, was das Strafrecht oder vielmehr die Strafe selbst zum Ziel hat. Die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die Rechte der Bürger sowie die primären Werte des gemeinschaftlichen Zusammenlebens auch präventiv zu schützen.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Vgl. Landau, NStZ 2015, 668.

³⁹⁷ Vgl. Maas, AnwBl 2016, 547.

³⁹⁸ Vgl. unter anderem das Wahlprogramm der AfD; Bezug genommen von Maas, AnwBl 2016, 547.

³⁹⁹ Vgl. Maas, NStZ 2015, 309; Schellenberg, AnwBl 2016, 544.

⁴⁰⁰ Vgl. BVerfGE 45, 187, so auch Landau, NStZ 2015, 667; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, Vorb. §§ 38 ff, Rn. 1.

Ohne in dieser Arbeit tiefer auf den Meinungsstand oder die Hintergründe der Straftheorien einzugehen, dürfte jedenfalls nach der herrschenden Meinung sowohl der Vergeltungsgedanke der absoluten Straftheorien als auch der präventive Aspekt von Strafe, der aus den relativen Straftheorien bekannt ist, mithin insgesamt die Vereinigungstheorie zur Rechtfertigung des staatlichen Strafans herangezogen werden.⁴⁰¹

Bereits in der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe 1977 legte das Bundesverfassungsgericht fest, dass Strafe neben der Vergeltung für begangenes Unrecht außerdem die Abschreckung und Besserung der Gemeinschaft zur Aufgabe habe.⁴⁰² Auch der Bundesgerichtshof folgt einer solchen vergeltenden Vereinigungstheorie.⁴⁰³ Daraus schlussfolgernd würde eine funktionstüchtige Strafrechtspflege im besten Fall dazu führen, dass die Besserung der Gesellschaft, ein Rückgang von Straftaten und ein sichereres Zusammenleben eintritt.⁴⁰⁴

Die Praxis zeigt aber gerade nicht das Bild, dass ein Mehr an Gesetzen schlussendlich zu einem sichereren und zufriedeneren Zusammenleben führt.

Zwar sind nach der polizeilichen Kriminalstatistik die verzeichneten Straftaten in Deutschland in den letzten Jahren insgesamt, im Jahr 2017 sogar um fast 10 % und im Jahr 2019 in Vergleich zu 2017 nochmals um 2,3 % zurückgegangen.⁴⁰⁵ Das tatsächliche Sicherheitsgefühl in der Bundesrepublik entspricht hingegen nicht im Geringsten diesen statistischen Zahlen.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Vgl. NK/Hassemer/Neumann, Vorb. § 1, Rn. 274; Aus der Praxis RGSt 58, 113; BGHSt 7, 214, BGHSt 7, 211, BGHSt 24, 40; BVerfGE 21, 391, BVerfGE 25, 156; aus der Lit. Roxin, JuS 1966, 10 f, 17 ff; ders. AT/1, § 3, Rn. 33 ff., 37 ff. (Modell der präventiven, auf Vergeltung verzichtenden Vereinigungstheorie); LK/Weigend, StGB, Einl., Rn. 60; Maurach/Gössler/Zipf, AT/1, § 6, Rn 1; zusammenfassende Darstellung bei Lackner/Kühl, § 46, Rn. 2.

⁴⁰² Vgl. BVerfGE 45, 187.

⁴⁰³ Vgl. bereits BGHSt 7, 214, BGHSt 24, 40.

⁴⁰⁴ Vgl. BVerfGE 133, 168.

⁴⁰⁵ Vgl. Bundeskriminalamt, Kriminalstatistik 2017 und Kriminalstatistik 2019.

⁴⁰⁶ Vgl. <https://www.n-tv.de/politik/Angst-in-keinem-Verhaeltnis-zur-Kriminalitaet-article20423043.html>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

Nach *Schulz*, dem ehemaligen Vorsitzenden des *Bundes Deutscher Kriminalbeamter*, stehe das Sicherheitsgefühl der Bürger bereits seit vielen Jahren nicht mehr im Verhältnis zu den tatsächlichen rückgängigen Zahlen begangener Straftaten.⁴⁰⁷

Dies scheint unter anderem darauf zurückzuführen zu sein, dass das, was der Bürger, hervorgehoben durch Medien aller Art, zu sehen bekommt, häufig das Ausbleiben materieller Gerechtigkeit ist. Wenn aufgrund Opportunitäts-erwägungen, mittels Absprachen oder generell fehlender Organisation der Strafrechtspflege ein Strafverfahren nicht im Sinne der vom Bürger so verstandenen Gerechtigkeit endet, führt dies zum Vertrauensverlust in die Geltungskraft der Rechtsordnung und Effektivität der Strafrechtspflege.⁴⁰⁸

Dies hat zur Folge, dass das Strafrecht in den Augen der Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, seine präventive Wirkung zu entfalten und Sicherheit für die Bürger zu gewähren sowie Rechtsfrieden herzustellen.⁴⁰⁹

Als Beispiel sei an dieser Stelle die Einstellung des ‚Love-Parade-Verfahrens‘ genannt. Das Verfahren wurde nach 184 Sitzungstagen eingestellt, obwohl sich der Tatverdacht gegen die Angeklagten nach vorläufiger Bewertung bestätigt habe.⁴¹⁰

Nächster Verfahrensschritt wäre die Einführung eines Gutachtens gewesen, welches aufzeigt, dass das Unglück, bei dem 21 junge Menschen ums Leben kamen und über 650 weitere Personen verletzt wurden, bereits in der Planungsphase hätte verhindert werden können. Einstellungsgrund war die herannahende Verjährung, sowie die nur noch als gering einzuschätzende Schuld der Angeklagten.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Vgl. <https://www.n-tv.de/politik/Angst-in-keinem-Verhaeltnis-zur-Kriminalitaet-article20423043.html>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴⁰⁸ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 323; *Landau*, NStZ 2015, 669.

⁴⁰⁹ Vgl. *Landau*, NStZ 2014, 429.

⁴¹⁰ Vgl. <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-duisburg-loveparade-prozess-verfahren-eingestellt-ohne-urteil-fahrtaessige-toetung-koerperverletzung/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴¹¹ *ebd.*

Die entsprechenden Facebook-Kommentare weisen in einer seltenen Übereinstimmung in dieselbe Richtung: Missverständnis und Fassungslosigkeit.⁴¹²

Gewaltexzesse, politische Ideologien und tief verwurzelter Hass scheinen insbesondere auf den unterschiedlichen Social Media Plattformen allgegenwärtig und tun im Hinblick auf die Unsicherheit der Bürger ihr Übriges.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob diesen Entwicklungen in der Tat mit noch mehr Strafrecht zu begegnen ist.⁴¹³ Muss das Strafrecht in diesem Zusammenhang tatsächlich als Allheilmittel eingesetzt werden, um dem Volk Sicherheit zu gewähren?⁴¹⁴

5. Gefahren eines Strafrechts als *Prima Ratio*

In dieser Arbeit wird der Standpunkt vertreten, dass ein Mehr an Straftatbeständen, ein vollumfängliches Strafgesetzbuch und ein stetiges Ausdehnen strafbarer Handlungen in diesem Sinne gerade nicht zielführend sind. Bevor aber im Hauptteil auf die erstrebenswerte und notwendige Entwicklung des deutschen Strafrechts zur *Ultima Ratio*, insbesondere aber den Weg (zurück) dahin, eingegangen wird, sind in einem ersten Schritt die Gefahren und Risiken der Entwicklung eines Strafrechts zur *Prima Ratio* zu erörtern.

Hierbei soll sowohl auf die strafprozessualen Problemfelder als auch auf die kritischen Schnittpunkte mit Verfahrensmaximen eingegangen werden. Die bisherigen Erkenntnisse dieser Arbeit bezogen sich zwar auf das materielle Strafrecht, allerdings tangieren Veränderungen im materiellen Strafrecht ohne Zweifel auch jegliche prozessrechtliche Aspekte, die mit der Strafverfolgung einhergehen.⁴¹⁵

⁴¹² Vgl. Kommentarfeld unter dem Beitrag <https://www.facebook.com/328880043929936/posts/1838931832924742/?d=n> zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴¹³ Vgl. Bittmann, NStZ 2016, 249.

⁴¹⁴ *ebd.*

⁴¹⁵ Vgl. Hamm, NJW 2016, 1537 (1537 f., 1543).

Es sei vorab angemerkt, dass es sich bei den nachfolgend angeführten Punkten nur um eine Auswahl betroffener Problemkreise handelt. Eine umfängliche Untersuchung aller möglichen tangierten Normen würde den Umfang dieser Arbeit bei weitem überschreiten. Vielmehr soll hier weiterhin auf solche Themenkomplexe eingegangen werden, die regelmäßig im öffentlichen Diskurs wiederzufinden sind.

a) Der Einfluss des Strafrechts als *Prima Ratio* auf das Strafverfahren

Für den Strafprozess bedeutet die Pflicht des Staates, eine funktionierende Strafrechtspflege zu gewährleisten, ein Strafverfahren stets nach den Regeln des Strafprozessrechts einzuleiten und so zügig wie möglich durchzuführen, den Sachverhalt aufzuklären sowie die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils zu sichern.⁴¹⁶ Nur so kann materielle Gerechtigkeit und das Sicherheitsgefühl der Bürger tatsächlich erreicht werden.

Eben dieser Verpflichtung scheint der Staat aber vor dem Hintergrund der stetigen Erweiterung des materiellen Strafrechts nicht mehr nachkommen zu können. Kritische Stimmen behaupten in diesem Zusammenhang, dass allein die Menge an Strafgesetzen eine Verfahrenseinleitung und rechtmäßige Verfahrensdurchführung quasi unmöglich mache.⁴¹⁷

Hauptverfahren würden teilweise erst Monate, wenn nicht sogar Jahre nach der Tat eröffnet, Verfahrenseinstellungen würden mehr und mehr in den Vordergrund rücken und neben der rechtmäßigen Möglichkeit auf eine Verständigung im Strafverfahren gemäß § 257c StPO sollen auch heute noch informelle Absprachen zur Abkürzung von Verfahren in deutschen Gerichtssälen allgegenwärtig sein.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Vgl. BVerfGE 133, 168; BVerfGE 46, 214; BVerfGE 49, 24; BVerfGE 51, 324. Zur Pflicht des Staates eine funktionierende Strafrechtspflege zu gewährleisten: Vgl. BVerfGE 33, 367; BVerfGE 46, 214; BVerfGE 122, 248; BVerfGE 130, 1; „Der Schutz elementarer Rechtsgüter durch Strafrecht und seine Durchsetzung im Verfahren sind Verfassungsaufgaben“ vgl. BVerfGE 107, 104; BVerfGE 113, 29.

⁴¹⁷ Vgl. Hamm, NJW 2016, 1537.

⁴¹⁸ Vgl. Deutscher Anwaltverein, AnwBl, 2016, 323; Landau, NStZ 2015, 671.

Jene Gesichtspunkte lassen das Vertrauen des Verletzten aber auch jedes nicht unmittelbar betroffenen Bürgers der Bundesrepublik in das deutsche Strafverfahren, die Normbewährung und das Sicherheitsgefühl im Hinblick auf die gesamte Strafverfolgung schwinden.⁴¹⁹

b) Problemfelder im Hinblick auf strafprozessuale Verfahrensmaxime

In einem ersten Schritt soll auf die Folgen eines Strafrechts als *Prima Ratio* für strafprozessuale Verfahrensmaxime, genauer das Legalitätsprinzip, den Beschleunigungsgrundsatz und die Unschuldsvermutung eingegangen werden.

aa) Legalitätsprinzip gemäß § 152 Abs. 2 StPO

Das Legalitätsprinzip steht unter mehreren Gesichtspunkten in der Kritik der Wissenschaft.⁴²⁰ Dabei geht es nicht nur um das bestehende und in Zukunft verstärkt zu erwartende Mehr an Anfangsverdachten bedingt durch ein Mehr an Straftatbeständen, sondern auch um eine befürchtete Veränderung der Definition des Anfangsverdachts selbst.

Gemäß § 152 Abs. 2 StPO gibt das Legalitätsprinzip vor, dass die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens die Ermittlungen aufzunehmen hat, sobald ein Anfangsverdacht hinsichtlich der Begehung einer Straftat besteht.⁴²¹

Der Anfangsverdacht muss sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, mithin konkrete Tatsachen, stützen, die den Schluss zulassen, dass in dem vorliegenden Sachverhalt eine Straftat zu sehen ist.⁴²²

Ab dem Zeitpunkt des Vorliegens des Anfangsverdachts muss ein Verdächtiger mit strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen rechnen.⁴²³

⁴¹⁹ Vgl. Landau, NStZ 2015, 667.

⁴²⁰ Vgl. Freyschmidt, AnwBl. 2017, 37 ff.; Hamm, NJW 2016, 1537 ff.; Hoven, NStZ 2014, 361 ff..

⁴²¹ Vgl. BeckOK/Beukelmann, StPO, § 152, Rn. 1, 2, 9. MüKo/Kölbel, StPO, § 160, Rn. 20.

⁴²² Vgl. u.a. BGH, NJW 1994, 2839 m.w.N.

⁴²³ Vgl. MüKo/Peters, StPO, § 152, Rn. 34.

Reine Vermutungen, sowie nicht durch konkrete Umstände belegbare Möglichkeiten reichen hingegen nicht aus.⁴²⁴

Sinn und Zweck der Hürde des Anfangsverdachts ist es, den Verdächtigen oder generell Betroffene vor unbegründeten und unangemessenen Ermittlungsmaßnahmen und staatlicher Willkür zu schützen, die sich auf reine Vermutungen hinsichtlich eines strafwürdigen Verhaltens stützen.⁴²⁵ Es soll außerdem verhindert werden, dass Ermittlungsbehörden grenzenlos und ohne das Vorliegen konkreter Umstände in Bezug auf eine Straftat Daten erheben, sichern und verwerten.

Der Anfangsverdacht umschreibt mithin nicht nur den Zeitpunkt, ab wann die Staatsanwaltschaft einschreiten muss, sondern vielmehr auch den frühesten Zeitpunkt, ab wann ermittelt werden darf.⁴²⁶ Damit wird dem Verfolgungsinteresse des Verletzten und des Staates einerseits, der Gleichberechtigung des Beschuldigten im Sinne strafprozessualer Gerechtigkeit andererseits, Rechnung getragen.⁴²⁷

Mit dem Bejahen des Anfangsverdachts ist es der Staatsanwaltschaft und der Polizei als Ermittlungshelfer nach den §§ 160, 161, 161a StPO erlaubt, alle notwendigen Ermittlungsmaßnahmen für die der Anfangsverdacht ausreicht durchzuführen, um den Tathergang möglichst vollumfänglich zu ermitteln.

Diese allgemeinen Ermittlungen umfassen beispielsweise die Untersuchung des Tatorts, das Vernehmen von Zeugen, das Beauftragen eines Sachverständigen, Spurensicherung und das Einholen von allgemeinen Auskünften aller Art.

Der Verdächtige muss zu diesem Zeitpunkt auch mit speziellen Ermittlungsmaßnahmen rechnen. Gemäß § 81a StPO darf ihm Blut abgenommen oder andere ärztliche Untersuchungshandlungen an ihm vorgenommen werden.

⁴²⁴ Vgl. *LG Augsburg*, NJW-Spezial 2017, 762; *BVerfG*, StV 2017, 361.

⁴²⁵ Vgl. *MüKo/Peters*, StPO, § 152, Rn. 34.

⁴²⁶ *ebd.*

⁴²⁷ Vgl. etwa *Hoven*, NStZ 2014, 362; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 152, Rn 3.

Es dürfen erkennungsdienstliche Maßnahmen durchgeführt und DNA-Proben entnommen werden. Außerdem darf auch die Wohnung des Verdächtigen durchsucht werden, wenn dort Beweismittel vermutet werden. Das Telefon des Verdächtigen darf überwacht werden und neben dem kleinen und großen Lauschangriff ist auch die längerfristige Observation oder der Einsatz verdeckter Ermittler erlaubt.

(1) Flut an Anfangsverdachten

In der Strafrechtswissenschaft wird insbesondere als problematisch gesehen, dass die Erweiterung des materiellen Strafrechts und essentielle Ausdehnung bestehender Normen zu einem Mehr an Straftaten oder vermeintlichen Straftaten und damit zu einem Mehr an Anfangsverdachten führen dürfte.⁴²⁸

In diesem Zusammenhang wird insbesondere behauptet, dass es bereits wegen dieser bestehenden und in der Zukunft weiter zu erwartenden „Flut an Anfangsverdachten“⁴²⁹ aussichtslos sei, dem Legalitätsprinzip sowie der Amtsaufklärungspflicht überhaupt noch gerecht zu werden. Es sei zu erwarten, dass als Folge Verfahren nicht mehr pflichtgemäß eingeleitet, enorm verzögert oder strafprozesswidrig abgekürzt würden.⁴³⁰

Erschwerend hinzu komme, dass die Mittel und Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden und der Justiz nicht im gleichen Maß angehoben werden, um diesem Anstieg in irgendeiner Form gerecht zu werden. Vielmehr existierten unter dem Stichwort der Ressourcenökonomie bereits jetzt nicht unwesentliche Ausnahmen vom Legalitätsprinzip, also Ausnahmen für eine Ermittlungs- und Aufklärungspflicht der Strafverfolgungsbehörden.⁴³¹

So liegt es im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden nicht einzuschreiten, wenn die Sachaufklärung, wie beispielsweise bei einem Taschendiebstahl auf einem vielbesuchten Fest, offensichtlich aussichtslos wäre.⁴³²

⁴²⁸ Vgl. *Hamm*, NJW 2016, 1537.

⁴²⁹ *ebd.*, 1542.

⁴³⁰ *ebd.*, 1542.

⁴³¹ Vgl. *Hamm*, NJW 2016, 1542.

⁴³² Vgl. *Kammann*, Der Anfangsverdacht, 88 f.; *MüKo/Peters*, StPO, § 152, Rn. 52.

Strafbehörden sollen nicht aufgrund reiner Prinzipien, aber ohne jegliche Erfolgsaussicht tätig werden müssen. Außerdem steht es den Behörden stets frei, schweren und komplizierten Fällen den Vorrang gegenüber leichteren Bagatelldelikten einzuräumen, sodass deren Aufklärung faktisch verschoben wird.⁴³³

(2) Niedrigere Hürde zur Bejahung des Anfangsverdachts

Darüber hinaus wird der Umgang mit dem Begriff und der Definition des Anfangsverdachts im Rahmen des hier behandelten Themas auch aus einem anderen Blickwinkel kritisiert.⁴³⁴ Die gesellschaftspolitisch und generell gesellschaftlich höchst brisanten Themen wie beispielsweise Kinderpornographie scheinen gegenwärtig eine besonders niedrige Hürde für die Bejahung des Vorliegens eines Anfangsverdachts und damit zur Einleitung von Ermittlungen gegen den vermeintlichen Täter zu rechtfertigen.⁴³⁵

Diese sensiblen Bereiche scheinen gesellschaftlich so elementar, dass ein Einschreiten von Ermittlungsbehörden auch ohne das tatsächliche, definitionsgetreue Vorliegen eines Anfangsverdachts gerechtfertigt werden können, um zu verhindern, dass Beweismittel, wie beispielsweise Festplatten, Internetverläufe und Daten generell, beseitigt werden.⁴³⁶

So hat die Münchner Staatsanwaltschaft beispielsweise in einem Fall in Schwabing aufgrund einer anonymen Anzeige, genauer, eines datumslosen nicht unterschriebenen und handschriftlichen Schreibens mit dem Wortlaut: „Die Pädophilen sind überall. So ist mir bekannt, dass auch in D. die Pädophilen ihr Unwesen treiben. Besonders Herr ... und sein Sohn vertreiben Kinderpornographie der übelsten Art. Der Computer ist im Keller versteckt“ ein Ermittlungsverfahren gegen die genannten Personen eingeleitet, das Bundeszentralregister überprüft und sodann einen Durchsuchungsbeschluss beantragt.

⁴³³ Vgl. MüKo/Peters, StPO, § 152, Rn. 52.

⁴³⁴ Vgl. Hoven, NStZ 2014, 362 ff..

⁴³⁵ *ebd.*, 362, 364.

⁴³⁶ *ebd.*

Konkrete Tatsachen, die den Schluss zulassen, dass in dem vorliegenden Sachverhalt eine Straftat zu sehen ist, lagen hingegen nicht vor.⁴³⁷

Als prominentes Beispiel für den losen Umgang mit der Subsumption des Begriffs des Anfangsverdachts im Zusammenhang mit unmoralischen Verhalten, ist hier auch nochmals auf den ‚Fall Edathy‘ einzugehen.

Die Beurteilung des Vorliegens eines Anfangsverdachts gestaltete sich in diesem Fall gänzlich gegenläufig zu dem von Gesetz und der Rechtsprechung vorgesehenen Vorgehen. Während im Normalfall den Behörden eine vermeintliche Straftat bekannt wird und mittels der eingeleiteten Ermittlungen der Täter ausfindig gemacht werden soll, wurde im ‚Fall Edathy‘ aus dem (damals) rechtmäßigen Verhalten des Bundestagsabgeordneten, nämlich dem Bestellen nicht strafbarer Fotos und Videos unbekleideter Jungen, auf das Vorliegen eines Anfangsverdachts hinsichtlich strafbarer Bilder und damit Kinderpornographie geschlossen, was das Einleiten von Ermittlungen gerechtfertigt hatte.⁴³⁸

Im diesem Fall wurde der Anfangsverdacht mithin auf die Hypothese einer bestimmten Persönlichkeitsstruktur des Verdächtigen gestützt, die diesen, nach seinem unmoralischen Vorverhalten, für die Begehung einer Straftat verdächtig machte.⁴³⁹

Das Konsumieren von legalen Aufnahmen habe danach den Schluss auf eine mögliche Pädophilie des Bundestagsabgeordneten zugelassen und diese wiederum nahelegt, dass *Edathy* auch kinderpornographische Schriften im Sinne des § 184 b StGB a.F. erworben hätte.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Vgl. Beschluss zur Rechtswidrigkeit des Durchsuchungsbeschlusses in diesem Fall: *LG Augsburg*, NJW-Spezial 2017, 762.

⁴³⁸ Vgl. *Hoven*, NStZ 2014, 362, 364.

⁴³⁹ *ebd.*, 364.

⁴⁴⁰ *ebd.*

Kritische Stimmen warnen in diesem Zusammenhang, dass ein Rückschluss wie dieser zur Folge haben würde, dass jeder Bürger bereits aufgrund unmoralischen aber legalen Verhaltens stets und möglicherweise auch regelmäßig wiederkehrend mit Ermittlungshandlungen der Strafbehörden rechnen müsste.⁴⁴¹

Ein gewisses gesellschaftlich nicht anerkanntes, unsittliches Verhalten könnte danach zu einem ‚latenten Anfangsverdacht‘ führen, der unmittelbare grundrechtsrelevante Ermittlungsmaßnahmen rechtfertige.⁴⁴²

(3) Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Verwaltungsbehörden

Im Zusammenspiel mit den Verwaltungsbehörden wird außerdem kritisiert, dass den Behörden immer häufiger auf den Einzelfall spezialisierte Handlungsoptionen abgeschnitten würden.⁴⁴³ Durch die Annahme von Anfangsverdachten bei vielen neugeschaffenen Straftatbeständen wird die Handlungspflicht der Strafverfolgungsbehörden begründet, während Verwaltungsbehörden ihre Zuständigkeit verlieren.

Als Beispiel kann hier die Überschneidung von Arbeits- und Strafrecht im Bereich der Schwarzarbeit herangezogen werden.⁴⁴⁴ Das für diesen Bereich extra geschaffene Schwarzarbeitergesetz verpflichtet den Arbeitgeber zu gewissen Duldungs- und Mitwirkungshandlungen⁴⁴⁵, erlaubt den zuständigen Behörden, das Arbeitsgelände zu betreten und verpflichtet den Arbeitnehmer zur Herausgabe jeglicher in diesem Zusammenhang stehender Unterlagen.⁴⁴⁶

Sobald jedoch der Anfangsverdacht für eine Straftat, beispielsweise § 263 StGB oder § 266a StGB vorliegt, haben die Verwaltungsbehörden, hier die Ermittlungsbeamten der Zollverwaltung, unmittelbar ihre Prüfungsmaßnahmen einzustellen.

⁴⁴¹ Vgl. *Hoven*, NStZ 2014, 364, 366.

⁴⁴² *ebd.*, 366.

⁴⁴³ Vgl. *Freyschmidt*, AnwBl. 2017, 37 f..

⁴⁴⁴ *ebd.*, 37.

⁴⁴⁵ etwa in § 5 SchwarzArbG.

⁴⁴⁶ *ebd.*

Daraufhin sind anstatt der vergleichsweise vereinfachten Voraussetzungen für Überprüfungen, Durchsuchungen und Ermittlungen durch die Zollbehörden die formalen Voraussetzungen der strafprozessualen Maßnahmen zu erfüllen.

Außerdem stehen mit diesem Zeitpunkt dem Arbeitgeber die vollen Möglichkeiten des Vorgehens gegen die staatlichen Maßnahmen zur Verfügung, was die Erforschung erheblich verlangsamt, verkompliziert und erschwert.⁴⁴⁷

bb) Beschleunigungsgrundsatz

Das Ansteigen der Regelungsdichte der materiellen Normen des Strafrechts beeinflusst darüber hinaus auch den Beschleunigungsgrundsatz.

Der Beschleunigungsgrundsatz ist in der Strafprozessordnung zwar nicht ausdrücklich genannt, er stellt aber nach der herrschenden Meinung zweifellos eine der strafprozessual stets zu beachtenden Verfahrensmaxime dar.⁴⁴⁸ Das Beschleunigungsprinzip ist in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verankert und garantiert jedem Beschuldigten, dass eine gegen ihn erhobene Anklage innerhalb einer angemessenen Frist verhandelt wird.⁴⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung das Gebot der Beschleunigung aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG, in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip Art. 20 Abs. 3 GG ab.⁴⁵⁰

Das Prinzip der Beschleunigung wirkt in mehrere Richtungen.⁴⁵¹ Es soll einerseits den Beschuldigten vor unverhältnismäßig langen Ermittlungsmaßnahmen und Verfahren schützen und andererseits gerichtliche Verfahren für den Staat möglichst ökonomisch gestalten.⁴⁵²

⁴⁴⁷ Vgl. Freyschmidt, AnwBl. 2017, 38.

⁴⁴⁸ Vgl. Kudlich, Gutachten C, C13 mit Bezug auf § 115, 121, 128f., 163 II, 1, 229, 329, 338 Nr. 1 b StPO; MüKo/Kudlich, StPO, Einleitung, Rn. 155; Löwe/Rosenberg/Kühne, Einl. B Rn. 41; Einl. E Rn. 67 f.; außerdem zur Revision u.a. BGHSt 49, 342.

⁴⁴⁹ Vgl. MüKo/Kudlich, StPO, Einleitung, Rn. 155.

⁴⁵⁰ Vgl. bereits BVerfGE 53, 152; BVerfGK 1, 269.

⁴⁵¹ Vgl. etwa BVerfGE 63, 45, BVerfGK 8, 260, aus der Literatur etwa MüKo/Kudlich, StPO, Einleitung, Rn. 155.

⁴⁵² Vgl. etwa BVerfGE 63, 45, BVerfGK 8, 260, aus Literatur etwa MüKo/Kudlich, StPO, Einleitung, Rn. 155.

Außerdem wird nach der Ansicht der Kommentarliteratur im Wege der Beschleunigung eines Strafverfahrens im Interesse der Öffentlichkeit die „wahrheitssichernde Funktion“⁴⁵³ des Strafrechts untermauert.⁴⁵⁴ Die Gesellschaft müsse, wenn sie den gesamten Hergang der Strafverfolgung bis hin zum Verfahren und dem Urteilsspruch von außen betrachte, das bereits mehrfach angesprochene Gefühl materieller Gerechtigkeit und damit einhergehender Sicherheit vermittelt bekommen.⁴⁵⁵

Im Ergebnis erhebt das Beschleunigungsgebot den Anspruch, das Strafverfahren insgesamt so zeiteffektiv wie möglich zu halten.⁴⁵⁶

(1) Überlastung der Justiz

In der Praxis kann von einer tatsächlich praktizierten Beschleunigung hingegen häufig nicht gesprochen werden. Vielmehr steht dem Beschleunigungsgebot heute eine ‚bis an die Grenzen‘ überlastete Justiz gegenüber.⁴⁵⁷

Einer der Hauptgründe für die Überlastung und das Überstrapazieren der Strafverfolgungsbehörden soll nach dem Bundesverfassungsgericht gerade die zunehmende Regelungsdichte des Strafrechts, also das immer weitreichendere Einbeziehen von Lebensbereichen in das Gesetzeskonstrukt sein.⁴⁵⁸

Fallgestaltungen würden außerdem insgesamt aufgrund des wirtschaftlichen und technischen Fortschrittes immer komplexer, internationale Tatbegehungen und grenzüberschreitende Straftaten treten vermehrt in Erscheinung und die zunehmende Ausdifferenzierung und Verkomplizierung des Strafprozesses ist schlussendlich mit immer höheren Anforderungen an die verschiedenen Behörden, und damit natürlich auch an die Gerichte, verbunden.⁴⁵⁹

⁴⁵³ Kudlich, Gutachten C, C16.

⁴⁵⁴ Vgl. MüKo/Kudlich, StPO, Einleitung, Rn. 156.

⁴⁵⁵ Vgl. Landau, NStZ 2014, 426.

⁴⁵⁶ *ebd.*, 425.

⁴⁵⁷ Vgl. BVerfGE 133, 168. Im Ergebnis wird dieses Phänomen vom Bundesverfassungsgericht als „stetig wachsenden Arbeitsbelastung der Strafjustiz (...), die bereits an die Grenze der Überlastung heranreicht“ bezeichnet; vgl. auch Krey/Windgätter, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts, 222 ff..

⁴⁵⁸ Vgl. BVerfGE 133, 168; auch Braun, AnwBl 2000, 225; Bockemühl/Satzger/Ruhs, Handbuch Fachanwalt Strafrecht, 1341, Rn.5; Krey/Windgätter, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts, 248.

⁴⁵⁹ Vgl. BVerfGE 133, 168; vgl. Gössel, Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung, 80; Krey/Windgätter, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts, 242.

(2) Arbeitsbelastung in den Dezernaten

Die Überlastung der Justiz wird bei Betrachtung der Arbeitsbelastung der Dezernate von Staatsanwaltschaft und Gerichten noch deutlicher.

Von der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens⁴⁶⁰ durch die Staatsanwaltschaft bis zu Erledigung der Sache vor dem Amtsgericht vergehen im Durchschnitt acht Monate. Bei Verfahren vor dem Landgericht sind es durchschnittlich bereits 19 Monate, in Strafsachen, die vor dem Oberlandesgericht in erster Instanz verhandelt werden, rund 28 Monate.⁴⁶¹

Erschwerend kommt hinzu, dass die Anzahl der praktizierenden Strafrichter in den letzten Jahren stetig sank.⁴⁶² Auch nach Angaben des ehemaligen Richterbund Vorsitzenden *Gnisa* würden in Deutschland etwa 2.000 Richter und Staatsanwälte fehlen.⁴⁶³ Generelle Erhebungen zu Zahlen von Staatsanwälten und Richtern seien in diesem Zusammenhang teils nicht aussagekräftig, da diese beispielsweise Staatsanwälte miteinbeziehen, die im tatsächlichen Tagesgeschäft der Staatsanwaltschaft nicht tätig sind.⁴⁶⁴

Im Hinblick auf die tatsächliche Arbeitsbelastung wird berichtet, dass jeder Staatsanwalt mindestens 100 bis 180 Neueingänge pro Monat zu bewältigen habe.⁴⁶⁵ Es wird kritisiert, dass zehn bis zwölf Arbeitsstunden pro Tag sowie zusätzliche Arbeitszeit an den Wochenenden nicht etwa die Ausnahme, sondern vielmehr die Regel für Staatsanwaltschaften und Gerichte geworden seien.⁴⁶⁶ Dies alles führe dazu, dass Verfahren, wenn auch unfreiwillig, verschleppt oder teils unsachgemäß abgekürzt und somit möglichst schnell beendet würden.⁴⁶⁷

⁴⁶⁰ Vgl. *EGMR*, NJW 2002, 2856; *Kudlich*, Gutachten C, C15, wonach der maßgebliche Zeitpunkt für den Beschleunigungsgrundsatz bereits mit Ermittlungsmaßnahmen oder der vorläufigen Festnahme vorliegt, *Tepperwien*, NStZ 2009, 1 m.w.N.

⁴⁶¹ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Strafgerichte 2017.

⁴⁶² Anzahl der Strafrichter sank seit 2002 von 4441 auf 4218 Richter im gesamten Bundesgebiet, vgl. *BfJ*, Richterstatistik 2017.

⁴⁶³ Vgl. <https://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/257226?cookietime=1568580722>, zuletzt aufgerufen 14.08.2020.

⁴⁶⁴ *ebd.*

⁴⁶⁵ Vgl. *Kornmeier*, LTO 24.07.2014.

⁴⁶⁶ *ebd.*

⁴⁶⁷ *ebd.*

Anstatt hier an der wesentlichen Stelle, nämlich dem Personal, Abhilfe zu schaffen, und damit sowohl dem Problemkreis der zunehmenden Anfangsverdachte also auch in Zusammenhang mit dem Beschleunigungsgrundsatz erheblich aktiv entgegenzuwirken, ist die Justiz immer wieder von Sparmaßnahmen betroffen. Ein personeller und sachlicher Ausbau, der auf die steigende Belastung der Behörden Bezug nimmt, hat bisher nicht stattgefunden.⁴⁶⁸

(3) Überholung durch Haftsachen

Der Beschleunigungsgrundsatz kommt außerdem in Haftsachen besonders zum Tragen. Die deutsche Strafprozessordnung kennt zwar keine absolute Maximaldauer der Untersuchungshaft, allerdings sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, die Ermittlungen und das Strafverfahren so schnell wie möglich durchzuführen, um den Beschuldigten nicht unverhältnismäßig in seinen Freiheitsgrundrechten zu beschränken.⁴⁶⁹

Um dieser Pflicht nachzukommen, werden Haftsachen regelmäßig anderen ermittlungsintensiven sowie lange andauernden Ermittlungen und Verfahren vorgezogen.

Gerade vor dem Hintergrund des Beschleunigungsgebotes sehen sich die Tatgerichte in Haftsachen, trotz aller prozessualer Schwierigkeiten, starkem Druck ausgesetzt, die Verfahrensdauer zu minimieren.⁴⁷⁰ Andernfalls laufen die Gerichte Gefahr, dass Haftbefehle aufgehoben und Beschuldigte wieder freigelassen werden.

⁴⁶⁸ Vgl. BVerfGE 133, 168; *Krey/Windgätter*, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts, 235.

⁴⁶⁹ Vgl. MüKo/Böhm, StPO, § 121, Rn. 1.

⁴⁷⁰ Vgl. BVerfGE 133, 168.

Nach § 122 Abs. 1 StPO darf (s)olange kein Urteil ergangen ist, das auf Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung erkennt, (...) der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen.

In einer Haftprüfung ist danach festzustellen, ob Verlängerungsgründe für die Haft vorliegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss dabei stets eine erneute Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit und den Freiheitsgrundrechten des Beschuldigten erfolgen.⁴⁷¹

Kritisiert wird auf der einen Seite, dass regelmäßig Untersuchungshaftbefehle wegen Zeitverzögerung aufgehoben werden müssen. So würden nach Angaben Gnias jährlich 40 – 50 Untersuchungshaftbefehle einzig aus dem Grund aufgehoben, dass das Verfahren nicht zügig genug vorangetrieben worden war.⁴⁷² Um aber genau dieser Situation entgegenzuwirken, würden Strafverfahren, in denen kein Untersuchungshaftbefehl angeordnet wurde, immer wieder nach hinten verschoben werden.⁴⁷³

Für den Bürger macht dies allerdings im Hinblick auf die nach hinten verschobenen Verfahren auf der andere Seite den Anschein, als würden die Strafverfolgungsbehörden der wahrheitssichernden Funktion des Beschleunigungsgrundsatzes nicht mehr nachkommen.⁴⁷⁴

Besonders aus den Medien können unzählige solcher Vorgänge, natürlich überspitzt dargestellt, entnommen werden.

⁴⁷¹ Vgl. BVerfGK 7, 421, BVerfGK 9, 306.

⁴⁷² Vgl. <https://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2018/04/08/richterbund-deutsche-justiz-ist-ueberfordert/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴⁷³ Vgl. <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2017/Ueberforderte-Richter-Kein-Prozess-kein-Urteil-keine-Strafe,justiz244.html>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴⁷⁴ S.o. vgl. Kudlich, Gutachten C, C16.

So wurden beispielsweise nach erfolgreichen Ermittlungen der Polizei und Anklage der Staatsanwaltschaft gegen die rechte Hooligan Gruppierung ‚Faust des Ostens‘ 2013 wegen schweren Bandendiebstahls, gefährlicher Körperverletzung und Bildung einer kriminellen Vereinigung die Verfahren vor Gericht nicht weiter vorangetrieben. Nach Presseinformationen lagerten bei Gericht in diesem Verfahren mehr als 160 Aktenbände, die seit Jahren nicht geöffnet wurden.⁴⁷⁵

Immer wieder würde, nach Angaben der Behörden, der Themenkomplex ‚Faust des Ostens‘ von aktuelleren Verfahren, in welchen der Angeklagte in Untersuchungshaft saß, überholt, während nach Angaben der Medien die Angeklagten fortlaufend ähnliche Straftaten begehen würden.⁴⁷⁶

In einem anderen pressebekannten Fall wurde in einer Kindertagesstätte in Antweiler in der Eifel ermittelt, in der mehr als vier Jahre lang Kinder körperlich misshandelt, gequält und zum Essen gezwungen worden sein sollen. Auch hier hat die Staatsanwaltschaft den Fall zur Anklage gebracht, auch hier ist seitens des Gerichts nichts weiter geschehen, da auch dieses Verfahren regelmäßig von Haftsachen überholt würde.⁴⁷⁷

Derartige nicht vorangetriebene Verfahren dürften nicht nur für die Verletzten untragbar sein, die auf Gerechtigkeit warten.

Vielmehr wird in der Gesellschaft aus diesen Sachverhalten entweder geschlossen, dass die materielle Gerechtigkeit durch den Staat eben nicht mehr hergestellt werden kann oder, und das dürfte die Situation für Verletzte noch wesentlich verschlimmern, dass in diesen Fällen aufgrund des fehlenden gerichtlichen Vorgehens der Justiz davon ausgegangen werden muss, dass überhaupt kein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vorgelegen habe.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Vgl. <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2017/Ueberforderte-Richter-Kein-Prozess-kein-Urteil-keine-Strafe,justiz244.html>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴⁷⁶ *ebd.*

⁴⁷⁷ *ebd.*

⁴⁷⁸ Vgl. <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2017/Ueberforderte-Richter-Kein-Prozess-kein-Urteil-keine-Strafe,justiz244.html>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

cc) Unschuldsvermutung

Auch das Prinzip der Unschuldsvermutung steht in Zusammenhang mit der Zunahme von Strafgesetzen generell, aber auch mit einer Moralisierung des Strafrechts, in der Kritik.⁴⁷⁹

Die Unschuldsvermutung beinhaltet das Prinzip, dass jeder Beschuldigte als unschuldig gilt, bis ein Urteil gegen ihn gesprochen und dieses rechtskräftig geworden ist. Die Unschuldsvermutung hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang. Sie verbietet zum einen, im konkreten Strafverfahren ohne prozessordnungsgemäßen – nicht notwendigerweise rechtskräftigen – Schuldnachweis, Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln; zum anderen verlangt sie den rechtskräftigen Nachweis der Schuld, bevor diese dem Verurteilten im Rechtsverkehr allgemein vorgehalten werden darf.“⁴⁸⁰

Im Rahmen der Unschuldsvermutung kann der in dieser Arbeit bereits angesprochene ‚Fall Edathy‘ noch ein weiteres Mal herangezogen werden.

Gerade in Fällen wie diesem, in dem es um das Thema Kinderpornographie geht, aber auch bei jeglicher Art von Sexualdelikten, dürfte bereits das Bekanntwerden einer Ermittlung gegen einen vermeintlichen Täter nach den heutigen Erfahrungen einer Verurteilung quasi gleichkommen.⁴⁸¹

Im ‚Fall Edathy‘ beispielsweise hat die Staatsanwaltschaft neben der Bezugnahme auf den ‚latenten Anfangsverdacht‘⁴⁸² entschieden, etwa zwei Wochen nach dem offiziellen Eröffnen des Ermittlungsverfahrens gegen *Edathy*, in einer Pressekonferenz der Öffentlichkeit Einblicke in das laufende Verfahren zu geben.⁴⁸³

⁴⁷⁹ Vgl. *Fischer*, Spiegel Online 04.08.2014.

⁴⁸⁰ BVerfGE 19, 342, BVerfGE 74, 358.

⁴⁸¹ Vgl. *Fischer*, Spiegel Online 04.08.2014.

⁴⁸² siehe oben IV. 5. b) aa) (2).

⁴⁸³ Pressekonferenz der Staatsanwaltschaft, *Herrn Jörg Fröhlich* am 14.02.2018, abrufbar <https://www.youtube.com/watch?v=l8-O5uot-Yk>; zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

Kritisiert wird dabei, dass der Leiter der Staatsanwaltschaft Hannover in dieser Pressekonferenz mehrfach darauf Bezug nahm, dass *Edathy* sich mit dem Erwerb der Filme von unbekleideten Jungen im Alter von neun bis etwa 14 Jahren in einem Graubereich des Gesetzes aufgehalten habe. Genau daraus war dann, wie oben eingehend erläutert, auch der Anfangsverdacht hinsichtlich des Verwirklichens strafbarer Kinderpornographie gestützt worden.⁴⁸⁴

Die Umschreibung des Verhaltens von *Edathy* als Graubereich und die darauf gestützten Ermittlungen ließen allerdings bereits die Schlussfolgerung zu, dass es sich bei den Bildern und Sequenzen durchaus auch um strafrechtlich relevantes Material handeln könnte oder man jedenfalls fest damit rechne, solches Material auch noch zu finden. Allerdings handelte es sich, was zu diesem Zeitpunkt den Ermittlungsbehörden auch bekannt war, in der Tat um legales, maximal unsittliches oder moralisch verwerfliches Material.⁴⁸⁵

Diesbezügliche Äußerungen der Ermittlungspersonen in einer offiziellen Pressekonferenz kommen, unabhängig vom tatsächlichen Ausgang des Verfahrens, bereits einer „sozialen Vernichtung“⁴⁸⁶ gleich.

Es war in dem angesprochenen Verfahren für den gesellschaftlichen Stand von *Edathy* nahezu gleichgültig, ob er später verurteilt beziehungsweise ob überhaupt Anklage gegen ihn erhoben werden würde. Der Öffentlichkeit war nach der Pressekonferenz jedenfalls klar, dass ein Mann, der fragwürdige sexuelle Vorlieben für männliche Jugendlichen habe, ganz sicher auch der Kinderpornographie zugeneigt ist. Und das hat nach Meinung der Wissenschaft „in einem Rechtsstaat kein Beschuldigter verdient.“⁴⁸⁷

c) Problemfelder im Hinblick auf strafprozessuale Einzelvorschriften

Nachfolgend soll auf Einzelvorschriften des Strafverfahrensrechts eingegangen werden, um die dortigen negativen Auswirkungen einer fortlaufenden Erweiterung des materiellen Strafrechts aufzuzeigen.

⁴⁸⁴ Pressekonferenz der Staatsanwaltschaft, Herrn Jörg Fröhlich am 14.02.2018, abrufbar <https://www.youtube.com/watch?v=l8-O5uot-Yk>; zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁴⁸⁵ siehe oben, III. 2. b).

⁴⁸⁶ Vgl. Fischer, Spiegel Online 04.08.2014.

⁴⁸⁷ Vgl. Fischer, Spiegel Online 04.08.2014.

aa) Opportunitätserwägungen gemäß §§ 153 ff. StPO

Nicht nur als unmittelbar Betroffener einer Straftat erwartet der Bürger von den Strafverfolgungsbehörden neben der Ausermittlung des Tatgeschehens auch die angemessene Bestrafung des vermeintlichen Täters. Wie oben bereits ausgeführt, ist der Vergeltungsgedanke durchaus ein Teil der Rechtfertigung staatlichen Strafens. Nach der herrschenden Meinung gehört es zu den Aufgaben des Staates, „das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen (und) die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung damit vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen,“⁴⁸⁸ den erwiesenen Täter für seine Verfehlung mithin angemessen zu bestrafen.

Zu einer solchen angemessenen und gerechten Bestrafung kommt es in den Augen vieler, besonders in den Augen der Öffentlichkeit allerdings nicht, wenn das Verfahren aus Opportunitätserwägungen eingestellt wird.

Gerade die Einstellung aus Opportunitätserwägungen wird kritisch als Bewältigungsmechanismus der enormen Arbeitsbelastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte bezeichnet und für das fehlende Sicherheitsgefühl und Vertrauen der Bürger in das Strafsystem verantwortlich gemacht.⁴⁸⁹

Häufig ist in diesem Zusammenhang von einem ‚Erledigungsdruck‘ zu lesen, dem sowohl der einzelne Staatsanwalt als auch der zuständige Richter unterliegt.⁴⁹⁰ Dabei geht es nicht nur um den ganz grundsätzlichen Druck, die eingegangenen Verfahren und möglicherweise in der Zukunft steigenden Eingänge zu bewältigen.⁴⁹¹ Vielmehr wird darüber hinausgehend die Beurteilung und damit die Leistungsfähigkeit der richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit regelmäßig an der Effizienz selbiger gemessen.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Vgl. u.a. BGHSt 24, 40.

⁴⁸⁹ Siehe oben IV. 5. a).

⁴⁹⁰ Vgl. unter anderem *Eisenberg*, StPO, Rn 739a.

⁴⁹¹ siehe oben, Stichwort: Überlastung der Justiz IV. 5. b) bb) (1) und (2).

⁴⁹² Vgl. BVerfGE 133, 168.

Kritisch wird dabei angemerkt, dass Art und Güte der Leistung eines Dezernenten primär nach dessen Quantität, nicht aber nach der Qualität seiner Arbeit gemessen werde. Mithin stehe die Zahl der abgearbeiteten, erledigten Verfahren im absoluten Mittelpunkt der Tätigkeit, sodass es für den Staatsanwalt oder Richter erstrebenswerter erscheinen muss, Verfahren schnell und unter möglichst geringem Zeit- und Kostenaufwand einer Erledigung zuzuführen.⁴⁹³

Ohne Zweifel kommt der Anwendung der Einstellungsvorschriften der Strafprozessordnung, sowie denjenigen aus dem Jugendstrafrecht oder dem Betäubungsmittelgesetz eine erhebliche praktische Bedeutung zu.⁴⁹⁴

Für den Strafprozess enthält § 153 StPO sowohl für den Zeitraum des Ermittlungsverfahrens und damit für die Staatsanwaltschaft, als auch für den Zeitraum nach Erhebung der Klage, mithin für den zuständigen Richter die Möglichkeit, das Verfahren wegen Geringfügigkeit einzustellen.

Danach kann das Verfahren eingestellt werden, wenn *die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht*.

§ 153a StPO regelt die Einstellung unter Auflagen und Weisungen. Danach kann von der weiteren Verfolgung der Sache abgesehen werden und das Gericht oder die Staatsanwaltschaft *Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht*. Als Auflagen oder Weisungen kommen unter anderem Wiedergutmachung des Schadens, Spenden an eine gemeinnützige Einrichtung, der Täter-Opfer-Ausgleich oder soziale Trainingskurse in Betracht.

⁴⁹³ Vgl. BVerfGE 133, 168; vgl. auch Eisenberg, StPO, Rn 739a.

⁴⁹⁴ Vgl. MüKo/Peters, StPO, § 153, Rn. 3.

Die Zahlen des *Statistischen Bundesamtes* zeigen, dass Einstellungen aus Opportunitätsgründen, ob mit oder ohne Auflagen, in den letzten Jahrzehnten erheblich anstiegen.⁴⁹⁵ Die Zahl der Verfahrenseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft hat sich seit 1993 fast verdoppelt, während die Anklagen nach dem Ermittlungsverfahren von 24 % auf zuletzt etwa 18 % sanken.⁴⁹⁶ Damit werden aktuell etwa 2/3 aller Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft eingestellt.⁴⁹⁷

Vor dem Hintergrund des ansteigenden Arbeitspensums der Gerichte und Staatsanwaltschaften wird nicht nur kritisiert, dass Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO generell zunehmen. Vielmehr wird auch bemängelt, dass gerade auch langwierige Bearbeitungszeiten im Ermittlungsverfahren zu zunehmenden Einstellungen aus Opportunitätserwägungen führen würden.⁴⁹⁸

Zwar dürfte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus 2008 eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO nicht mehr rechtfertigen.⁴⁹⁹ Allerdings kommt auch heute in Extremfällen, beispielsweise dann, wenn die schuldangemessene Strafe das gebotene Maß der Kompensation übersteigen würde, eine Einstellung nach § 153 StPO in Betracht.⁵⁰⁰

Zuletzt sieht sich der zuständige Staatsanwalt stets wohl auch der Überlegung ausgesetzt, dass eine zeitintensive Anklageerhebung direkt unterbleiben und damit eine Verfahrenseinstellung vorgenommen werden kann, wenn damit zu rechnen ist, dass das Gericht das Verfahren einer Einstellung zuführen wird.⁵⁰¹

⁴⁹⁵ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Strafgerichte 2017; vgl. auch <https://www.welt.de/politik/deutschland/article163154096/Staatsanwaltschaften-so-ueberlastet-wie-noch-nie.html>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020: Zahl der mit oder ohne Auflagen eingestellten Verfahren von 2005 bis 2015 um fast ein Viertel stieg – und das, obwohl die Zahl der anfallenden Verfahren insgesamt etwa gleichblieb. Demnach gab es 2005 rund 1,3 Millionen Einstellungen bei insgesamt etwa fünf Millionen Ermittlungsverfahren, 2015 waren es rund 1,6 Millionen.

⁴⁹⁶ Anstieg der Einstellungen von 1994 34% auf 59 % im Jahr 2017; Zahlen umfassen Erledigung durch Strafbefehl, Erhebung der Anklage sowie Erledigung nach §§ 153 Abs. 1, 153a Abs. 1 StPO, zugrunde gelegt sind erledigte Verfahren durch die Staatsanwaltschaft bei Land- und Amtsgerichten, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Strafgerichte 2017.

⁴⁹⁷ Vgl. auch *Satzger*, Gutachten C, C34. (Nach Klageerhebung werden bei den Amtsgerichten werden im Jahr 2017 22 % der Verfahren mit oder ohne Weisung eingestellt, bei den Landgerichten noch knapp 4 %).

⁴⁹⁸ Vgl. *MüKo/Peters*, StPO, § 153, Rn. 3.

⁴⁹⁹ Vgl. heute „Vollstreckungslösung“ BGHSt 52, 124, u.a. 2. Leitsatz.

⁵⁰⁰ Vgl. *BeckOK/Beukelmann*, StPO, § 153, Rn. 17.

⁵⁰¹ Vgl. *MüKo/Peters*, StPO, § 153, Rn. 3.

In Zusammenhang mit dem enormen Anstieg der Einstellungen aus Opportunitätsgründen ist auch generell zu bedenken, dass es an Kontrollen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Verfahrenseinstellungen fehle und damit willkürlichen Vorgehen kein Einhalt geboten werden könne.⁵⁰² Im Fall der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft würde dieser die Macht gegeben, sich frei und ohne Kontrolle von außen für eine Einstellung zu entscheiden sowie zwischen folgenloser Einstellung und einer solchen mit Auflagen zu wählen.⁵⁰³

bb) Verständigung zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten gemäß § 257c StPO

Mit ähnlichen Argumenten wie der Einstellung aus Opportunitätsgründen wird auch die Zunahme der Verständigung zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten nach § 257c StPO als problematisch angesehen.⁵⁰⁴

Nach § 257c Abs. 1 S. 1 StPO kann *(d)as Gericht (...) sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen*. Das Verfahren wird im Fall einer Verständigung nicht ausermittelt und zu einem Abschluss im Sinne eines ‚normalen‘ Urteils gebracht.⁵⁰⁵

Generell haben sich Absprachen im Strafverfahren vor mehr als 30 Jahren etabliert.⁵⁰⁶ Wie auch bei der Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen, ist Sinn und Zweck der Verständigung primär die Abkürzung des Strafverfahrens, um die steigende Arbeitsbelastung zu bewältigen.⁵⁰⁷

⁵⁰² Vgl. Gössel, JR 2004, 316.

⁵⁰³ Vgl. Satzger, Gutachten C, C34; Gegen eine Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153, 153a StPO kann ein Verletzter lediglich im Wege einer Dienstaufsichtsbeschwerde vorgehen.

⁵⁰⁴ Vgl. Landau, NStZ 2015, 666, 671 „Absprache flut“.

⁵⁰⁵ Vgl. BeckOK/Eschelbach, StPO, § 261, Rn. 6.1.: Die Absprache als ein Beispiel für „erhebliche Abstriche bei der Wahrheitssuche“.

⁵⁰⁶ Vgl. Bockemühl/Satzger/Ruhs, Handbuch Fachanwalt Strafrecht, 1341, Rn.1, Landau, NStZ 2014, 425.

⁵⁰⁷ Vgl. BeckOK/Eschelbach, StPO, § 261, Rn. 6.1; Bockemühl/Satzger/Ruhs, Handbuch Fachanwalt Strafrecht, 1342, Rn.5, Landau, NStZ 2014, 425.

Es handelt sich bei der Verständigung nach § 257c StPO damit um eine weitere Möglichkeit, Strafverfahren zu einem zügigen und ressourcenschonenden Abschluss zu bringen. Kommt es tatsächlich zu einer Einigung, kann auf die weitere Beweisaufnahme verzichtet und die Hauptverhandlung erheblich abgekürzt werden.

Zur Frage des tatsächlichen Einsatzes dieses weiteren Beschleunigungsmittels hatte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seines Urteils zur Verfassungsmäßigkeit des § 257c StPO⁵⁰⁸ ein Gutachten zur Praxis der Verständigung, durchgeführt durch *Altenhain*,⁵⁰⁹ Universitätsprofessor in Düsseldorf, in Auftrag gegeben.

Die dabei befragten Richter gaben an, dass 80,3 % der Richter bereits eine entsprechende Ansprache (formell und/oder informell) getroffen hatten. Im Jahr 2011 waren etwa 18 % der Verfahren vor den Amtsgerichten und etwa 23 % derer vor den Landgerichten durch Absprachen erledigt worden.⁵¹⁰

Nach den weiteren Ergebnissen der Untersuchung scheint die Abkürzung der Verfahren durch eine Verständigung im Sinne der Strafprozessordnung aber noch nicht ausreichend gewesen zu sein. Vielmehr räumten die befragten Richter ein, dass, nach ihrer Einschätzung mehr als die Hälfte der Absprachen nicht den Voraussetzungen des § 257c StPO entsprachen und insbesondere Formvorschriften in diesem Zusammenhang bewusst nicht eingehalten wurden, sondern es sich vielmehr um informelle Absprachen gehandelt habe.⁵¹¹ Absprachen zwischen Verfahrensbeteiligten, die bewusst nicht den formellen Voraussetzungen des § 257c StPO genügen, sprechen für einen noch darüber hinausgehenden Bedarf an Beschleunigung und Vereinfachung des Strafprozesses.

⁵⁰⁸ Vgl. BVerfGE 133, 168.

⁵⁰⁹ *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren.

⁵¹⁰ Vgl. BVerfGE 133, 168 unter Bezugnahme von *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren.

⁵¹¹ Vgl. BVerfGE 133, 168: 33 % der befragten Richter gaben an, außerhalb der Hauptverhandlung Absprachen geführt zu haben, ohne dass dies in der Hauptverhandlung offengelegt wurde, während 41,8 % der Staatsanwälte und 74,7 % der Verteidiger angaben, dies schon erlebt zu haben; *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren, 36 f.: 58,9 % der Richter gab an ausschließlich oder überwiegend informelle Absprachen zu treffen; vgl. auch Ausführungen bei Bockemühl/*Satzger/Ruhs*, Handbuch Fachanwalt Strafrecht, 1342, Rn.6, *Landau*, NStZ 2014, 426.

Teilweise geht dieser Bedarf sogar so weit, dass Verständigungen über ein Verfahren hinaus getätigt werden. Nach Angaben im Rahmen der genannten Studie wurde in deutschen Gerichtssälen unter anderem schon ‚Familienlösungen‘ angeboten, innerhalb welcher beispielsweise der Ehemann nach Absprache eine höhere Freiheitsstrafe, die Ehefrau, im Gegenzug, in einem anderen Verfahren, nur eine kurze Bewährungsstrafe erhalten hätte.⁵¹²

Knapp 40 % der befragten Richter gaben außerdem an, die Geständnisse der Angeklagten nur häufig, gelegentlich oder überhaupt nicht zu überprüfen, wodurch ein Verfahren weiter verkürzt wurde.⁵¹³

Ein solches Vorgehen provoziere falsche Geständnisse, um die Vorteile des Absprachemechanismus zu erreichen.⁵¹⁴

Das Risiko, dass in Strafverfahren falsche Geständnisse abgegeben werden, um die Vorteile einer Verständigung, etwa die Festlegung eines konkreten Strafrahmens innerhalb welchem die Verurteilung liegen wird (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO), zu erreichen, habe entgegen der Zielrichtung der gesetzlichen Niederschrift in § 257c StPO eher zugenommen.⁵¹⁵ So komme es in der Praxis häufig vor, dass neben dem Strafrahmen aus § 257c Abs. 3 S. 2 StPO eine ‚Alternativstrafe‘ als eine Art Drohung für den Fall genannt wird, dass eine Verständigung nach § 257c StPO gerade nicht zustande kommt.⁵¹⁶

Die Zahlen der neueren Erhebung von *Altenhain, Jahn* und *Kinzig* aus 2020 gehen in dieselbe Richtung.⁵¹⁷

⁵¹² So das BVerfGE 133, 168 unter Bezugnahme auf *Schöch*, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 147.

⁵¹³ Vgl. *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren, 31 ff..

⁵¹⁴ Vgl. *Landau*, NStZ 2014, 426.

⁵¹⁵ Vgl. *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren, 31 ff.; *Landau*, NStZ 2014, 426.

⁵¹⁶ Vgl. *BRAK*, Stellungnahme Nr. 41 2012, 16.

⁵¹⁷ *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Absprachen im Strafverfahren.

Obwohl die befragten Parteien des Strafverfahrens angaben, dass seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Sinne des Gesetzes von Absprachen zurückhaltender Gebrauch gemacht würde und gerade informelle Absprachen deutlich weniger geworden wären, gaben in dieser Evaluation 88 % der befragten Richter an, schon einmal eine Absprache getroffen zu haben.⁵¹⁸

Dass informelle Absprachen noch immer fester Bestandteil des Strafverfahrens sind, wird in der genannten Untersuchung unzweifelhaft klargelegt.⁵¹⁹ So gaben 20 % der Befragten an, von informellen Absprachen zu wissen, während 15 % diese in der eigenen Verfahrenspraxis regelmäßig anwenden. Gründe hierfür seien primär die Notwendigkeit einer reduzierten Tatsachenaufklärung sowie die beinahe unmögliche Bewältigung des erheblichen Arbeitspensums der Gerichte.⁵²⁰

Die Ergebnisse beider Evaluationen sprechen eine deutliche Sprache hinsichtlich des Versuchs, der extremen Arbeitsüberlastung der Gerichte mittels Absprachen und damit verkürzten Hauptverhandlungen Herr zu werden.

Das Verfahren endet nicht nur sehr zügig, vielmehr sei auch nach dem neueren Gutachten von *Altenhain, Jahn* und *Kinzig* auch äußerst selten mit der Einlegung eines Rechtsmittels zu rechnen.⁵²¹ Knapp 48 % der befragten Richter am Amtsgericht und 16,4 % der Richter am Landgericht gaben sogar an, dass im Rahmen der Absprache bereits, entgegen der gesetzlichen Regelung des § 302 Abs. 2 S. 1 StPO, auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichtet wurde.⁵²² Das Verfahren ist damit, wenn auch nicht immer mit rechtmäßigen Mitteln, wie das Ergebnis der Erhebung zeigt, schnell und effektiv abgeschlossen.⁵²³

⁵¹⁸ Vgl. *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Absprachen im Strafverfahren, 325.

⁵¹⁹ Vgl. *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Absprachen im Strafverfahren, 273.

⁵²⁰ *ebd.*

⁵²¹ Ein ähnliches Ergebnis erzielte bereits die Evaluation *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren.

⁵²² Vgl. *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Absprachen im Strafverfahren, 353.

⁵²³ Vgl. BVerfGE 133, 168.

Die Verständigung nach § 257c StPO wird in der Lehre nicht nur wegen ihres teils rechtswidrigen Beschleunigungscharakters kritisiert.⁵²⁴ Vielmehr wird die Verständigung als Ursache diverser weiterer Probleme gesehen.⁵²⁵

Nach Ansicht der Lehre kann der Gebrauch des § 257c StPO zu einer Ungleichbehandlung verschiedener Arten eines Geständnisses führen. Während der gut verteidigte Straftäter sein Geständnis aus taktischen Gründen zurückhält, um möglicherweise eine Verständigung zu erreichen, kann der reuende Täter, der bereits im Ermittlungsverfahren ein Geständnis abgibt, maximal mit einer Strafmilderung rechnen.⁵²⁶

Diese vermeintliche Ungerechtigkeit trifft den leichter Kriminalität Beschuldigten und meist nicht verteidigten Täter, während Angeklagte in Großverfahren aufgrund guter Verteidigung einerseits und Mangel an Ressourcen seitens der Gerichte andererseits, mit einer Verständigung davonkommen können.⁵²⁷

Die Verständigung an sich widerspreche außerdem generell dem Aufklärungsgrundsatz und dem Schuldprinzip.⁵²⁸ Kritische Stimmen gehen sogar so weit zu behaupten, dass der Gesetzgeber „unter dem Deckmantel der Förderung eines offenen und kommunikativen Verhandlungsstils (versuche) Versäumnisse bei der Ausgestaltung und Praktikabilität des formellen und materiellen Rechts zu kaschieren.“⁵²⁹

Selbst für den Fall, dass Verständigungen, besonders aber informelle Absprachen, entsprechend den aktuellen Ergebnissen der Studie von *Altenhain, Jahn* und *Kinzig* tatsächlich abnehmen würden und die Handhabung und Praxis der Absprache im Strafverfahren sich nachhaltig ändern würden, sprechen kritische Stimmen der Strafrechtslehre lediglich von einer Verlagerung des Problems.⁵³⁰

⁵²⁴ Vgl. Bockemühl/*Satzger/Ruhs*, Handbuch Fachanwalt Strafrecht, 1340, Rn. 1 ff.; *Landau*, NStZ 2014, 425 ff..

⁵²⁵ Vgl. zum Erledigungsdruck Bockemühl/*Satzger/Ruhs*, Handbuch Fachanwalt Strafrecht, 1341, Rn. 5.

⁵²⁶ *ebd.*, 1343, Rn. 7; vgl. auch *Landau*, NStZ 2014, 426.

⁵²⁷ *ebd.*

⁵²⁸ Vgl. *Landau*, NStZ 2014, 426.

⁵²⁹ *ebd.*

⁵³⁰ Vgl. *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Absprachen im Strafverfahren, 273.

Es sei nämlich zu befürchten, dass, nach einer strikten Rechtsprechung und Ahndung informeller Absprachen zur zügigen Beendigung von Strafverfahren, es in Zukunft zu einer weiteren Zunahme von Einstellungen aus Opportunitätsgründen kommt. Nur so könne dem Erledigungsdruck begegnet werden.⁵³¹

d) Problemfelder im Hinblick auf das Verfassungsrecht

Nicht nur die verschiedenen Prozessmaxime, auf die oben bereits Bezug genommen wurde, basieren in diesem Zusammenhang auf dem Grundgesetz. Auch das Rechtsstaatsprinzip generell, der Schuldgrundsatz, die Wahrheitserforschungspflicht, die Neutralität der Staatsanwaltschaft und Gerichte sind weitere Eckpfeiler, die aus dem Grundgesetz hergeleitet werden und die das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Strafprozessrecht benennt.⁵³²

Insbesondere in Bezug auf den Wert- und Achtungsanspruch des vermeintlichen Täters aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ist, wie bereits einleitend angedeutet, die mögliche Entwicklung des materiellen Strafrechts als *Prima Ratio* kritisch zu betrachten.⁵³³ Strafrechtliche Ermittlungen, ein Strafverfahren und schlussendlich ein mögliches Strafurteil stellen einen tiefen Eingriff in die Sphäre des Betroffenen dar.⁵³⁴

Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht vertieft auf den Zusammenhang dieses Themas mit dem Verfassungsrecht eingegangen werden. Dies würde den Umfang bei weitem übersteigen. Vielmehr soll kurz angerissen werden, welche Verfassungsrechte vom Problemkreis eines Strafrechts als *Prima Ratio* betroffen sein könnten. Dabei handelt es sich vielfach um Themenkomplexe, die bereits im vorherigen Kapitel angesprochen wurden, da die meisten genannten strafprozessualen Prinzipien aus dem Verfassungsrecht resultieren.

⁵³¹ Vgl. Landau, NStZ 2015, 665.

⁵³² Vgl. BVerfGE 133, 168; auch Landau, NStZ 2014, 427.

⁵³³ Vgl. Bittmann, NStZ 2016, 250; Deutscher Anwaltverein, AnwBl, 2016, 324.

⁵³⁴ Vgl. Amberger, AnwBl 2016, 572; Deutscher Anwaltverein, AnwBl, 2016, 325.

aa) Rechtsstaatsprinzip

Ein ausuferndes materielles Strafrecht tangiert ohne Zweifel das bereits mehrfach angesprochene Rechtsstaatsprinzip, welches die elementaren Prinzipien und Leitideen des Strafrechts beinhaltet. Das Rechtsstaatsprinzip umfasst den Anspruch materieller Gerechtigkeit, die Rechtsgleichheit und die Richtigkeit des Rechts.⁵³⁵

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das „Rechtsstaatsprinzip (...) eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes. Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt. Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein. Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen auch im Schuldgrundsatz aufgenommen. Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein. Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen. In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein.“⁵³⁶

In der Strafrechtspflege folgt hieraus primär, dass der Beschuldigte unter keinen Umständen zum bloßen Objekt des Strafverfahrens werden darf.⁵³⁷ Bereits aus Art. 1 Abs. 1 GG, der Menschenwürde, folgt, dass der Mensch nicht Mittel des Rechts sein darf.⁵³⁸

Das Rechtsstaatsprinzip beinhaltet, darauf aufbauend das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren mit unterschiedlichen prozessualen Rechten und Möglichkeiten.

⁵³⁵ Vgl. Landau, NStZ 2014, 427.

⁵³⁶ BVerfGE 20, 323; BVerfGE 95, 96, vgl. st. Rspr. BVerfGE 7, 89; BVerfGE 7, 194; BVerfGE 45, 187; BVerfGE 73, 206; BVerfGE 86, 288; BVerfGE 96, 245; BVerfGE 109, 133; BVerfGE 120, 224.

⁵³⁷ vgl. nur BVerfGE 65, 171; BVerfGE 66, 313.

⁵³⁸ Vgl. Landau, NStZ 2014, 427.

Er soll zu jeder Zeit, in der Ermittlungen oder ein Strafverfahren gegen ihn laufen, in der Lage sein, sich gegen Übergriffe von staatlicher Seite zu schützen und wehren zu können.⁵³⁹

Vor dem Hintergrund, dass in den kommenden Jahren ein weiterer Anstieg der Arbeitsbelastung der Strafverfolgungsbehörden erwartet wird,⁵⁴⁰ stellte sich in der Wissenschaft bereits vielfach die Frage, an welchen Stellen noch zeit- und ressourcensparender gearbeitet werden kann, soweit ein Rückgang des materiellen Strafrechts oder erheblicher Personalzuwachs in den Behörden nicht zu erwarten ist.

In diesem Zusammenhang ist neben den Opportunitätsentscheidungen sowie der Verständigung auch die generelle Eingrenzung von Verteidigungsrechten und damit ein Vorgehen zu Lasten des Beschuldigten in den verschiedenen Verfahrensabschnitten anzusprechen.

(1) Beschneidung von Verteidigungsrechten im Ermittlungsverfahren

Die Verteidigungsrechte des Beschuldigten sind zum Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens nach dem Gesetz nicht besonders stark ausgeprägt.⁵⁴¹

Der Beschuldigte hat in diesem Verfahrensstadium zwar das Recht auf rechtliches Gehör, also das Recht, sich gegen die gegen ihn gerichteten Vorwürfe zu verteidigen. Er ist außerdem bei seiner Vernehmung umfassend darüber zu belehren, dass es ihm freisteht, seine Aussage zu verweigern aber auch darüber, dass er berechtigt ist, einen Strafverteidiger seiner Wahl zu konsultieren. Um das Recht auf Aussagefreiheit zu untermauern, hat der Beschuldigte weiterhin ein Recht auf rechtmäßige Vernehmungsmethoden, wie § 136a StPO regelt.⁵⁴²

⁵³⁹ Vgl. Landau, NStZ 2014, 427.

⁵⁴⁰ Vgl. Vorsitzender des Richterverbandes Gnisa in <https://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2018/04/08/richterbund-deutsche-justiz-ist-ueberfordert/>, zuletzt aufgerufen 14.08.2020.

⁵⁴¹ Vgl. Zusammenfassende Ausführungen bei Kudlich, Gutachten C, C23.

⁵⁴² Vgl. Kudlich, Gutachten C, C23.

Allerdings sieht sich ein vermeintlicher Täter zu diesem Zeitpunkt oftmals als einfaches Objekt den einzelnen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt.⁵⁴³

Um in diesem Zusammenhang effektiver und zeitsparender zu arbeiten, wäre es bereits nach dem Gutachten von *Kudlich* zum 68. Deutsche Juristentag 2010 vorstellbar, die Kontrollmöglichkeiten von Ermittlungshandlungen weiter einzuschränken oder Anordnungsbefugnisse generell vorzuverlegen beziehungsweise zu vereinfachen.⁵⁴⁴ Außerdem könnten die Kontrollmöglichkeiten für Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren eingeschränkt werden.⁵⁴⁵

Das Ermittlungsverfahren könnte dadurch abgekürzt werden, dass man die Teilhabe- oder Abwehrrechte generell einschränkt, also beispielsweise die Belehrungspflichten minimiert oder den Beschuldigten mehr zur Mitwirkung bewegt und damit das Recht zur Aussageverweigerung begrenzt.

Möglich wäre außerdem, die Benachrichtigungspflichten über den Ermittlungsstand oder bevorstehende Befragungen, an denen er ein Teilnahmerecht hat, gegenüber dem Beschuldigten zu reduzieren.⁵⁴⁶

Sieben Jahre nach der Veröffentlichung des Gutachtens zum 68. Deutschen Juristentag 2010 schien es so, als ob die aufgezeigten Möglichkeiten aus jenem Gutachten in der Tat umgesetzt worden wären. *Kudlich* selbst fasst die 2017 erfolgten Reformen in einer Stellungnahme insgesamt so zusammen, dass gerade Regelungen zur Effektivität und Ökonomie des Strafprozesses ihren Niederschlag in der Strafprozessordnung gefunden hätten, während Vorschläge zur Verbesserung oder Absicherung der Beschuldigtenrechte außen vor geblieben wären.⁵⁴⁷

Als Beispiel hierfür sei besonders die Abschaffung des Richtervorbehalts in § 81a Abs. 2 S. 2 StPO hervorzuheben.⁵⁴⁸

⁵⁴³ Vgl. *Kudlich*, Gutachten C, C23.

⁵⁴⁴ *ebd.*

⁵⁴⁵ *ebd.*

⁵⁴⁶ Vgl. *Kudlich*, Gutachten C, C 23, 24.

⁵⁴⁷ Vgl. *Kudlich*, ZRP 2018, 9.

⁵⁴⁸ *ebd.*

Seit August 2017 kann im Fall des Verdachts einer Straftat, die die Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet, die Entnahme einer Blutprobe durch den Polizeibeamten direkt vor Ort angeordnet werden, ohne zuvor die zuständige Staatsanwaltschaft sowie den zuständigen Richter zu kontaktieren.⁵⁴⁹

Insbesondere im Rahmen von Diskussionen um den § 81a StPO wurde immer wieder hervorgehoben, welche Bedeutung der Richtervorbehalt habe und dass die Blutabnahme in die körperliche Unversehrtheit und damit die Grundrechte des Beschuldigten gemäß Art 2 Abs. 2 GG eingreife.⁵⁵⁰ Um den Beschuldigten vor einem möglicherweise ungerechtfertigten Eingriff zu schützen, unterlag die Blutabnahme dem Vorbehalt der Zustimmung des Ermittlungsrichters.⁵⁵¹

Auch das Bundesverfassungsgericht ist kritisch auf die durchaus standardmäßig vorgenommene Umgehung des Richtervorbehalts durch die Annahme von Gefahr in Verzug eingegangen.⁵⁵²

Nach dem Bundesverfassungsgericht ziele der Richtervorbehalt „auf eine vorbeugende Kontrolle der konkreten strafprozessualen Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz“⁵⁵³ ab. Die Ermittlungsbehörden sollten danach unabhängig von der Uhrzeit stets versuchen, den zuständigen Richter zu erreichen und dessen Anordnung zu erhalten. Ausschließlich für den Fall einer tatsächlichen Gefährdung des Untersuchungserfolgs bestünde die Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft und erst ihr nachgeordnet die der Polizei.⁵⁵⁴

In der Vergangenheit war es gerade in der Nacht gängige Praxis, dass bei einer Verkehrskontrolle und einem Verdacht auf eine den Straßenverkehr gefährdende Straftat ein Eilfall angenommen wurde, mittels dessen sich Polizeibeamte selbst für die Blutabnahme berechtigten.⁵⁵⁵

⁵⁴⁹ Vgl. *BGBI I*, 3630; ergibt sich nunmehr direkt aus § 81a StPO.

⁵⁵⁰ gilt für die Straßenverkehrsdelikte, vgl. *BGBI I*, 3630.

⁵⁵¹ im Vorverfahren der Ermittlungsrichter vgl. BeckOK/*Graf*, StPO, § 81a, Rn. 18.

⁵⁵² Vgl. BVerfGK 17, 340, vgl. auch BVerfGE 96, 44; BVerfGE 103, 142.

⁵⁵³ BVerfGK 17, 340, vgl. auch BVerfGE 96, 44; BVerfGE 103, 142.

⁵⁵⁴ Vgl. BVerfGK 17, 340.

⁵⁵⁵ Vgl. *BT-Drucks*, 18/11272; BeckOK/*Goers*, StPO, § 81a, Rn. 21.

Als Begründung wurde vorgetragen, dass wegen eines möglichen Abbaus des Blutalkohols mit der Blutabnahme nicht abgewartet werden könnte. Die Schätzung des durchschnittlichen Alkoholabbaus in diesen Fällen erwies sich vielfach als nicht befriedigend und wurde außerdem zum Vorteil des Beschuldigten gerechnet.⁵⁵⁶ In einigen Verfahren hatten sich Polizisten zur Rechtfertigung der eigens angeordneten Blutabnahme sogar auf eine Art Gewohnheitsrecht in diesen Belangen sowie die langjährige gängige Praxis, den Richtervorbehalt zu ignorieren, berufen.⁵⁵⁷

Bereits 2001 hat das Bundesverfassungsgericht in einem mahnenden Urteil entschieden, dass die von ihm entwickelten Grundsätze für eine Annahme von Gefahr im Verzug bei Durchsuchungen auch auf die Blutabnahme nach § 81a StPO anzuwenden seien.⁵⁵⁸

Nach den diversen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, die den Richtervorbehalt hervorzuheben und zu stärken scheinen, kann es durchaus verwundern, dass als Schlussfolgerung hieraus durch den Gesetzgeber nicht etwa eine Umgehung des Vorbehalts sanktioniert oder auf andere Weise die Annahme der Eilkompetenz erschwert, sondern vielmehr der Richtervorbehalt gänzlich abgeschafft wurde.⁵⁵⁹

Kritische Stimmen sehen hierin nicht nur eine erhebliche Benachteiligung der Beschuldigtenabwehrrechte, die, wie bereits angedeutet, durch diesen Kontrollmechanismus gerade geschützt werden sollten. Die Ermittlungsmaßnahme würde auf Kosten des Beschuldigten erheblich beschleunigt und vereinfacht.

Als weiterführender Gedanke sei sich nach kritischen Stimmen vor Augen zu führen, welche Folgen die Abschaffung des Richtervorbehalts habe, wenn es um die Verwertung von Blutabnahmeergebnissen in denjenigen Verfahren geht, die zwar als Straßenverkehrssache eingeleitet, später aber möglicherweise als Kapitalstrafsache weitergeführt wurden.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ Vgl. *BT-Drucks*, 18/11272; BeckOK/Goers, StPO, § 81a, Rn. 21.

⁵⁵⁷ Vgl. *OLG Hamm*, StV 2009, 459.

⁵⁵⁸ Vgl. BVerfGE 103, 142.

⁵⁵⁹ Vgl. *BGBI I*, 3630, in Bezug auf Straßenverkehrsdelikte.

⁵⁶⁰ Vgl. *Burhoff*, Richtervorbehaltsgötterdämmerung: „Fazit: Finger weg!!!!“

Eine solche zunächst einmalige Streichung des Richtervorbehaltes könnte mit Blick auf die Zukunft durchaus Präcedenzwirkung entfalten. Nicht auszuschließen ist, dass nach dieser Reform der Richtervorbehalt auch hinsichtlich anderer Tatbestandsvoraussetzungen abgeschafft wird, um Verfahren zeit- und kostensparender zu gestalten.

(2) Einschränkung der Beschuldigtenrechte im Hauptverfahren

In der Hauptverhandlung könnte die Arbeitsbelastung der Strafverfolgungsbehörden dadurch reduziert werden, dass das Fragerecht des Beschuldigten aus § 240 StPO oder das Recht zur Abgabe von Erklärungen nach § 257 StPO erheblich begrenzt oder auf einen wesentlich reduzierteren Anwendungsbereich festgelegt werden.⁵⁶¹ Das Beweisantragsrecht aus § 244 StGB wurde 2019 in diesem Zusammenhang an wesentlich strengere Voraussetzungen geknüpft und so in der Anwendung für den Beschuldigten erschwert.⁵⁶²

Darüberhinausgehend könnte auf Mündlichkeits- oder Unmittelbarkeitsrechte verzichtet werden oder diese ebenfalls erheblich eingeschränkt werden.⁵⁶³

(3) Einschränkung der Rechte des Verurteilten im Rechtsmittelverfahren

Das wohl größte Beschleunigungspotenzial und damit die Möglichkeit zur Senkung der Arbeitsbelastung der Justizbehörden haben die Rechtsmittelverfahren inne.⁵⁶⁴

Dabei werden in der Wissenschaft neben einer kompletten Reform des Instanzenzuges insbesondere Zugangerschwernisse zu den Rechtsmittelverfahren erörtert.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Vgl. *Kudlich*, Gutachten C, C24.

⁵⁶² Vgl. *BGBI I*, 2121; zuvor entsprechend Vorschlag von *Kudlich*, Gutachten C, C24.

⁵⁶³ Vgl. *Kudlich*, Gutachten C, C24.

⁵⁶⁴ *ebd.*, C25.

⁵⁶⁵ *ebd.*; vgl. auch *Laufhütte*, *NStZ* 2000, 449 ff..

Es könnten entweder Rügen aus dem erstinstanzlichen Verfahren gänzlich als Rechtsmittelgegenstand ausgeschlossen oder die formellen oder materiellen Voraussetzungen zur wirksamen Einlegung eines Rechtsmittels derart angehoben werden, dass diese in der Praxis wesentlich schwerer erreichbar sind.⁵⁶⁶

Natürlich sind all diese Punkte unter dem Verständnis des deutschen Strafprozessrechts und unter Zugrundelegung des Rechtsstaatsprinzips, in dieser Extremform nur schwerlich vorstellbar.⁵⁶⁷

Nicht ausgeschlossen ist, dass es zu kleinen, im ersten Moment nicht als derart wesentlich erscheinenden, Rechtseinbußen des Beschuldigten in dessen Verteidigungsrechten, wie beispielsweise den Änderungen des Beweisantragsrechts, kommt. Darauf könnte, wie oben bereits angedeutet, auch die Abschaffung des Richtervorbehalts im Rahmen des § 81a StPO hindeuten.

bb) Erforschung der materiellen Wahrheit

Eng mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden ist das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung. Neben all den bisher angesprochenen Punkten ist nach dem Bundesverfassungsgericht auch der Grundsatz der materiellen Wahrheit ein solcher von Verfassungsrang.⁵⁶⁸

Das Erforschen der materiellen Wahrheit ist unmittelbare und unerlässliche Voraussetzung zur Verwirklichung des Schuld- und damit des Rechtsstaatsprinzips.⁵⁶⁹

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist „Zentrales Anliegen des Strafprozesses (...) die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt. Dem Täter müssen Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden.“⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Vgl. *Kudlich*, Gutachten C, C26.

⁵⁶⁷ *ebd.*

⁵⁶⁸ Vgl. BVerfGE 133, 168.

⁵⁶⁹ Vgl. *Landau*, NStZ 2014, 428.

⁵⁷⁰ So die Gesetzesbegründung BGBl I, 3202; Berichtigung 01.11.2017, BGBl I, 3630.

Es handelt sich um einen elementaren Themenkomplex der Verfassungsprinzipien im strafrechtlichen Kontext.

Die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit steht nicht zur Disposition des einfachen oder des verfassungsgebenden Gesetzgebers, wie auch das ‚Lissabon Urteil‘⁵⁷¹ klarstellte.⁵⁷²

Mehrfach wurde im oberen Teil schon darauf aufmerksam gemacht, dass die materielle Wahrheitserforschung zunehmend in den Hintergrund zu rücken scheint. Um der Überlastung der Strafjustiz in irgendeiner Form entgegenzuwirken, stiegen die Zahlen der Einstellungen in den vergangenen Jahren erheblich an. Auch die Untersuchungsergebnisse zur Verständigung, insbesondere aber die Zahl der informellen Absprachen, lassen in diesem Zusammenhang einen folgeschweren Schluss zu.

Es scheint, als würde die materielle Wahrheit dem Arbeits- und Erledigungsdruck weichen müssen. Für eine derartige Schlussfolgerung spricht neben den ausgewerteten Zahlen zu Einstellungen auch nochmals das Befragungsergebnis der Studien von *Altenhain*. In Zusammenhang mit der Pflicht, die materielle Wahrheit zu erforschen, sei nochmals darauf hingewiesen, dass eine nicht geringe Zahl an Richtern angaben, Geständnisse der Angeklagten nur häufig, gelegentlich oder überhaupt nicht zu überprüfen.⁵⁷³ Die materielle Wahrheit scheint also vor dem Hintergrund des zügigen Verfahrensabschlusses durch eine Verständigung zur Nebensache zu werden.

Neben der Gefahr falscher oder fehlerhafter Geständnisse lässt dies den Schluss zu, dass oftmals überhaupt kein Interesse mehr an der materiellen Wahrheit besteht, sondern es vielmehr wirklich nur noch darum geht, das Arbeitspensum in irgendeiner Form abzuarbeiten, indem möglichst viele Verfahren erledigt werden.

⁵⁷¹ BVerfGE 123, 267.

⁵⁷² Vgl. *Landau*, NStZ 2014, 428.

⁵⁷³ S.o. unter IV), 5. c), bb).

cc) Neutralität von Gericht und Staatsanwaltschaft

Auch die Neutralität von Gericht und Staatsanwaltschaft wird vor dem Hintergrund der Überforderung der Strafverfolgungsbehörden kritisch betrachtet.⁵⁷⁴

Nach dem Grundgesetz ist der gesetzliche Richter neutral, unabhängig und unparteiisch. Er darf in keiner Verbindung zu den Verfahrensbeteiligten oder dem Verfahrensgegenstand stehen.⁵⁷⁵

Neben dem Rechtsstaatsprinzip gewährt das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit und des gesetzlichen Richters dem Beschuldigten das Recht, einem nicht voreingenommenen, sondern vielmehr einem unparteiischen Gericht gegenüberzustehen. Das Gericht darf nicht aufgrund persönlicher oder sachlicher Beziehungen in irgendeiner Weise ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben und weder mit dem Beschuldigten noch mit den Verfahrensbeteiligten oder dem Streitgegenstand in einer besonderen Beziehung stehen.⁵⁷⁶

Der Zusammenhang zwischen der Neutralität von Gerichten und der Staatsanwaltschaft und der schnellstmöglichen und effektivsten Erledigung des Strafverfahrens kann problematisch werden. Wie bereits oben ausgeführt, wird die Tätigkeit und somit auch der Erfolg von Staatsanwälten und Richtern unter anderem an deren Erledigungszahlen gemessen.⁵⁷⁷

Nach dem Prinzip der Neutralität dieser Organe darf es aber nicht sein, dass die Strafverfolgungs- und Justizbehörden ein eigenes Interesse an der Beendigung des Verfahrens und damit am Verfahrensausgang erlangen.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Vgl. Landau, NStZ 2014, 425 ff.; einfachgesetzlich verankert in § 22 ff. StPO.

⁵⁷⁵ Art. 97 GG aber auch Art. 20 Abs. 2 u. 3 GG; für den Staatsanwalt beispielsweise folgend aus § 160 Abs. 2 StPO.

⁵⁷⁶ Vgl. BeckOK/Morgenthaler, GG, Art. 97, Rn. 1, 3, 7; Landau, NStZ 2014, 427; Säcker NJW 2018, 2375.

⁵⁷⁷ Vgl. BeckOK/Morgenthaler, GG, Art. 97, Rn. 7; Landau, NStZ 2014, 427.

⁵⁷⁸ ebd.

Die Organe würden damit aus ihrer objektiven Rolle heraus ein eigenes Motiv entwickeln, ein Verfahren gegebenenfalls zum Nachteil des Beschuldigten möglichst schnell zu Ende zu bringen und dadurch nicht mehr alle Stationen und Mechanismen wahren, die dem Schutz des Beschuldigten oder Verdächtigen dienen.⁵⁷⁹ Es bestünde sogar die Gefahr, dass Richter und Staatsanwalt zu einer „Partei im adversatorischen Sinne“⁵⁸⁰ werden.

dd) Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 1 GG

Zuletzt wird kritisiert, dass es durch neue, immer weitreichendere und komplexere Strafgesetze zu erheblichen Anwendungsdefiziten komme.⁵⁸¹ Dies könnte dazu führen, dass dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 1 GG nicht mehr Rechnung getragen werden kann.

Nach dem Bestimmtheitsgebot hat das Strafgesetz die Aufgabe, die maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein und hierbei die unter Strafe gestellte Tat, sowie die Rechtsfolgen hinreichend bestimmt zu beschreiben.⁵⁸² Das Bestimmtheitsgebot verfolgt einen doppelten Zweck: Den Schutz des Normadressaten einerseits, der nur dann nach dem Strafgesetzbuch bestraft werden kann, wenn er vorher einsehen und verstehen kann, was nach dem Strafgesetz verboten ist und mit welcher Bestrafung er im Falle einer Tat zu rechnen hat. Auf der anderen Seite wird auch die Entscheidungszuständigkeit des Gesetzgebers, des sogenannten ‚Primaten der Legislative‘, sichergestellt und festgesetzt.⁵⁸³

Der aktuelle Umfang der Strafgesetzgebung, deren Ausgestaltung und insbesondere die Komplexität der neuen Tatbestände mache es nach kritischen Stimmen gegenwärtig aber nicht nur den Bürgerinnen und Bürgern als Normadressaten, sondern gerade auch dem Rechtsanwender, den Rechtsanwälten, Staatsanwälten und Gerichten beinahe unmöglich, die Grenzen zwischen erlaubtem Handeln und Verbotenem sicher und klar zu erkennen.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ Vgl. Landau, NStZ 2014, 427.

⁵⁸⁰ *ebd.*

⁵⁸¹ Vgl. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 970; Weigend, StV 2016, I.

⁵⁸² Vgl. Vgl. bereits BVerfGE 47, 109; BVerfGE 71, 108; BVerfGE 87, 209; heute: BVerfGE 143, 38.

⁵⁸³ Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, § 1, Rn. 16.

⁵⁸⁴ Vgl. Heger, ZRP 2018, 119; Weigend, StV 2016, I.

Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass neue, den Gerichten und der Rechtsprechung noch unbekannte Normen und auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale, wie beispielsweise im Rahmen der Kinderpornographischen Schriften⁵⁸⁵, zur erheblichen Verkomplizierung und Verunsicherung in den Strafverfahren führen dürften. Regelmäßig wird sodann auf eine baldige höchstgerichtliche Entscheidung gewartet und gehofft, um sich der Auslegung oder Bestimmung diverser Begrifflichkeiten und Tatbestandsmerkmale anschließend sicher zu sein.

Eine weitere Gefahr in diesem Zusammenhang könnte ein zukünftiges Ausbleiben strafrechtswissenschaftlicher Erarbeitung, Überprüfung und gegebenenfalls angebrachter wirksamer Kritik sein.⁵⁸⁶

Wenn keinerlei Kriterien oder Regeln mehr feststehen, welchen Voraussetzungen der Bestimmtheit ein Strafgesetz erfüllen muss oder unter welchen Voraussetzungen ein Tatbestand generell in das Strafgesetzbuch aufgenommen werden darf, dann wird es zukünftig der Strafrechtswissenschaft, aber auch dem Bundesverfassungsgericht schwer fallen, wenn nicht sogar unmöglich werden, die Strafgesetzgebung zu hinterfragen.⁵⁸⁷

e) Bagatellisierung und Herabstufung durch *Prima Ratio*

Zusammenfassend sollte deutlich geworden sein, welche erheblichen Probleme ein Strafrecht als *Prima Ratio* bereits im Strafprozessrecht und in der Strafrechtspflege mit sich bringt.

Eine ungehinderte Inflation des Strafrechts kann außerdem zu einer Entwertung bestehender und legitimierter Strafgesetze führen.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Siehe oben unter III. 2. b) unbestimmte Rechtsbegriffe wie „teilweise unbekleidet“, „unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung“ oder „sexuell aufreizende Wiedergabe“.

⁵⁸⁶ Vgl. Kindhäuser, ZStW 2017, 386 „Entlegitimierung und Entphilosophierung des wissenschaftlichen Zugriffs auf den Rechtsstoff“.

⁵⁸⁷ Soweit das Strafgesetz nicht gegen Verfassungsrecht verstößt.

⁵⁸⁸ Vgl. Kindhäuser, ZStW 2017, 384 ff.; Weigend, StV 2016, I.

aa) Bagatellisierung von Schwerverbrechen

Die Tatsache, dass immer mehr Handlungsweisen, die gegebenenfalls lediglich gesellschaftlich unerwünscht sind, ihren Niederschlag im Strafgesetzbuch finden, könnte unmittelbar zur Folge haben, dass neben der Bagatellisierung strafbaren Unrechts generell, ab einem gewissen Punkt auch Schwermriminalität bagatellisiert wird.⁵⁸⁹ Dabei könnte nicht nur die Gefahr entstehen, dass die Funktionstüchtigkeit bestehender Strafgesetze und des Gesamtsystems untergraben wird. Vielmehr könnte zu befürchten sein, dass der Sinn allen staatlichen Strafens, nämlich die Stabilisierung der Rechtsordnung, durch diese Überreaktion negiert wird.⁵⁹⁰

Das strafrechtliche Urteil beinhaltet den Schuldspruch des Täters, der wiederum einen sozialen Makel und den größtmöglichen gesellschaftlichen Vorwurf darstellt.⁵⁹¹ Wird der Angeklagte am Ende der Hauptverhandlung der angeklagten Tat schuldig gesprochen, wird er für sein begangenes Unrecht zur Verantwortung gezogen.⁵⁹² Dem Täter wird damit ein sozialetisches Fehlverhalten vorgeworfen. Dieser Makel betrifft neben der gesellschaftlichen Ahndung auch den Wert- und Achtungsanspruch und damit die Menschenwürde des Verurteilten.⁵⁹³

Problematisch im Zusammenhang mit einem Strafrecht als *Prima Ratio* ist, dass diese erhebliche gesellschaftliche Ahndung immer flächendeckender und in weitreichenderen Situationen zur Anwendung kommt und zukünftig noch kommen wird.

⁵⁸⁹ Vgl. Kindhäuser, ZStW 2017, 386; Weigend, StV 2016, I.

⁵⁸⁹ Vgl. Kindhäuser, ZStW 2017, 384 ff.; Weigend, StV 2016, I.

⁵⁹⁰ Vgl. Helwig, DRiZ 2017, 92.

⁵⁹¹ Vgl. bereits BT-Drucks, 4/650, Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 323; Landau, NStZ 2015, 666.

⁵⁹² Vgl. BVerfGE 20, 323.

⁵⁹³ Vgl. bereits BT-Drucks, 4/650, BVerfG, NJW 2004, 739; Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 323; Emmert, ZRP 2018, 82 ff.; Landau, NStZ 2015, 666.

Hierbei kann auf der einen Seite als problematisch angesehen werden, dass Begehungen von Verfehlungen, die durchaus auch anderen Rechtsbereichen angesiedelt sein könnten oder gegebenenfalls sogar noch bis vor kurzem waren, nunmehr im Lichte des gesellschaftlich geahndeten und sozioethisch wohl erheblichsten Fehlverhalten zu sehen sind.⁵⁹⁴

Auf der anderen Seite ist zu überlegen, ob nicht der Wert des strafrechtlichen Schuldspruchs als eben diese größtmögliche und eingriffstärkste Ahndung abnimmt, wenn dieser immer genereller und in immer mehr Lebenssachverhalten zur Anwendung kommt.

bb) Herabstufung des Ordnungswidrigkeitenrechts

Auch die Abgrenzung zu generalpräventiven Ordnungswidrigkeiten wird in Zukunft nicht nur verschwimmen, sondern gegebenenfalls ganz aufgegeben werden müssen, um umgekehrt die dort angesiedelten Handlungsunrechte gegenüber dem Strafrecht nicht gänzlich zu Lappalien herabzustufen, sondern vielmehr alles und jedes Handlungsunrecht, das gesellschaftlich unerwünscht ist, in die Strafgesetzgebung aufzunehmen.⁵⁹⁵

Landau hat diesen Kritikpunkt auf den Punkt gebracht. „Die Ausweitung des Strafrechts in viele gesellschaftliche Lebensbereiche hinein und die Vorverlagerung der Strafbarkeit und Schaffung immer abstrakterer Gefährdungsdelikte führen dazu, dass sich der Schwerpunkt des Strafrechts mehr und mehr zum technischen Steuerungsinstrument und zur Prävention verschiebt; die Grenzen zum Gefahrenabwehrrecht verschwimmen. Unerwünschte Verhaltensweisen werden ohne Not mit dem Unrechtsverdikt der Kriminalstrafen versehen, anstatt sie mit weniger pejorativen zivil-, verwaltungs-, wettbewerbs- oder polizeirechtlichen Sanktionen zu belegen.“⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ Vgl. *Landau*, NStZ 2014, 428.

⁵⁹⁵ Vgl. *Kindhäuser*, ZStW 2017, 386.

⁵⁹⁶ *Landau*, NStZ 2015, 668.

6. Engagement gegen ein Strafrecht als *Prima Ratio* und Aktionismus hin zur *Ultima Ratio*

In seiner Ansprache zum 67. Anwaltstag in Berlin nannte *Maas* die „Kriminalpolitik den Gradmesser für die Gemütsverfassung“⁵⁹⁷ einer Gesellschaft. Er bezog sich dabei auf die Zeit der Aufklärung, in der Deutschland ein Land im Aufbruch gewesen sei, voller Optimismus und Zukunftsglaube, selbstbewusst und bereit zu Freiheit und Unabhängigkeit der Bürger von einem alles regelnden Staat.⁵⁹⁸

In der Gegenwart scheint in Deutschland dagegen in vielen Bereichen Unsicherheit und Angst zu herrschen. Sei es die Angst vor Einwanderern und Flüchtlingen, Angst vor anderen Religionen, Angst vor Terrorismus oder ganz generell Angst um den (Sozial-)Staat und dessen Identität.⁵⁹⁹

Wie oben bereits angerissen, wird zum gegenwärtigen Zeitpunkt oftmals suggeriert, dass jegliche Probleme, die in einer Gesellschaft auftreten können, durch möglichst weitreichende und umfassende Strafgesetze gelöst und gänzlich behoben werden könnten.⁶⁰⁰

Je vollumfänglicher das Strafgesetzbuch, desto harmonischer und erfüllter, so scheint diese Entwicklung zu versprechen, wird das Zusammenleben in der Gesellschaft sein. Es ist ohne Zweifel wesentlich einfacher, dem Drängen von Lobbyisten, Verbänden und der Gesellschaft ganz generell nachzugeben und eine Handlung unter Strafe zu stellen oder diverse Tatbestände zu erweitern, als sich dem entgegenzusetzen und sich diesbezüglich auch vor der Gesellschaft erklären zu müssen.

Dabei stelle man sich nur die Reaktionen vor, hätte der Gesetzgeber auf die Kölner Silvesternacht und die ‚Nein-heißt-Nein-Bewegung‘ gänzlich nicht reagiert.

⁵⁹⁷ Vgl. *Maas*, AnwBl 2016, 546.

⁵⁹⁸ *ebd.*

⁵⁹⁹ *ebd.*

⁶⁰⁰ Vgl. *Bittmann*, NStZ 2016, 249; *Hamm*, NJW 2016, 1537; *Helwig*, DRiZ 2017, 92; *Weigend*, StV 2016, I.

Das Zurückdrängen der Strafgesetzgebung hat auch keine wirkungsvolle Lobby, es existiert weder eine „Beschuldigtengewerkschaft“⁶⁰¹ noch ein irgendwie gearteter „Bund der Angeklagten.“⁶⁰²

Der Vollzug des gesellschaftlichen Rufs nach Bestrafung scheint wesentlich einfacher und mit erheblich weniger Kritik verbunden als die Rechtfertigung einer Verweigerung, vielleicht sogar unter Bezug auf die Freiheitsrechte eines vermeintlichen Täters.⁶⁰³

Die Strafgesetzgebung verspricht hier Abhilfe, kann diese aber, wie aufgezeigt, in der Realität nicht erbringen. Die Ausdehnung des Strafgesetzbuches hat der Gesellschaft in der Vergangenheit das Sicherheitsgefühl nicht zurückgegeben, sondern zu einer Überforderung der Strafverfolgungsbehörden, der Gerichte sowie allen Beteiligten an einem Strafverfahren geführt. Schlussendlich führt eine Politik mit der Sicherheit der Gesellschaft vielmehr zu einem weiteren Anschüren der Ängste.⁶⁰⁴

Das so bezeichnete ‚Fischer-Paradoxon‘⁶⁰⁵ fasst diese Situation treffend zusammen: „Seine Versprechungen stützt (die Strafgesetzgebung) auf eine Dynamik ständiger Erweiterung; stets fehlt zum Erfolg angeblich noch eine letzte Ausweitung des Tatbestandes oder der Ermittlungsmöglichkeiten. In paradoxer Logik speist sich die Legitimität so aus der Erfolglosigkeit: Je erfolgloser die ‚Bekämpfung‘ bleibt, desto größer muss wohl die Gefahr sein. Wenn die ‚Hintermänner‘ (...) nicht gefasst werden, beweist dies immer aufs Neue gerade ihre Mächtigkeit und die Notwendigkeit mit der ‚Bekämpfungs‘-Strategie fortzufahren. So treibt das Konzept das rechtstaatliche Strafrechtssystem vor sich her.“⁶⁰⁶

⁶⁰¹ *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

⁶⁰² *ebd.*

⁶⁰³ Vgl. *Maas*, AnwBl 2016, 547.

⁶⁰⁴ Vgl. *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

⁶⁰⁵ So bezeichnet bei *Jahn*, SpuRt 2015, 152; *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 365.

⁶⁰⁶ *Fischer*, StGB (62. Aufl. 2015), § 261, Rn. 4b.

Strafe löst gesellschaftliche Probleme genauso wenig, wie eine allumfassende Androhung von Sanktionen. Denknotwendig kann dem Strafrecht auch nicht die Aufgabe eines Allheilmittels gegen alle Unstimmigkeiten einer Gesellschaft zugeschrieben werden. Das wäre vergleichbar mit einem Medikament, von dem man erwarte, dass es jegliche Krankheiten heilen könnte.⁶⁰⁷

Gerade die präventive Wirkung von Strafbewehrtheit, insbesondere dem Erreichen eines Sicherheitsgefühls in der Bevölkerung, wird ebenso überschätzt, wie die negativen und erheblichen Folgen des Strafrechts als *Prima Ratio* unterschätzt werden. Ein „strafrechtlicher Overkill“⁶⁰⁸ in allen möglichen Bereichen, sei es Vertrags-, Wettbewerbs- und Sportrecht oder – wie in dieser Arbeit untersucht – die Moral und Sittlichkeit der Gesellschaft, resultiert, ließe man diesen unvermittelt weiter seinen Lauf, (zurück) in einen totalitären Staat und ein Strafrecht, das als Feindstrafrecht ausgestaltet ist.⁶⁰⁹

Die aufgezeigten Gefahren zugrunde gelegt, wird in dieser Arbeit vertreten, dass ein Engagement gegen ein Strafrecht als *Prima Ratio* und ein Aktionismus hin zur *Ultima Ratio* unabdingbar ist. Die Frage danach, wie genau dieser Aktionismus auszugestalten ist, wie *Ultima Ratio* zu definieren und wo diese in der Überprüfung der Legitimation eines Strafgesetzes anzusiedeln ist, sowie die konkrete Anwendung der *Ultima Ratio* auf die vorstehend besprochenen Strafgesetze, soll Inhalt des nunmehr folgenden Hauptteils dieser Arbeit sein.

⁶⁰⁷ Vgl. *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

⁶⁰⁸ *Schünemann*, ZRP 2015, 69.

⁶⁰⁹ *ebd.*, 69 f.

V) Strafrecht als *Ultima Ratio*

1. Definition Ultima Ratio

Ultima Ratio, aus dem lateinischen *ultimus*, ins Deutsche übersetzt als ärgste, letzte, äußerste und *ratio*, unter anderem übersetzt mit Möglichkeit, Mittel oder Zweck,⁶¹⁰ beschreibt den letzten möglichen Weg, nachdem alle übrigen vernünftigen und ethisch vertretbaren Lösungen nicht zum Ziel führten und verworfen worden sind.⁶¹¹

Der Begriff der *Ultima Ratio* hat seine Wurzeln im Dreißigjährigen Krieg. Zu dieser Zeit wurden französische Kanonenrohre mit den Worten ‚ultima ratio regum, das letzte Mittel der Könige‘ versehen. Auch in Preußen ließ König Friedrich II im 18. Jahrhundert Kanonen mit der Inschrift ‚ultima ratio regis, das letzte Mittel des Königs‘ beschriften.⁶¹²

Heute findet sich der Begriff der *Ultima Ratio* in nahezu jedem Lehrbuch zur Strafrechtswissenschaft.⁶¹³ Dabei wird definiert, dass nach eben dem Prinzip der *Ultima Ratio* die Anwendung des Strafrechts ausschließlich das letzte Mittel zur Herbeiführung des Rechtsfriedens sein dürfe.

Die Androhung und die Verhängung von Strafe seien das schärfste Schwert des Staates, subsidiär gegenüber allen übrigen erdenklichen Machtinstrumenten und einzig dann einzusetzen, wenn andere weniger einschneidende Mittel keinen Erfolg versprechen.⁶¹⁴

⁶¹⁰<https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung?q=ultimus&l=de&in=la&lf=la>, zuletzt aufgerufen am 14.04.2019.

⁶¹¹ <https://www.proverbia-iuris.de/ultima-ratio/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁶¹² *ebd.*

⁶¹³ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 3 Rn. 19 ff.; Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969; Rengier, Strafrecht AT, § 3 Rn. 5; Roxin, Strafrecht AT/1, § 2 C, Rn. 97.

⁶¹⁴ vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 3 Rn. 19 ff.; Hamm, NJW 2016, 1539 ff.; Hamm/Gerhardt, ZRP 2016, 59 ff.; Jahn/Brodowski, JZ 2016 969; Maas, NStZ 2015, 105; MüKo/Miebach/Maier, StGB § 46, Rn.28; Rengier, Strafrecht AT, § 3 Rn. 5; Roxin, Strafrecht AT/1, § 2 C, Rn. 97.

2. Besondere Rechtfertigung von Strafgesetzen

Der nahezu allgemeine Konsens über die Existenz des *Ultima-Ratio*-Prinzips sagt allerdings noch nichts darüber aus, welche Wirkungskraft oder Aufgabe diesem im Detail zukommen soll.⁶¹⁵

Einigkeit besteht zunächst darin, dass das Strafrecht aufgrund seiner einschneidenden Wirkung unter einem besonderen Rechtfertigungszwang steht.⁶¹⁶ Es ist dabei stets sorgsam zu prüfen, ob die zu schützenden Belange so elementar und die diesen drohenden Gefahren so groß sind, dass der Rückgriff auf das Strafrecht tatsächlich gerechtfertigt ist.⁶¹⁷ Da es sich bei der Androhung und dem Vollzug von Strafgesetzen eigentlich um ein „archaisches Mittel der Androhung von öffentlichem Tadel und Freiheitsentzug“⁶¹⁸ handelt, das den Bürger zur Rechtstreue erziehen soll, muss stets der Nachweis geführt werden können, dass die betroffene Strafvorschrift dem unbedingt notwendigen Schutz eines Anderen oder der Allgemeinheit dient.⁶¹⁹

Gänzlich umstritten ist, wie diese Rechtfertigung von Strafgesetzen im Detail auszugestalten ist. Ein Gesetzestext oder anerkannter Verfassungssatz, der beispielsweise vorgibt, dass das Strafrecht nur als *Ultima Ratio*, als letztes Mittel, eingesetzt werden darf und wie dieses Prinzip praktisch auszugestalten ist, existiert nicht.

Auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird in diesem Zusammenhang keine eindeutige Richtung entnommen, was dazu führt, dass die kritische Strafrechtswissenschaft gänzlich konträre Schlussfolgerungen zieht.⁶²⁰

⁶¹⁵ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 363 ff..

⁶¹⁶ Vgl. Hamm/Gerhardt, ZRP 2016, 59 ff.; Maas, NStZ 2015, 105; MüKo/Miebach/Maier, StGB § 46, Rn.28.

⁶¹⁷ Vgl. Hamm, NJW 2016, 1538; Hamm/Gerhardt, ZRP 2016, 59 ff.; Maas, NStZ 2015, 105; MüKo/Miebach/Maier, StGB § 46, Rn.28.

⁶¹⁸ Hamm, NJW 2016, 1537.

⁶¹⁹ Vgl. Maas, NStZ 2015, 105; MüKo/Miebach/Maier, StGB § 46, Rn.28.

⁶²⁰ Vgl. Zusammenfassend. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 363ff. insbesondere 366 ff..

3. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung war die grundsätzliche Rechtfertigung von Strafe und Strafgesetzen in den 50er Jahren erstmals Thema.⁶²¹ Im Rahmen der Entscheidung um die Legitimation der Strafbarkeit der männlichen Homosexualität urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass der Gesetzgeber zu „besonderer Zurückhaltung (...) verpflichtet (sei), wenn es sich um einen Eingriff durch ein Strafgesetz handelt.“⁶²²

Auf das *Ultima-Ratio*-Prinzip selbst nahm das Bundesverfassungsgericht im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch Bezug. Es legte in seinem Urteil fest, dass der Strafgesetzgeber nur im „äußersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, (...) dass Mittel des Strafrechts einzusetzen (habe). Die Strafnorm stellt gewissermaßen die ‚ultima ratio‘ im Instrumentarium des Gesetzgebers dar.“⁶²³ Einige Stimmen aus der Wissenschaft sehen in diesem frühen Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Geburtsstunde des *Ultima-Ratio*-Prinzips als Legitimationsgrundlage von Strafgesetzen.⁶²⁴

Eine Aussage dazu, welche Wirkweise dem *Ultima-Ratio*-Prinzip zukommen sollte, oder wie und auf welcher Ebene der Grundsatz zu prüfen sei, traf das Bundesverfassungsgericht hingegen nicht. Vielmehr formulierte es im Abtreibungsurteil weiter, dass nach dem das „ganze öffentliche Recht einschließlich des Verfassungsrecht beherrschenden rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit (...) (der Gesetzgeber) nur behutsam und zurückhaltend (vom Strafrecht) Gebrauch (zu machen habe).“⁶²⁵

Im Übrigen sei der Gesetzgeber aber grundsätzlich frei, welche Interesse mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden sollen.⁶²⁶

⁶²¹ Vgl. u.a. BVerfGE 6, 389, BVerfGE 39, 1, beziehungsweise Gärditz, JZ 2016, 645.

⁶²² Vgl. BVerfGE 6, 389.

⁶²³ Vgl. BVerfGE 39, 1.

⁶²⁴ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 645; Landau, NStZ 2015, 668.

⁶²⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1.

⁶²⁶ Vgl. BVerfGE 50, 142; BVerfGE 120, 224.

Er übernehme „mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt.“⁶²⁷

Einen Rückbezug oder weitere Ausführungen zum *Ultima-Ratio*-Prinzip oder dessen Verortung tätigt das Bundesverfassungsgericht in der Folgezeit nicht. Im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch 1993 nimmt das Bundesverfassungsgericht den *Ultima-Ratio*-Gedanken zwar erneut in sein Urteil auf, unterlässt es aber auch dort, das Prinzip weiter auszugestalten oder in irgendeiner Weise zu operationalisieren.⁶²⁸ Es wird lediglich hervorgehoben, dass die Strafgesetzgebung „die ‚ultima ratio‘ im Instrumentarium des Gesetzgebers (sei), deren Einsatz dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliege. Die Anwendung dieser Maximen erfordere, sowohl vom Gesetzgeber als auch vom überprüfenden Gericht, ein prognostisches Verhalten.“⁶²⁹

Zwar nahm das Bundesverfassungsgericht auch in der Folgezeit immer wieder Bezug auf den *Ultima-Ratio*-Gedanken und scheint den Stellenwert dieses Prinzips in seiner Rechtsprechung stets hervorzuheben, allerdings fügte das oberste Verfassungsgericht den bisherigen Ausführungen nichts mehr hinzu und unternahm auch keine tiefergehende Konkretisierung des Grundsatzes.⁶³⁰

Auch im Rahmen des Sondervotums von *Hassemer* zum Inzesturteil im Jahr 2008 blieb es bei der reinen Nennung des *Ultima-Ratio*-Prinzips. Strafgesetze seien stets zu messen an „besser geeignete(n) Mittel(n) im Sinne des ultima ratio Prinzips und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtliche Schranken strafrechtlicher Eingriffe.“⁶³¹ Doch auch *Hassemer* unterließ weitergehende Ausführungen oder gar ein Zugeständnis hinsichtlich einer Begrenzungsdogmatik des *Ultima-Ratio*-Prinzips.⁶³²

⁶²⁷ Vgl. BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 170.

⁶²⁸ Vgl. BVerfGE 88, 203.

⁶²⁹ *ebd.*

⁶³⁰ Wortlautgleich BVerfGE 96, 10; BVerfGE 96, 245, BVerfGE 120, 224; vgl. auch *Gärditz*, JZ 2016, 346.

⁶³¹ Abweichende Meinung *Hassemer* zu BVerfGE 120, 224.

⁶³² Vgl. *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 373.

Große Hoffnungen einer tiefergehenden Einlassung und Positionierung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf den *Ultima-Ratio*-Gedanken hatte die Strafrechtswissenschaft im Rahmen der Entscheidung um die Verfassungsmäßigkeit des Rindfleischetiketierungsgesetzes. Dieses Urteil hätte „die notwendige Gegenkraft gegen das immer mehr ausufernde Präventionsstrafrecht entfalten (können), wenn sich hier ein neues Verständnis für ein ‚Ultima-Ratio-Prinzip 2.0‘ anbahnte, das nicht mehr nur ein reines Lippenbekenntnis wäre.“⁶³³

Angefacht wurden diese Erwartungen insbesondere dadurch, dass der damalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Voßkuhle* die Prüfung des betroffenen Gesetzes mit dem Hinweis an die Bundesregierung, die Bundesanwaltschaft und verschiedene Berufsverbände weiterleitete, dass unter anderem zu untersuchen sei, „ob das streitige Gesetz unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts als ‚ultima ratio‘ des Gesetzgebers verfassungsgemäß ist. Insoweit könnten sich aus Art. 2 I GG i.V.m Art. 1 I GG besondere Anforderungen an die Strafbewehrung einer Verhaltensnorm ergeben, weil Strafe den Wert- und Achtungsanspruch des Betroffenen berührt. In diesem Zusammenhang besteht Gelegenheit, sich zu dem in der jüngeren Rechtsprechung des *BVerfG* gestärkten Gedanken der Prozeduralisierung mit Blick auf den Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers zu äußern.“⁶³⁴

Entgegen der Hoffnung der Strafrechtswissenschaft äußerte sich das Bundesverfassungsgericht in jenem Urteil nicht zum Grundsatz der *Ultima Ratio*. Vielmehr hatte es eine Verfassungswidrigkeit bereits aus anderen Gründen festgestellt, sodass eine darüberhinausgehende Prüfung hinfällig wurde.

⁶³³ Vgl. *Hamm*, NJW 2015, Editorial.

⁶³⁴ Az. beim BVerfG: 2 BvL 1/15. Vgl. dazu *Hamm*, NJW 2015, Editorial; *Hamm* NJW 2016, 1538.

Basierend auf der zunächst großen Hoffnung einer Klarstellung durch das Bundesverfassungsgericht fällt die Auslegung der betreffenden Entscheidung gänzlich unterschiedlich aus.⁶³⁵ Die Interpretationen reichen von der Meinung, dass aus dem Beschluss überhaupt keine Aussage im Hinblick auf die *Ultima Ratio* getätigt werden kann, bis hin zur endgültigen Abkehr des Bundesverfassungsgerichts von jedem Grundsatz.⁶³⁶

Wieder andere interpretieren die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf den *Ultima-Ratio*-Grundsatz heute insgesamt dahingehend, dass das oberste Verfassungsgericht eben jenes Prinzip sukzessive ausgeformt, hervorgehoben und als Verfassungssatz etabliert hat.⁶³⁷

4. Meinungsstand in der Wissenschaft

Unter Zugrundelegung der fehlenden gesetzlichen und höchstrichterlichen eindeutigen Positionierung stellt sich also die Frage, welche Bedeutung dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zugesprochen werden kann und wie genau dieser auszugestalten ist.

Die Meinungen in der Strafrechtswissenschaft gehen in diesem Zusammenhang deutlich auseinander und reichen von der *Ultima Ratio* als reine politische Klugheitsregel oder formalen Worthülse im Rahmen strafrechtspolitischer Debatten, bis hin zur *Ultima Ratio* als absolute Schranke für die Strafgesetzgebung.⁶³⁸ Nach Letzterem dürfe das Strafrecht überhaupt erst eingesetzt werden, wenn eine absolute Grenze von Strafwürdig- und Strafbedürftigkeit überschritten wurde.⁶³⁹

⁶³⁵ So auch Kempf, AnwBl. 2017, 34, 36.

⁶³⁶ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 375; In der Sache ebenso Kempf, AnwBl. 2017, 34, 36: „doppeltgenäht“.

⁶³⁷ Vgl. Helwig, DRiZ 2017, 93 mit Bezug auf BVerfGE 27, 18; BVerfGE 39, 1; BVerfGE 40, 141; BVerfGE 71, 206; BVerfGE 88, 203; BVerfGE 89, 334; BVerfGE 92, 277; BVerfGE 120, 224.

⁶³⁸ Vgl. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 971, 972; gegen eigenständige Bedeutung des Grundsatzes etwa Gärditz, JZ 2016, 641 ff., Prittwitz, ZStW 2017, 397 ff.; für eigenständige Bedeutung etwa Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 324 ff., Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 377 ff..

⁶³⁹ Vgl. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 971; Exemplarisch Frisch NStZ 2016, 24.

Dazwischen liegt diejenige Ansicht, die im *Ultima-Ratio*-Grundsatz eine relativ-rationale Schranke sieht und ein Strafgesetz als legitim ansieht, wenn es im Rahmen eines nachrangigen Vorgehens eingesetzt wurde, nämlich dann, wenn andere Sanktionsmittel zum Erreichen des wünschenswerten Zweckes nicht ausreichend sind.⁶⁴⁰

a) *Ultima Ratio* ohne eigenständige Bedeutung

Resultierend aus der Tatsache, dass in Deutschland noch kein Strafgesetz an der Nichteinhaltung des *Ultima-Ratio*-Prinzips gescheitert ist, geht eine Ansicht in der Strafrechtswissenschaft davon aus, dass dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz keinerlei eigenständige Bedeutung zukommt.⁶⁴¹ Es handle sich dabei nicht etwa um ein Versagen des Bundesverfassungsgerichts, sondern um die schlichte Konsequenz der Untauglichkeit der *Ultima-Ratio*-Formel.⁶⁴²

aa) *Ultima Ratio* als rechtspolitische Klugheitsregel

Dabei wird unter anderem argumentiert, dass das *Ultima-Ratio*-Prinzip nichts als eine formelhafte Worthölse und „rechtspolitische Klugheitsregel“⁶⁴³ sei und ihm keinerlei Prüfungsrelevanz zukomme.⁶⁴⁴

Ganz generell handle es sich bei diesem Prinzip um ein rhetorisches Mittel des Bundesverfassungsgerichts, um die eigene Kontrolldichte im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung besonders hervorzuheben. Insgesamt seien das Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip die alleinigen Schranken von Straftatbeständen, wobei dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz unter diesen Prüfungspunkten maximal eine formale Bedeutung zukommen könne.⁶⁴⁵

⁶⁴⁰ Vgl. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 971, 972.

⁶⁴¹ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 641 ff..

⁶⁴² *ebd.*, 649.

⁶⁴³ *ebd.*, 650; Landau; NStZ 2015, 668; vgl. Ausführungen bei Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 367 dass in diesem Zusammenhang der Gesetzgeber von der Verpflichtung freigeschrieben würde, sich nach *Ultima Ratio* Erwägungen orientieren zu müssen.

⁶⁴⁴ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 649, 650.

⁶⁴⁵ Vgl. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 971, 973 m.w.N.

Spezielle dogmatische beziehungsweise tatbestandsrelevante Voraussetzungen oder Konsequenzen der *Ultima Ratio*, die sich in irgendeiner Art und Weise von der regulären Schuld- oder Verhältnismäßigkeitsprüfung abheben, würden nicht existieren.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht würden auch keinerlei zusätzliche Forderungen an den Strafgesetzgeber gestellt werden. Vielmehr handle es sich bei Strafgesetzen um ganz normale, formelle Gesetze, für deren Legitimation die Mehrheit im Bundestag zwar erforderlich, allerdings auch ausreichend sei. Im Grundsatz unterliegen Strafgesetze auch nicht dem Zustimmungserfordernis des Bundesrates. Vielmehr sei das Strafrecht in „formell-positivistischer Perspektive (...) ,nicht so besonders.“⁶⁴⁶

Zwar träfe es zu, dass durchaus Regelungen festgelegt werden sollten, die einen maßvollen und möglichst geringen Einsatz von Strafrecht garantieren, da es sich um einen besonders sensiblen Bereich des gesellschaftlichen Zusammenlebens handle. Allerdings würden die Streitigkeiten der letzten Jahrzehnte zur Rechtfertigung von Strafgesetzen generell, zur Rechtsgutstheorie im Speziellen zeigen, dass es nicht ohne weiteres möglich ist, Schranken, Regelungen oder Voraussetzungsbestimmungen zur Legitimation von Strafgesetzen allgemeingültig aufzustellen.⁶⁴⁷ Darüber hinausgehend könnten etwaige Regelungen zum geringen Einsatz des Strafrechts den Strafgesetzgeber in keinsten Art und Weise wirksam verpflichten.⁶⁴⁸ Vielmehr sei der Einsatz des Strafrechts und dessen Normgesetzgebung ausschließlich der kontrollfreien Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zuzuordnen.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 369 unter Verweis auf Joachim Vogel.

⁶⁴⁷ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 644; Jahn/Brodowski, JZ 2016, 974.

⁶⁴⁸ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 649; Jahn/Brodowski, JZ 2016, 974.

⁶⁴⁹ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 644, 645; Jahn/Brodowski, JZ 2016, 974.

bb) Ultima Ratio passt nicht auf freiheitsgewährende Strafgesetze

Andere stimmen der fehlenden eigenständigen Bedeutung des *Ultima-Ratio*-Prinzips zwar zu, sehen dies aber darin begründet, dass der Grundsatz schon ganz generell nur auf freiheitsbegrenzende Strafgesetze Anwendung finden könnte, nicht aber auf freiheitsgewährende Strafgesetze.⁶⁵⁰

Nach dieser Meinung sei zu beachten, dass Strafgesetze keine reine Verbotswirkung entfalten, sondern vielmehr bestimmte Verhaltensweisen und Situationen mit Strafe bedrohen würden. Es handele sich generell um freiheitsgewährende Normen, die dem Rechtsanwender die Freiheit überlassen, sich für oder gegen die Befolgung des Gesetzes zu entscheiden.⁶⁵¹

Insbesondere Strafgesetze, die die Meinungs- und Pressefreiheit sowie die Freiheit von Versammlungen und politischer Betätigung schützen, würden diesen Punkt verdeutlichen. Im Rahmen dieser Gesetze geht die Gewährung von Freiheit der Gewährung von allumfassender Sicherheit vor.⁶⁵²

Auf ein so verstandenes Strafrecht könne ein Prüfungspunkt, der vorgibt, dass Strafgesetze nur als *Ultima Ratio*, also als letztes mögliche Mittel eingesetzt werden können, denotwendig keine Anwendung finden. Es existieren nach dieser Ansicht vielmehr gänzlich davon zu differenzierende Prinzipien, die jenseits einer *Ultima Ratio* für oder gegen den Einsatz von Strafrecht sprechen würden.⁶⁵³

Dafür bedürfe es in Zukunft der Zuarbeit von Kriminalpolitikwissenschaftlern, die dafür Sorge tragen müssten, dass das Strafrecht nicht weiter von den Verfassungsrechtlern übersehen wird und die den genannten Prinzipien Inhalte verleihen können.⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ Vgl. Prittwitz, ZStW 2017, 397 ff..

⁶⁵¹ *ebd.*, 397.

⁶⁵² *ebd.*, 398; der Autor nennt keine Beispiele hier dürften aber Normen wie beispielsweise §§ 90 ff. StGB und §§ 185 ff. StGB gemeint sein.

⁶⁵³ Vgl. Prittwitz, ZStW 2017, 397.

⁶⁵⁴ *ebd.*, 399, 400.

cc) Ultima Ratio zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Nach einer weiteren Ansicht könne es einen „letzten möglichen Weg, nachdem alle übrigen vernünftigen und ethisch vertretbaren Lösungen nicht zum Ziel führen und verworfen worden sind“⁶⁵⁵ nur geben, wenn die möglichen Lösungswege miteinander vergleichbar sind. Dies sei hinsichtlich strafrechtlicher Normen ausschließlich in Relation zum Ordnungswidrigkeitenrecht möglich, nicht aber in Bezug auf andere Maßnahmen.⁶⁵⁶

Der Grundsatz der *Ultima Ratio* kann danach allenfalls einen geringen Teil der Legitimation von Strafgesetzen abdecken, nämlich nur dann, wenn es sich um die Differenzierung zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat handelt.⁶⁵⁷

Die Forderung, dass dem Strafrecht stets Handlungsalternativen mit weniger erheblichen Rechtsfolgen aus anderen Rechtsgebieten vorzuziehen sind, würden in der hiesigen Untersuchung verkennen, dass es sich rein faktisch schon nicht um Alternativen handelt.⁶⁵⁸ Die Rechtsfolgen aus diesen Disziplinen seien bereits ihrem Wesen nach von einer strafrechtlichen Sanktionierung grundlegend verschieden und könnten aus diesem Grund denotwendig nicht in ein Subsidiaritätsverhältnis mit der Kriminalstrafe gesetzt werden.⁶⁵⁹ Sie würden nämlich keinen Vergeltungs- und Sühnecharakter⁶⁶⁰ enthalten, sondern lediglich Zucht- und Erziehungsmittel darstellen. Bereits vor diesem Hintergrund seien alternative Disziplinen nicht mit der Kriminalstrafe vergleichbar.⁶⁶¹

Ein weiterer erheblicher Unterschied sei, dass die Kriminalstrafe den Täter in seinem generellen Status als Staatsbürger betrifft, während Disziplinarmaßnahmen aus anderen Rechtsgebieten den Betroffenen lediglich in einem besonderen Rechts- und Pflichtenkreis tangieren.⁶⁶²

⁶⁵⁵ siehe oben Definition in V. 1.

⁶⁵⁶ Vgl. Braun, MedR 2016, 280.

⁶⁵⁷ ebd., 282.

⁶⁵⁸ ebd., 280 ff..

⁶⁵⁹ ebd., 280.

⁶⁶⁰ Vgl. Braun, MedR 2016, 280: Ausdrücklich: BSG, NZS 2001, 50; Maurach/Gössler/Zipf, AT/1, §1, Rn. 17.

⁶⁶¹ Vgl. Braun, MedR 2016, 280.

⁶⁶² ebd., 283.

Der Kriminalstrafe wohne als einziges Rechtsgebiet ein sozialetischer Schuldbezug inne, der jedem der übrigen Rechtsgebiete fehle. Die strafrechtliche Verurteilung stelle ein „als Ausdruck sittlicher (sozialetischer) Missbilligung ein singuläres Aliud (dar)“⁶⁶³ und könne danach in keinerlei Verhältnis zu den oben genannten rechtlichen Disziplinen gebracht werden. Dies wiederum zeige deutlich, dass eine Auswahl nach dem *Ultima-Ratio*-Prinzip scheitere.

Die einzige vergleichbare Disziplin sei nach dieser Ansicht das Ordnungswidrigkeitenrecht, da dort „dieselbe kriminelle Unwertigkeit eines Verhaltens erfasst und missbilligt werden soll.“⁶⁶⁴ Nur zwischen diesem und dem Strafrecht kann ein Vergleichsverhältnis entstehen und damit der *Ultima-Ratio*-Grundsatz zur Anwendung kommen.⁶⁶⁵

Basierend auf der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Rechtsgebiete ist problemlos eine Subsidiarität zwischen dem strafrechtlichen und einem ordnungswidrigkeitsrechtlichen Vorgehen anzuerkennen, wonach stets das Ordnungswidrigkeitenrecht und seine Maßnahmen vorrangig zu gewähren sei.⁶⁶⁶ Für alle übrigen Rechtsgebiete finde das *Ultima-Ratio*-Prinzip keinerlei Anwendung.⁶⁶⁷

b) Ultima Ratio innerhalb des Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzips

Weit mehr als eine leere Worthülse oder eine Formalie sehen diejenigen Stimmen, die das *Ultima-Ratio*-Prinzip als einen speziellen Unterpunkt in der Prüfung des Bestimmtheitsgebotes, der Verhältnismäßigkeit oder des Schuldprinzips, anerkennen.

⁶⁶³ Vgl. Braun, MedR 2016, 282; allgemein ebenfalls in diese Richtung: Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 52 m.w.N.

⁶⁶⁴ Braun, MedR 2016, 283.

⁶⁶⁵ ebd., 280 ff..

⁶⁶⁶ ebd., 283; Mitsch, OwiR, §3, Rn. 15; Roxin, Strafrecht AT/1, § 2 C, Rn. 99.

⁶⁶⁷ Vgl. Braun, MedR 2016, 280, 283.

aa) Ultima Ratio als Teil des Bestimmtheitsgebotes Art. 103 GG

Eine erste Ansicht will das *Ultima-Ratio*-Prinzip dem Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG zuordnen und schreibt ihm damit eine den Gesetzgeber beschränkende Funktion zu.⁶⁶⁸

Eine Verortung in diesem Gebot gewährleiste, dass dem *Ultima-Ratio*-Prinzip erhebliche Bedeutung zukomme, da ein Gebot mit Verfassungsrang exakte Befolgung erfordere und außerdem neben dem Strafgesetzgeber auch den Rechtsanwender anspreche.⁶⁶⁹ Obwohl das *Ultima-Ratio*-Prinzip in der Vergangenheit kaum Beachtung fand, sei es nach dieser Ansicht im Hinblick auf „Normerhaltung, Normbewährung und Normtreue“⁶⁷⁰ wesentlich.

Wie genau ein Einbeziehen des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes in den Bestimmtheitsgrundsatz auszugestalten ist und welche Vorgaben sich daraus konkret an den Gesetzgeber statuieren, habe aber das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden. Dass eine Äußerung des obersten Verfassungsgerichts in diesem Zusammenhang erwartet werden dürfe, zeigen diverse Urteile zur limitierenden Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes, so beispielsweise die Entscheidung zum Begriff der Waffe⁶⁷¹, der Unfallflucht⁶⁷² oder der Pflanze im Betäubungsmittelrecht.⁶⁷³

Gegen ein eigenständiges *Ultima-Ratio*-Prinzip spreche, dass das Bundesverfassungsgericht bereits klar festgelegt habe, dass dem Gesetzgeber die Gestaltungsfreiheit zustehe und er im Hinblick auf die Erschaffung von Strafnormen keine zusätzlichen formalen Regularien zu beachten habe.⁶⁷⁴ Das *Ultima-Ratio*-Prinzip müsse hiervon losgelöst als Bestandteil des Art. 103 Abs. 2 GG gesehen werden.⁶⁷⁵

⁶⁶⁸ Vgl. Landau, NStZ 2015, 670, 671; bezeichnet als „absolute Schrankenformulierung“ bei Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 368; auch angedeutet bei Helwig, DRiZ 2017, 93.

⁶⁶⁹ Vgl. Landau, NStZ 2015, 670, 671.

⁶⁷⁰ *ebd.*, 666.

⁶⁷¹ Vgl. BVerfGK 10, 442.

⁶⁷² Vgl. BVerfG, NStZ-RR 2019, 289.

⁶⁷³ Vgl. BVerfGE 128, 326.

⁶⁷⁴ Vgl. Landau, NStZ 2015, 670, 671.

⁶⁷⁵ *ebd.*

bb) Ultima Ratio als Unterpunkt in der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens

Anderen Stimmen zufolge kommt der *Ultima-Ratio*-Grundsatz im Rahmen der Rechtfertigung staatlichen Strafens und deren Verhältnismäßigkeit zur Anwendung.⁶⁷⁶ Er wird dabei unter anderem als „Chiffre für einen strafrechtsrelevanten Inhalt des allgemeinen Verfassungsprinzips der Verhältnismäßigkeit verstanden.“⁶⁷⁷

(1) Erforderlichkeit

Vom *Ultima-Ratio*-Prinzip sei nach *Frisch* Gebrauch zu machen, soweit staatliches Strafen auf seine konkrete Erforderlichkeit hin untersucht wird.⁶⁷⁸ „Die Reaktion mit der belastenden Rechtsfolge (Sanktion) muss auch zur Gewährleistung des entsprechenden Teils der rechtlichen Verhaltensordnung (und darüber des Rechtszustands) erforderlich sein; es darf keine mildereren, etwa zivilrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Mittel geben, mit deren Hilfe das angestrebte Ziel genauso gut (oder vielleicht sogar besser) erreicht werden kann.“⁶⁷⁹

Das *Ultima-Ratio*-Prinzip halte den Gesetzgeber im Rahmen der Legitimationsprüfung zur Prüfung an, ob es sich bei der vom Strafgesetz umfassten Tat um ein sozialetisch verwerfliches Geschehen handelt, „das elementare Anforderungen des Gemeinschaftslebens verletzt und so verwerflich ist, dass es gegebenenfalls auch mit längerem Freiheitsentzug belegt werden kann.“⁶⁸⁰ Nur falls eine solche Verwerflichkeit bejaht werden kann, ist der *Ultima-Ratio*-Grundsatz erfüllt und die Erforderlichkeit staatlichen Strafens zu bejahen.⁶⁸¹

⁶⁷⁶ Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 16 ff. der primär die Erforderlichkeit als Überlegung für die Legitimation staatlichen Strafens versteht; *Helwig*, DRiZ 2017, 92 ff. der die Angemessenheit staatlichen Strafens vornehmlich als Eingrenzung der Legitimation sieht.

⁶⁷⁷ *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 381.

⁶⁷⁸ Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 23, 24; vgl. Zusammenfassung in *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 370.

⁶⁷⁹ *Frisch*, NStZ 2016, 19.

⁶⁸⁰ *Frisch*, NStZ 2016, 24.

⁶⁸¹ *ebd.*, 23, 24; vgl. Zusammenfassung in *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 370 und *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 973.

Im Rahmen der Erforderlichkeit sei konkret zu prüfen, ob die Verhaltensweisen dem Kernstrafrecht näherstehen als dem Ordnungsunrecht. In diesem Zusammenhang sei zu fragen, ob die Tat ein so gewichtiges Unrecht umfasse, dass eine mehrmonatige Freiheitsstrafe für das Tatunrecht logisch vorstellbar ist.

Weiterhin sei zu prüfen, ob das Benennen der Handlung als Strafnorm und damit als besonders sozialetisch verwerflich, Kopfschütteln verursachen würde.⁶⁸² In diesem Fall sei von einer Einordnung der Handlung als Straftat abzusehen. Um eine Befolgung der strafrechtlichen Regelungen zu garantieren, müsse es für den Bürger logisch und einleuchtend sein, warum eine bestimmte Tathandlung nicht nur rechtswidrig, sondern darüberhinausgehend auch strafbar ist.⁶⁸³

Staatliches Strafen komme nach *Frisch* insgesamt „nur dann in Betracht (...), wenn es sich um sozialetisch verwerfliche, sozial unerträgliche und nicht nur um rechtswidrige und zu unterbindende Verhaltensweisen handelt“.⁶⁸⁴

(2) Angemessenheit

Eine ähnliche Ansicht legt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar ebenfalls dahingehend aus, dass der *Ultima-Ratio*-Satz eine strafrechtsspezifische Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei und dass dieser mit dem Schuldgrundsatz in Einklang gebracht werden müsse.⁶⁸⁵ Während der Schuldgrundsatz auf konkret-individueller Ebene die staatliche Strafgewalt begrenze, wirke das *Ultima-Ratio*-Prinzip auf abstrakt-genereller Ebene. Zusammen werden die beiden Prüfungspunkte „bildlich als zwei Seiten derselben Medaille“⁶⁸⁶ beschrieben.

Im Unterschied zur Meinung *Frischs*, findet sich die Prüfung des *Ultima-Ratio*-Satzes nach dieser Theorie in der Untersuchung wieder, inwieweit staatliches Strafen angemessen ist.

⁶⁸² Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 23, 24; vgl. Zusammenfassung in *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 370.

⁶⁸³ Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 24.

⁶⁸⁴ *ebd.*; Grundsätzlich in die ähnliche Richtung *Hamm*, NJW 2016, 1540 ff..

⁶⁸⁵ Vgl. *Helwig*, DRiZ 2017, 96 ff..

⁶⁸⁶ *ebd.*, 96.

Obwohl die Erforderlichkeit qua ihrer Definition, „kein milderes Mittel um den vorliegenden Zweck zu erreichen“⁶⁸⁷ dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz ähnele, sei von einer gemeinsamen Prüfung abzusehen.⁶⁸⁸ Vielmehr sei der *Ultima-Ratio*-Grundsatz innerhalb Angemessenheitsuntersuchung, also der Frage danach, inwieweit der beabsichtigte Zweck einer möglichen Strafnorm im Verhältnis zur Schwere einer Tathandlung stehe, zu verorten.

Das könne aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hergeleitet werden. So hatte das oberste Verfassungsgericht, beispielsweise in seiner Entscheidung zum Inzesttatbestand, entschieden, dass die Androhung der Strafe nach Art und Maß dem zugrundeliegenden Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein darf, was eben die Hervorhebung der Angemessenheitsprüfung als Legitimationsgrundlage für den Gesetzgeber betone.⁶⁸⁹

Zur Frage, wie die *Ultima-Ratio*-Prüfung im Details auszusehen hat, verlangen Vertreter dieser Ansicht, ähnlich wie *Frisch*, dass eine zu bestrafende Handlung gegen eine „besondere, eine sozialetisch fundierte Verhaltensnorm, ein sozialetisches Minimum“⁶⁹⁰ verstoßen haben muss um damit ein staatliches Strafen als *Ultima Ratio* zu begründen.

Als Kriterien zur Prüfung, wann ein solcher ‚sozialetische Vorwurf‘ im Sinne der *Ultima Ratio* angemessen sein kann, sehen Anhänger dieser Meinung die Nähe zum Kernstrafrecht,⁶⁹¹ den Grad der Bedrohung oder Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts⁶⁹² und die Verwerflichkeit der zum Ausdruck kommenden Gesinnung des vermeintlichen Täters.⁶⁹³

⁶⁸⁷ Vgl. *Helwig*, DRiZ 2017, 96.

⁶⁸⁸ *ebd.*

⁶⁸⁹ *ebd.*, 97.

⁶⁹⁰ *ebd.*, 97 mit Bezug auf BVerfGE 140, 317; vgl. auch *Frisch*, NStZ 2016, 20.

⁶⁹¹ Vgl. *Helwig*, DRiZ 2017, 97; kritisch hierzu *Roxin*, Strafrecht AT/1, § 2 Rn. 73 m.w.N.

⁶⁹² Vgl. *Helwig*, DRiZ 2017, 97; *Landau*, NStZ 2011, 542, *Landau*, ZStW 2009, 966 f..

⁶⁹³ Vgl. *Frisch*, Wesentliche Strafvoraussetzungen, 226; *Helwig*, DRiZ 2017, 97.

c) Eigenständigkeit des *Ultima-Ratio*-Prinzips

Ein letzter hier aufzuzeigender Meinungsstrang der Strafrechtswissenschaft geht dahin, dass es sich bei dem Prinzip der *Ultima Ratio* um einen eigenen und unabhängigen Prüfungspunkt innerhalb der Frage nach der Legitimation von Strafgesetzen handele.

aa) *Ultima Ratio* als Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung

Die bisher angesprochenen Uneinigkeiten in der Verortung der *Ultima Ratio* und fehlende übereinstimmende Definition des *Ultima-Ratio*-Prinzips nehmen Jahn und Brodowski unter der Begrifflichkeit einer ‚dreifachen Krise‘ des *Ultima-Ratio*-Prinzips als Ausgangspunkt der Aufstellung eines eigenen, neuen verfassungsdogmatischen Konzepts.⁶⁹⁴

Danach sei der *Ultima-Ratio*-Grundsatz dogmatisch verwertbar, indem er als relativ-rationale Schranke eingeordnet wird. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG lasse sich ein eigenes Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung herleiten. Eben dort sei der *Ultima-Ratio*-Grundsatz zu verorten.⁶⁹⁵

Nach dieser Theorie handle es sich beim Strafrecht im Allgemeinen, bei der Strafe im Speziellen gerade nicht um Tadel, Makel oder das sittliche Werturteil dem Täter gegenüber. Die Schuld, die im Rahmen eines Strafverfahrens festgestellt wird, könne durch eine Bestrafung nicht ausgeglichen werden. Vielmehr sei das gesetzliche Bestrafen ein „hoffnungslos unvollkommener, nicht selten auch empirisch untauglicher Ersatz“⁶⁹⁶ dafür, dass bisher kein gesellschaftliches Mittel gefunden wurde, um Straftaten zu verhindern.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 377 f..

⁶⁹⁵ *ebd.*

⁶⁹⁶ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 378.

⁶⁹⁷ *ebd.*, 377, 378.

Um diese Ersatzhandlung zu rechtfertigen, bedürfe es einer Überprüfung, die über einen Eingriff in die Freiheitsgrundrechte, speziell in das Persönlichkeitsrecht, hinausgeht. Strafe sei nach dieser Ansicht insgesamt am Grundrecht auf Freiheit von Sanktionen zu messen.⁶⁹⁸

Unter dieser Prämisse sei dem Gesetzgeber aufzutragen, die von ihm zu erlassenen Strafgesetze tiefergehender als bisher zu begründen. Außerdem sei eine Verknüpfung aus Verhaltens- und Sanktionsnorm herbeizuführen und der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugrunde zu legen. Im Rahmen der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens sei ein Offensichtlichkeitsmaßstab heranzuziehen, nach welchem ein Strafgesetz dann nicht erforderlich wäre, „wenn das verfolgte Regulierungsziel für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar durch andere, mildere Instrumente als Kriminalstrafrecht hinreichend effektiv erreichbar ist. Der Makel eines Verstoßes gegen den Grundsatz der ultima ratio muss daher dem Straftatbestand gleichsam auf die Stirn geschrieben stehen.“⁶⁹⁹

Im Hinblick auf die konkreten Vorgaben des *Ultima-Ratio*-Prinzips an den Gesetzgeber stimmt diese Meinung aber unter anderem *Landau*⁷⁰⁰ zu, indem festgestellt wird, dass eine noch ausstehende Klarstellung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abzuwarten wäre.⁷⁰¹ Da ein solches Erarbeiten von Maßstäben auch im Rahmen des Strafverfahrens- und Polizeirechts gängige Praxis wäre, sei auch im Rahmen der hiesigen Thematik in der Zukunft fest damit zu rechnen, dass das Bundesverfassungsgericht sich detailliert zur *Ultima Ratio* äußern und damit insgesamt für eine Klarstellung sorgen werde.⁷⁰²

⁶⁹⁸ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 377, 378.

⁶⁹⁹ *ebd.*, 380.

⁷⁰⁰ Vgl. oben V. 4. b) bb).

⁷⁰¹ Vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 2017, 379.

⁷⁰² *ebd.*

bb) Ultima Ratio als eigenständiger Prüfungspunkt

Auch der *Deutsche Anwaltverein* sieht in seiner Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des Rindfleischetikettierungsgesetzes das *Ultima-Ratio*-Prinzip als eigenständigen Verfassungsgrundsatz.⁷⁰³ Der *Ultima-Ratio*-Grundsatz sei eine eigenständige „Legitimationsgrenze für materiell-rechtliche Strafandrohung.“⁷⁰⁴

Diese Meinung erkennt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – entgegen *Jahn* und *Brodowski* – aber durchaus den mit einem Strafurteil verbundenen Makel für den Wert- und Achtungsanspruch des vermeintlichen Täters an und schlussfolgert daraus, dass ein Eingriff in diesen Anspruch mittels eines Strafgesetzes ohne Ausnahme das Merkmal des „wirklich letzten Mittels“⁷⁰⁵ erfüllen müsse.

Einen Zusammenschluss des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip halten Vertreter dieser Ansicht für ausgeschlossen. Diese Einordnung wird schon mit dem Wortsinn der *Ultima Ratio*, dem letzten möglichen Mittel, abgelehnt. Bereits der Begrifflichkeit nach lasse sich ein letztes Mittel nämlich weder steigern noch in irgendeiner Form abschwächen, sodass ein Einbeziehen dieses Prinzips in die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht passend sei.⁷⁰⁶ Zu einer Untersuchung der Verhältnismäßigkeit kann es daher überhaupt nur kommen, wenn ein zu erlassendes Strafgesetz die Einordnung als letztes Mittel passiert hat.⁷⁰⁷

Wann eine „einfache Rechtsgutsverletzung,“⁷⁰⁸ die im Rahmen anderer Rechtsgebiete abgedeckt werden kann in Abgrenzung zu einer tatsächlich „strafwürdigen, also pönalisierbaren Verhaltensweise“⁷⁰⁹ vorliegt, muss nach dieser Ansicht mittels positiver und negativer Tatbestandsmerkmale festgelegt werden.

⁷⁰³ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 324.

⁷⁰⁴ *ebd.*

⁷⁰⁵ *ebd.*, 325.

⁷⁰⁶ *ebd.*, 324.

⁷⁰⁷ *ebd.*

⁷⁰⁸ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 325.

⁷⁰⁹ *ebd.*

Diese Kriterien müssen generell überprüfbar sein.⁷¹⁰

Dabei nimmt der *Deutsche Anwaltverein* durchaus Bezug auf die Rechtsgutstheorie als „entscheidendes Kriterium für den Sinn und Zweck“⁷¹¹ staatlichen Strafens. Dies wird insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgeführt, die statuiert, dass „(d)as Strafrecht (...) als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes⁷¹² eingesetzt (wird), wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“⁷¹³ Nach Ansicht des *Deutschen Anwaltvereins* hat sich hieran auch nach der Rechtsprechung zum Geschwisterinzeist nichts geändert.⁷¹⁴

Insgesamt sei die Bejahung der *Ultima-Ratio*-Prüfstufe im Zusammenspiel mit der Rechtsgutslehre unproblematisch, solange es sich um das Kernstrafrecht und Tatbeständen zum Schutz von Leib, Leben, Gesundheit oder Vermögen dreht. Es dürfte nach dieser Ansicht ohne Weiteres zu begründen sein, dass es der Pönalisierung in diesem Zusammenhang bedarf und alternative rechtliche Mittel nicht gewinnbringend seien.⁷¹⁵

Demgegenüber sollte auch die Regelungen unproblematisch einordbar sein, die keinerlei konkrete Rechtsgutsgefährdung umfassen und damit als „rein ordnungsrechtliche Regelungen“⁷¹⁶ anzusehen sind.

In den übrigen Fällen, also außerhalb des absoluten Kernbereichs, habe der *Ultima-Ratio*-Gedanke hingegen eine ganz besondere Bedeutung als Appell an den Strafgesetzgeber, nämlich die Notwendigkeit einer stetigen Rechtfertigung des betroffenen Strafgesetzes.⁷¹⁷

⁷¹⁰ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 325.

⁷¹¹ *ebd.*, 325.

⁷¹² Hervorhebung durch die Autorin.

⁷¹³ BVerfGE 120, 224.

⁷¹⁴ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, 325, 326.

⁷¹⁵ *ebd.*, 325.

⁷¹⁶ *ebd.*

⁷¹⁷ Vgl. *Kempf*, AnwBl 2017, 36.

Für diese Fälle sei nach Ansicht des *Deutschen Anwaltvereins* zu fragen, welcher gesellschaftlich zuerkannte Wert dem Angriffsobjekt der in Frage stehenden Handlung zugrunde liegt.⁷¹⁸ Hierbei habe das oberste Verfassungsgericht in der Zukunft sowohl positive Tatbestandsmerkmale als auch negative Bedingungen zu schaffen, welche die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers einengen.⁷¹⁹

Erst die Untauglichkeit anderer rechtlicher Instrumente zur Erreichung des Ziels des Rechtsfriedens, der Normstabilisierung und der Sicherheit der Bürger könne den Einsatz von Kriminalstrafe rechtfertigen. Es müssten aber nicht nur alle übrigen rechtlichen Instrumente untauglich sein, vielmehr müsste zusätzlich das Strafgesetz erfolgversprechend sein, um künftige Rechtsbrüche derselben Art zu verhindern.⁷²⁰

5. Einordnung für die zugrundeliegende Arbeit

In der hiesigen Arbeit wird im Grundsatz der letztgenannten Ansicht des *Deutschen Anwaltvereins* gefolgt. Das Prinzip der *Ultima Ratio* stellt demnach einen eigenen, in sich selbstständigen Prüfungspunkt der Legitimation von Strafgesetzen dar, den der Strafgesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zu beachten hat.

Diese Schlussfolgerung basiert im Wesentlichen auf den nachfolgenden Gesichtspunkten.

a) Rückschluss aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Zunächst ist eine derartige Einordnung auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückzuführen. Im Rahmen der hier bereits erwähnten und relevanten Urteile des obersten Verfassungsgerichts wird das *Ultima-Ratio-Prinzip* nicht nur regelmäßig hervorgehoben.

⁷¹⁸ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 325.

⁷¹⁹ *ebd.*, 324, 325.

⁷²⁰ *ebd.*, 324, 325.

Vielmehr macht das Bundesverfassungsgericht besonders mit Umschreibungen und Definitionsansätzen wie das „Strafrecht (...) als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“, ⁷²¹ welches überhaupt nur zur Anwendung kommen soll, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verboten-sein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“ ⁷²² die Relevanz des Prinzips deutlich.

Dies zugrunde gelegt, kann nach der hier vertretenen Ansicht eine Auslegung der Rechtsprechung nur dahingehend erfolgen, dass es sich bei der *Ultima Ratio* um ein wesentliches und eigenständiges Grundprinzip des Strafrechts handeln muss.

Auch der Beschluss im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Rindfleischetiketierungsgesetzes hat nach der Ansicht der Autorin nichts Gegenteiliges zum Inhalt oder zur Folge.

Dass das oberste Verfassungsgericht sich dort zur *Ultima Ratio* nicht geäußert hat, bleibt für die Einordnung des Prinzips als eigenständigen Verfassungssatz außen vor. Dafür spricht bereits der dem Beschluss vorangegangene Hinweis des ehemaligen Präsidenten *Voßkuhle*, dass das betroffene Gesetz insbesondere vor dem Hintergrund „des Strafrechts als ultima ratio des Gesetzgebers“ ⁷²³ zu untersuchen sei. Er nimmt spezifisch Bezug auf etwaige besondere Anforderungen an die Legitimation von Strafgesetzen und verweist auf den „Gedanken der Prozeduralisierung mit Blick auf den Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers“. ⁷²⁴

Dass im späteren Urteil hierauf nicht eingegangen wurde, hat einzig den Grund, dass die Verfassungswidrigkeit des Rindfleischetiketierungsgesetzes bereits aus anderen Gründen festgestellt worden ist und eine Überprüfung anhand des *Ultima-Ratio*-Prinzips für die Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht entscheidungsrelevant war.

⁷²¹ BVerfGE 120, 224.

⁷²² *ebd.*

⁷²³ Az. beim BVerfG: 2 BvL 1/15. Vgl. dazu *Hamm*, NJW 2015, Editorial; *Hamm* NJW 2016, 1538.

⁷²⁴ *ebd.*

Darüber hinaus darf nicht verkannt werden, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinen Ausführungen, wie beispielsweise, dass strafrechtliches Vorgehen „den Wert- und Achtungsanspruch des Betroffenen“⁷²⁵ berührt, das Strafrecht zu den „intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt“⁷²⁶ und Strafe nur im „äußersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist“⁷²⁷ eingesetzt werden darf, deutlich zu erkennen gibt, dass es sich bei den Strafgesetzen und dessen Folgen in der Tat um den erheblichsten Eingriff handelt, der dem Staat zur Verfügung steht.

Eine Straftat und die damit einhergehende Verletzung fremder Rechte wird mit dem Mittel des Strafrechts in verschiedenen Intensitäten durch einen Eingriff in die Freiheitsgrundrechte des vermeintlichen Täters bis hin zur Freiheitsentziehung bestraft. Diese Bestrafung soll zwar auch einen Ausgleich zu dem begangenen Unrecht darstellen, hervorzuheben ist im vorliegenden Zusammenhang aber insbesondere der Vergeltungsaspekt, der das Strafrecht zu anderen Disziplinen unvergleichbar macht.⁷²⁸ Der Makel, den dieser Vergeltungsaspekt und das strafrechtliche Bestrafen generell innehaben, berührt den Täter in seinem Wert- und Achtungsanspruch und lastet nicht nur zum Zeitpunkt des Urteilsspruchs, sondern auch noch wesentlich längerfristig auf diesem.⁷²⁹

Ein derartig schwerer Eingriff in die Rechte des Täters kann nach der hier vertretenen Ansicht nur das wirklich allerletzte Mittel und stärkstes Schwert des Staates sein und muss daher stets mittels der *Ultima-Ratio*-Prüfung gerechtfertigt werden können.

⁷²⁵ Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07.

⁷²⁶ Vgl. BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 170.

⁷²⁷ Vgl. BVerfGE 39, 1.

⁷²⁸ Die Unvergleichbarkeit bezieht sich entgegen der oben genannten Ansicht von Braun, V. 4. cc) auch auf das Ordnungswidrigkeitenrecht.

⁷²⁹ Vgl. zum Wert- und Achtungsanspruch u.a. BVerfG, NJW 2004, 739.

b) Kein Unterpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die generelle Verfassungsmäßigkeitsprüfung von Gesetzen, insbesondere die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist in diesem Zusammenhang aber nicht ausreichend, sodass die Untergliederung des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes unter die Verhältnismäßigkeitsprüfung abzulehnen ist.

Zwar mag die Definition der Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere die Definition zur Erforderlichkeit, dem Prinzip der *Ultima Ratio* durchaus ähnlich sein.⁷³⁰ Allerdings handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht um zwei völlig unterschiedliche Prüfungspunkte, die auf unterschiedlichen Ebenen anzuordnen sind.

Während in der generellen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung zu fragen ist, ob es ein milderes Mittel als das betreffende Gesetz gibt, um den vorher festgestellten legitimen Zweck gleich erfolgreich zu erfüllen, ist im Rahmen des *Ultima-Ratio*-Prinzips zu prüfen, ob die Einordnung der zugrundeliegenden Tat als Strafgesetz das wirklich letzte mögliche Mittel ist.

Dabei ist nach Ansicht der Autorin gerade nicht zu prüfen, ob es, vergleichbar mit der Erforderlichkeitsprüfung, andere gleich erfolgreiche, aber mildere Mittel zur Herbeiführung des gewünschten Zwecks gibt. Mit diversen oben bereits aufgezeigten Meinungen ist hier nämlich hervorzuheben, dass der gewünschte Zweck im Strafrecht, anders als in allen übrigen Disziplinen, einer doppelten Aufgabe unterliegt und damit unvergleichbar ist.

Mit der Vereinigungstheorie liegt die Aufgabe einer Strafnorm nämlich, neben der Prävention vor weiteren Straftaten, vor allem auch im Vergeltungsgedanken für das begangene Unrecht.⁷³¹

⁷³⁰ Vgl. Ausführungen hierzu oben unter 4. b) bb).

⁷³¹ Vgl. oben 4. a) cc); Braun, MedR 2016, 280: Ausdrücklich: BSG, NZS 2001, 50; Maurach/Gössler/Zipf, AT/1, §1, Rn. 17.

Diese Vereinigung zwischen zwei zu verfolgenden Zwecken existiert aber der hier vertretenen Ansicht nach überhaupt nur im Kern- und im Nebenstrafrecht. Andere Disziplinen mögen durchaus einen Präventivcharakter haben, umfassen aber gerade nicht die Vergeltung, die das Strafrecht zu einer einzigartigen und unvergleichbaren Maßnahme des Staates macht. Nach alledem kann festgestellt werden, dass eine Vergleichbarkeit des Strafrechts zu anderen Disziplinen, wie es in der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorausgesetzt ist, denknotwendig schon nicht stattfinden kann.

Die Unvergleichbarkeit hat allerdings entgegen einer der oben dargestellten Ansichten,⁷³² nicht etwa zur Folge, dass das *Ultima-Ratio*-Prinzip keinerlei eigenständige Wirkung entfalten kann. Vielmehr muss gerade diese Grundlage als Argumentation nicht nur für das Bestehen, sondern gerade für die Eigenständigkeit des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes herangezogen werden.

Das Strafrecht ist das einzige staatliche Mittel mit Vergeltungscharakter und muss daher besonders und über den generellen Maßstab hinaus gerechtfertigt werden, mithin vor seiner Anwendung die Stufe der *Ultima Ratio* erreichen, um legitim zu sein.

Dabei ist auch der folgende Punkt hervorzuheben: In der vorliegenden Arbeit wird vertreten, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Teil der Verfassungsmäßigkeitsprüfung strikt von der Frage nach der *Ultima-Ratio*-Prüfung zu trennen ist. Dabei handelt es sich nicht nur um inhaltlich voneinander zu unterscheidende Prüfungspunkte.

Vielmehr findet sich der *Ultima-Ratio*-Grundsatz in der Legitimation von Strafgesetzen, mithin also im Aufgabenbereich der Strafgesetzgebung wieder, während die Überprüfung von Strafgesetzen mit der Verfassung und in diesem Zusammenhang die Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Aufgabenbereich des Bundesverfassungsgerichts fällt.⁷³³

⁷³² Siehe oben unter 4. a) bb) und cc).

⁷³³ Vgl. für die Unterschiedlichkeit von Rechtsgutsbegriff und Verhältnismäßigkeitsprüfung, Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 34. Dies., Tatproportionale Strafzumessung, 35 f., 62 f..

Nach all dem kann das *Ultima-Ratio*-Prinzip mithin nicht als wie auch immer gearteter Unterpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung angesehen werden.

c) Kontur des *Ultima-Ratio*-Prinzips

Im Hinblick auf den Hauptteil dieser Arbeit ist dem *Ultima-Ratio*-Prinzip als Prüfungspunkt für die Legitimation von Strafgesetzen nunmehr eine Kontur zu verleihen.

Zunächst ist dabei festzuhalten, dass das Prinzip seine Wirkung in zwei voneinander zu trennende Richtungen entfaltet. Nach dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz muss das Strafgesetz das letzte mögliche Mittel des Staates und darüber hinaus auch erfolgversprechend sein.

aa) Letztes Mittel

Um ein Strafgesetz zu legitimieren, muss es sich bei dieser Sanktionierungsform um das letzte dem Staat zur Verfügung stehende Mittel handeln.

(1) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Legitimation einer Strafnorm muss nach der hier vertretenen Ansicht unter Zugrundelegung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ein „bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz (...) wesentlich erscheint,“⁷³⁴ mithin die Rechtsgutslehre, sein.

Den Ansichten, die die Rechtsgutslehre ablehnen, indem sie dem Strafgesetzgeber die Gestaltungsfreiheit, mehr noch, die alleinige Gestaltungshoheit hinsichtlich strafrechtlicher Normen zusprechen, ist entgegenzutreten.⁷³⁵

⁷³⁴ BVerfGE 120, 224.

⁷³⁵ Vgl. zu den kritischen Stimmen *Appel*, Verfassung und Strafe, 46 ff, 336 ff.; *Engländer*, ZStW 2015, 616 ff., *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22 f; *Gärditz*, JZ 2016, 644, 645; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 21; *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 974; *Kudlich*, ZStW 2015, 635 ff., *Lagodny*, Grundrechte, 18 ff., 145 ff.; *Maas*, NStZ 2015, 305 ff..

Zwar betont auch das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber grundsätzlich frei ist, zu entscheiden, ob er ein bestimmtes Gut, das er als elementar erachtet, mit den Mitteln, die das Strafrecht zu bieten hat, verteidigen will.⁷³⁶

Dieser Umstand sowie die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht beispielsweise in der Inzestentscheidung seine Prüfung nach den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit aufgebaut und nicht etwa eine vorrangige Prüfung zum betroffenen Rechtsgut vorgenommen hat, nehmen Literaturstimmen zum Anlass zu behaupten, dass das Bundesverfassungsgericht sich gegen die Rechtsgutslehre ausgesprochen hat.⁷³⁷

Nach der Ansicht der Autorin kann aus der Rechtsprechung des obersten Verfassungsgerichts nicht auf eine generelle und vollumfassende Entscheidungsfreiheit des Strafgesetzgebers, welche Tatgeschehen er unter Strafe stellen will, geschlossen werden.

Vielmehr muss auf die oben Bezug genommene Aussage des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Entscheidungsfreiheit des Strafgesetzgebers dahingehend verstanden werden, dass dieser dann, wenn eine Verletzungshandlung alle Tatbestandsvoraussetzungen der Legitimation von Strafgesetzen erfüllt hat, also insbesondere ein schützenswertes Rechtsgut zugrunde liegt, frei entscheiden kann, ob er dieses mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen versucht.

Die Freiheit des Strafgesetzgebers entsteht damit überhaupt erst dann, wenn ein zu schützendes Rechtsgut vorliegt und auch die noch zu definierenden Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.⁷³⁸

⁷³⁶ BVerfGE 120, 224.

⁷³⁷ Vgl. oben, II. 4.

⁷³⁸ So auch *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07.

Dies kann gerade aus den Aussagen des obersten Verfassungsgerichts geschlussfolgert werden, dass der Strafgesetzgeber „bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut,⁷³⁹ dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei (ist)“.⁷⁴⁰

Auch ist aus dem Inzesturteil nichts Anderes abzuleiten. Die Ansichten, dass darin eine Abkehr oder Ablehnung der Rechtsgutslehre zum Ausdruck kommt, gehen fehl. Vielmehr ist hier nochmals hervorzuheben, dass die Prüfung nach dem zugrundeliegenden Rechtsgut innerhalb der *Ultima-Ratio*-Prüfung unter einem völlig anderen Blickwinkel zu betrachten ist, als die Verfassungsmäßigkeitsprüfung.⁷⁴¹

Es ist nochmals hervorzuheben, dass der *Ultima-Ratio*-Grundsatz den Strafgesetzgeber verpflichtet, während die Verhältnismäßigkeit das Prüfungsprogramm des obersten Verfassungsgerichtes umfasst.

Dass das Bundesverfassungsgericht die Rechtsgutslehre im Inzesturteil nicht ausdrücklich in sein Prüfprogramm aufgenommen hat, folgt bereits aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz, der den eingeschränkten Kontrollspielraum des obersten Verfassungsgerichts beinhaltet.⁷⁴² Mithin ist aus diesem Urteil keineswegs eine Ablehnung der Rechtsgutslehre zu entnehmen.

Auch handelt es sich bei der Rechtsgutslehre nicht um ein überholtes und unwirksames Kriterium, mit dessen Hilfe man nicht in der Lage wäre, die Gegenwart in Ihren politischen und gesellschaftlichen komplexen Zusammenhängen abzubilden.⁷⁴³

⁷³⁹ Hervorhebung durch die Autorin

⁷⁴⁰ Vgl. BVerfGE 50, 142; zur Grenzziehung zwischen kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht BVerfGE 27, 18 m.w.N.

⁷⁴¹ Vgl. oben V. 5. b) sowie Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 34. Dies., Tatproportionale Strafzumessung, 35 f., 62 f..

⁷⁴² Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 34; Kissel, Aufrufe zum Ungehorsam, 244 f.; Nelles/Velten, NStZ 1994, 370.

⁷⁴³ Vgl. zu den kritischen Stimmen Benthin, Subventionspolitik, 140; Engländer, ZStW 2015, 616 ff., Frisch, NStZ 2016, 16, 22 f.; Kudlich, ZStW 2015, 635 ff., Maas, NStZ 2015, 305 ff.; Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter, 156; Stratenwerth, FS für Lenckner, 260; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 2, Rn. 10, 11; zur Fixierung auf den Begriff vgl. Frisch, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur, 216 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 17; Roxin, AT/1, § 2 C, Rn. 16; Stratenwerth, FS für Lenckner, 388; Schünemann Rechtsgüterschutzprinzip, 137.

Die Kritik, die Rechtsgutslehre führe zu einer Fixierung auf eine Begrifflichkeit und starren Festlegung der Rechtsgüter, ohne dass auf zukünftige Entwicklungen und gesellschaftliche Veränderungen eingegangen werden kann, geht ebenfalls fehl.⁷⁴⁴

Unabhängig davon, welcher Definition eines legitimen Rechtsguts man im Detail den Vorrang gibt, so haben die Ausgestaltungsversuche in jedem Fall eine Gemeinsamkeit. Keine dieser Definitionen, seien es mit der Rechtsprechung „geschützte Gemeinschaftsbelange“⁷⁴⁵ oder „elementare(...) Werte(...) des Gemeinschaftslebens“⁷⁴⁶, „Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“⁷⁴⁷, „gewichtige(...), elementare(...) Gemeinschaftsgüter(...)“⁷⁴⁸, „rechtlich geschützte Interessen“⁷⁴⁹, „verletzbare, schützenswerte Zustände“⁷⁵⁰ oder „schutzbedürftige menschliche Interessen“⁷⁵¹ ist starr oder von vorne herein fixiert.

Durch diese Definitionsansätze, ist der Gesetzgeber sehr wohl in der Lage, auf gesellschaftliche Veränderungen zu reagieren und die dem Strafrecht zugrundeliegenden und mit dem schärfsten Schwert zu schützenden Rechtsgüter anzupassen, zu ergänzen und, wenn nötig, auch zu streichen.

Wenn es um menschliche, schützenswerte Zustände oder elementare Gemeinschaftsgüter geht, dann sind diese Tatbestandsmerkmale zunächst weit ausleg- und auf gesellschaftliche Entwicklungen anpassbar.

Im Ergebnis wird für die vorliegende Arbeit dem Definitionsansatz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefolgt. Ein zu schützendes Rechtsgut liegt damit vor, wenn ein elementarer Wert des Gemeinschaftslebens betroffen ist.⁷⁵²

⁷⁴⁴ So im Ergebnis auch *Benthin*, Subventionspolitik, 140; *Engländer*, ZStW 2015, 616 ff., *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22 f.; *Kudlich*, ZStW 2015, 635 ff., *Maas*, NStZ 2015, 305 ff.; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter, 156; *Stratenwerth*, FS für Lenckner, 260; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 2, Rn. 10, 11.

⁷⁴⁵ BVerfGE 89, 334.

⁷⁴⁶ BVerfGE 88, 203.

⁷⁴⁷ BVerfGE 89, 334.

⁷⁴⁸ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 24.

⁷⁴⁹ Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, AT/1, §19, Rn. 8.

⁷⁵⁰ Vgl. *Jäger*, Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 13.

⁷⁵¹ Vgl. *NK/Hassemer*, vor § 1, Rn. 287.

⁷⁵² Vgl. BVerfGE, 88, 203.

Dieser Definitionsansatz wird favorisiert, da er, entgegen vieler anderer, bereits unmittelbar eine begrenzende Funktion für betroffene Rechtsgüter enthält. Indem das Rechtsgut einen elementaren Wert für das Gemeinschaftsleben beinhalten muss, wird hervorgehoben, dass nicht jedes Gemeinschaftsgut, jedes Interesse der Gemeinschaft oder jeder mögliche verletzbare Zustand umfasst sein kann.

Natürlich kann trotzdem kritisiert werden, dass die Definition wage und vor allem sehr weit gefasst sei. Es darf hier aber nicht aus den Augen verloren werden, dass die Frage nach dem zugrundeliegenden Rechtsgut und damit die Prüfung nach der Rechtsgutstheorie nur den Einstieg in die *Ultima-Ratio*-Prüfung darstellt. Begrenzende Faktoren sind selbstverständlich erforderlich und werden im weiteren Verlauf der Arbeit auch dargestellt.

(2) Ergänzungen zur Rechtsgutslehre

Nachdem festgestellt wurde, dass das mit dem Strafgesetz zu schützende Rechtsgut ein solches von elementarem Wert für das gesellschaftliche Zusammenleben darstellt, sind also weitere Punkte zu beachten.

(a) Nähe zum Kernstrafrecht

Das betroffene Rechtsgut muss auch eine gewisse Nähe zum Kernstrafrecht ausweisen. Einen solcher Zusammenhang mit dem Kernstrafrecht wird von den unterschiedlichsten Literaturstimmen, auch denjenigen, die den *Ultima-Ratio*-Grundsatz als eigenständigen Prüfungspunkt nicht anerkennen, gefordert.⁷⁵³

Dabei wird unter anderem auch vertreten, dass das *Ultima-Ratio*-Prinzip und das Kernstrafrecht keine Schnittmenge gemein haben, sondern vielmehr das *Ultima-Ratio*-Prinzip überhaupt nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn das zugrundeliegende Rechtsgut nicht dem Bereich des Kernstrafrechts zuzuordnen ist.⁷⁵⁴

⁷⁵³ Vgl. oben u.a. Frisch, NStZ 2016, 16 ff.; Helwig, DRiZ 2017, 92 ff..

⁷⁵⁴ Vgl. Kempf, AnwBl 2017, 36.

Der *Deutsche Anwaltverein* sieht die *Ultima-Ratio*-Prüfung für den Fall eines Rechtsguts aus dem Kernstrafrecht als völlig unproblematisch an. In diesem Fall sei zweifelsfrei begründbar, dass eine Strafbewährung notwendig und andere Mittel nicht ausreichend seien.⁷⁵⁵

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Frage nach der Nähe zum Kernstrafrecht für jeden Straftatbestand relevant. Dieser Prüfungspunkt verliert weder an Relevanz, wenn ein Rechtsgut als dem Kernstrafrecht unterfallend eingeordnet wird, noch betrifft er nur Rechtsgüter, die außerhalb des Kernstrafrechts befindlich sind.

Vielmehr muss für jedes Gesetzesvorhaben separat und einzeln überprüft werden, ob es dem Kernstrafrecht unterliegt oder nicht.

Dabei ist für die vorliegende weitere Untersuchung die allgemeine Definition, beim Kernstrafrecht handle es sich um den Kernbereich des Strafrechts und damit im Ergebnis um die Normen des Allgemeinen und Besonderen Teils des Strafgesetzbuches,⁷⁵⁶ noch weiter einzugrenzen und trennschärfer auszugestalten.

Eine Beschränkung auf die Schutzrichtungen der nichtamtlichen Überschriften des Besonderen Teils des Strafrechts weist zwar eine erste Richtung, ist jedoch noch nicht ausreichend, Auskunft darüber zu geben, wie das Kernstrafrecht zu definieren ist. Nicht selten steht nämlich auch die Legitimation eines gesamten Kapitels des Strafgesetzbuches unter ähnlichen wie den hiesigen Untersuchungen in der Kritik.⁷⁵⁷

Vorliegend soll aber untersucht und herausgefiltert werden, welchen Normen keine ausreichende Legitimation zugrunde liegt. Dabei werden in dieser Arbeit ausschließlich Normen untersucht, die im Besonderen Teil des Strafrechts enthalten sind und damit einer dieser nichtamtlichen Überschriften unterfallen.

⁷⁵⁵ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 325.

⁷⁵⁶ Vgl. u.a. Schönke/Schröder/Hecker, Vor § 1, Rn. 3.

⁷⁵⁷ Vgl. beispielsweise die Untersuchung von Hörnle zu allen vier Normen unter dem Elften Abschnitt, Straftaten, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen, Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 340 ff..

Dies allein kann in der vorliegenden Arbeit also keine Auskunft darüber geben können, ob die Norm dem Kernstrafrecht unterfällt.

Vielmehr soll das Kernstrafrecht für die vorliegende Arbeit nur solche Normen umfassen, die dem Schutz von Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Vermögen, Rechtsstaat, öffentliche Ordnung, Wahrheit und Redlichkeit im Rechtsverkehr und im Umgang mit der Justiz, dienen.⁷⁵⁸

Unabhängig davon, ob eine Norm dem Kernstrafrecht unterfällt oder nicht, ist mit der Prüfung fortzufahren. Für den Fall, dass einer zu untersuchenden Norm oder geplanten Gesetzesänderung der Schutz eines der genannten kernstrafrechtlichen Rechtsgüter zugrunde liegt, ist weiter zu fragen, welche Gefahr für dieses Rechtsgut durch die Tat besteht und in welcher Intensität der Eingriff zu erwarten ist.

Es ist hierbei zu verhindern, dass zwar ein zugrundeliegendes und schützenswertes Rechtsgut vorliegt, aber die Gefährdung so weit entfernt oder eine Verletzung so geringfügig ist, dass auf ein strafrechtliches Vorgehen verzichtet werden kann.⁷⁵⁹ Auf diese Art und Weise können beispielsweise die abstrakten Gefährdungsdelikte auf ein Minimum reduziert werden.

Auf der anderen Seite ist für den Fall, dass das zugrundeliegende Rechtsgut dem Kernstrafrecht nicht unmittelbar zuzuordnen ist, stets zu fragen, wie nahe das Rechtsgut dem Kernstrafrecht und den dort enthaltenen Regelungen steht.

(b) Sozialschädlichkeit des Verhaltens

Bei der zu bestrafenden Handlung muss es sich außerdem um sozialschädliches Verhalten handeln.⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ Ähnliche Aufzählung vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 325.

⁷⁵⁹ Vgl. *Hamm*, NJW 2016, 1537 f..

⁷⁶⁰ Vgl. im Ursprung schon in der Zeit der Aufklärung: *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 19; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 9; später auch *Frisch*, NStZ 2016, 23, 24; *Jäger*, Strafgesetze und Rechtsgüterschutz, 122 f.; *Rudolphi*, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, 167 f..

Der Ansicht, dass es darauf ankomme, dass ein Tatgeschehen als besonders sozialetisch verwerflich und unerträglich eingeordnet werden und beim Betrachter insbesondere Kopfschütteln hervorrufen müsse,⁷⁶¹ kann aber nicht gefolgt werden. Danach müsste der Täter nämlich gegen eine „besondere, eine sozialetisch fundierte Verhaltensnorm, ein sozialetisches Minimum“⁷⁶² verstoßen haben, wobei der Verwerflichkeit seiner Gesinnung erhebliche Bedeutung zukommen solle.⁷⁶³

Mit allem, was bisher vorgetragen wurde, ist eine sozialetische Verwerflichkeit auf der Tatbestandsebene der Legitimation von Strafgesetzen unbedingt zu verneinen. Überlegungen basierend auf Sozialetik, Sittlichkeit, Gesellschaftspolitik und ‚Kopfschütteln‘ sollen nach der Ansicht der Autorin unter keinen Umständen legitime Grundlagen für ein Strafgesetz sein.

Gerade eine solche Vorgehensweise führte in der Vergangenheit dazu, dass das Strafrecht immer mehr ausuferte, unübersichtlich und missverständlich geworden ist.

Das bedeutet aber nicht, dass diese Gesichtspunkte im Strafrecht keinen Platz hätten. Alle diese Anhaltspunkte kommen zur Anwendung, sobald es um die Frage nach der Schuld und nach der schuldangemessenen Bestrafung geht. Dort wird relevant, welche sozialetischen, moralischen und gesellschaftspolitischen Grenzen der Täter überschritten hat und ob seine Tat besonderes Kopfschütteln in der Gesellschaft hervorruft.

Für die Frage nach der Legitimation von Strafgesetzen ist mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr davon auszugehen, dass die Strafbewährung eines bestimmten Verhaltens auf der Frage basiert, ob das Verhalten „über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 23, 24; Grundsätzlich in die ähnliche Richtung *Hamm*, NJW 2016, 1540 ff.; *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 973; *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 370.

⁷⁶² *Helwig*, DRiZ 2017, 97.

⁷⁶³ Vgl. *Frisch*, Wesentliche Strafvoraussetzungen, 226; *Helwig*, DRiZ 2017, 97.

⁷⁶⁴ BVerfGE 120, 224.

Das Bundesverfassungsgericht legt den Fokus für staatliches Strafen demnach nicht etwa auf die Gründe des Verhaltens oder das gesellschaftliche Dafürhalten einer Norm. Es muss vielmehr, nachdem ein anerkanntes und schützendeswertes Rechtsgut festgestellt wurde, ein Blick in die Zukunft vorgenommen und sich gefragt werden, welche gesellschaftsschädigenden Folgen eine Verletzung dieses Rechtsguts für das Gemeinschaftsleben hat.⁷⁶⁵

Nur wenn dieses Verhalten der Gesellschaft unter keinen Umständen zugemutet werden kann und damit auch der Schutz vor solchen Handlungen unbedingt notwendig ist, kann die Sozialschädlichkeit der Handlung bejaht und eine diesbezügliche Strafnorm gerechtfertigt werden.

(c) Wertneutrale Betrachtungsweise

Die Einordnung, ob es sich beim zugrundeliegenden Rechtsgut um ein elementares Gemeinschaftsgut handelt und ob die Tathandlung tatsächlich sozialschädlich ist, muss auf einer wertneutralen und ‚unaufgeregten‘ Betrachtungsweise basieren.

Bei der Implementierung von strafgesetzlichen Normen handelt es sich um Rechtsakte, die von Juristen vorgenommen, durchgeführt und später auch überprüft werden. Es handelt sich um generelle, formaljuristische Gesetzgebungsverfahren, die sich nicht von jeder anderen Gesetzgebung, beispielweise also auch nicht von der Steuergesetzgebung, unterscheidet.

Was die Themenbereiche aber sehr wohl unterscheidet, ist die gesellschaftliche und gesellschaftspolitische Relevanz der Strafgesetzgebung, auf die in dieser Arbeit bereits hingewiesen wurde. Es fällt dem Bürger leichter, sich eine Meinung über das Strafrecht zu bilden, da dieses rechtlich vermeintlich einfacher zu überblicken und näher am Leben des Bürgers ist als beispielsweise das Steuerrecht.

⁷⁶⁵ So auch Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 325. (Für diese Fälle sei nach der Ansicht des Deutschen Anwaltvereins zu fragen, welcher gesellschaftlich zuerkannte Wert dem Angriffsobjekt der in Frage stehenden Handlung zugrunde liegt.)

Natürlich brodeln bei Bekanntwerden schrecklicher Tathergänge die Emotionen in der Gesellschaft hoch und Forderungen nach Bestrafung bis hin zur Todesstrafe werden laut. Zuletzt scheint es natürlich auch aus politischer Sicht verlockend, mittels der Strafgesetzgebung eine politische Aktivität nachzuweisen und den Bürger, in diesem Fall den Wähler, zu beruhigen, in Sicherheit zu wiegen und zufriedenzustellen.⁷⁶⁶

Genau diese aufgeregte, gesellschaftlich und politisch beeinflusste Vorgehensweise muss aus juristischer und gesetzgeberischer Sicht für die Zukunft ausbleiben. Während die Gesellschaft selbst bereits an zwei Prüfungspunkten, nämlich im Rahmen der Frage nach dem gesellschaftlichen Wert des Rechtsguts sowie der Frage nach den sozialschädlichen Folgen eines Handelns, in die Legitimationsprüfung von Strafgesetzen miteinzubeziehen ist, muss als negatives Tatbestandsmerkmal die Rückfrage gestellt werden, ob es sich bei dem Vorgang in der Tat um ein legitimes – und vor allem neutrales – Vorgehen handelt, oder ob eine überschreitende Beeinflussung durch Gesellschaft und Politik vorliegt.

Es muss sich bei jeder Erweiterung eines Tatbestands und jeder Neunormierung gefragt werden, ob lediglich ein Impuls zu diesem Vorhaben aus der Gesellschaft oder der Politik resultiert oder ob ein solches Vorhaben auch ohne Forderungen aus dieser Richtung relevant geworden wäre.

In diesem Zusammenhang ist auch unbedingt zu verhindern, dass Gesetzgebungsverfahren rein aus politischen Gründen und bevorstehenden Neuwahlen beschleunigt werden.⁷⁶⁷ So ist beispielsweise dafür Sorge zu tragen, dass Sachverständige, die zum Gesetzgebungsvorhaben angehört werden sollen, stets ausreichend Zeit haben, ein entsprechendes Gutachten vorzubereiten. Es sind für jedes Gesetzgebungsverfahren neben der Strafrechtswissenschaft auch die Exekutive zum geplanten Vorgang anzuhören.⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ Vgl. zu all dem oben unter III. 2. a); III. 6; vgl. auch *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4, 5, 9 ff..

⁷⁶⁷ Vgl. u.a. das kritisierte Gesetzgebungsverfahren nach der Edathy Affäre oben *Krause*, MMR 2016, 665.

⁷⁶⁸ Vgl. auch *Zabel*, ZRP 2016, 202.

Nur so kann sichergestellt werden, dass eine ausreichende Sichtweise auf den geplanten Gesetzgebungsprozess eingenommen wurde und nicht ein reines Reagieren auf gesellschaftspolitische Forderungen erfolgt ist.

Die verschiedenen Stadien eines Gesetzgebungsverfahrens müssen rechtmäßig eingehalten werden, auch wenn das zur Folge hat, dass ein Gesetzesvorhaben nicht in einer Legislaturperiode abgeschlossen und der Wähler damit möglicherweise nicht zufriedengestellt wird.

Zusammenfassend darf die Strafgesetzgebung nicht, genauso wenig wie jede andere Gesetzgebung, unmittelbar und ungefiltert abhängig von Gesellschaft und Politik sein. Es ist daher nach der Vornahme der ersten beiden Prüfpunkte das Vorhaben neutral und ‚unaufgeregt‘ einer Gegenprüfung zuzuführen.

(3) Insuffizienz alternativer Mittel

Um tatsächlich zu garantieren, dass es sich bei dem betroffenen Strafgesetz um das letzte mögliche Mittel des Staates handelt, muss in einem letzten Schritt unter dem Prüfungspunkt ‚letztes Mittel‘ festgestellt werden, dass jede alternative Vorgehensweise gegen das sozialschädliche Verhalten insuffizient ist.⁷⁶⁹

Dabei ist ausschließlich auf den Präventivgedanken des Strafgesetzes einzugehen. Wie oben bereits festgestellt, kommen alternative Mittel hinsichtlich des Vergeltungsgedanken des Strafrechts nicht in Betracht.⁷⁷⁰

Mittels dieser negativen Bedingung der Legitimation von strafrechtlichem Vorgehen soll zwischen zwar sozialschädlichen, aber im Ergebnis einfachen Rechtsgutsverletzungen, denen mit den verschiedenen Sanktionsdisziplinen sowie dem Ordnungsrecht begegnet werden kann und den tatsächlichen pönalisierbaren Verhaltensweisen unterschieden werden, die den Einsatz von Strafrecht rechtfertigen.⁷⁷¹

⁷⁶⁹ Vgl. etwa Bittmann, NStZ 2016, 255; Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 324; Hamm, NJW 2016, 1541, 1542; Landau, NStZ 2015; 666, 667.

⁷⁷⁰ Siehe oben, V. 5. b).

⁷⁷¹ Vgl. Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 324 unter dem Stichwort der „Erforderlichkeit der Strafbewehrung von Rechtspflichten und Verboten“.

Entgegen der Kritik von *Frisch* bedeutet das aber gerade nicht, dass das Strafrecht immer dann ausscheidet, wenn irgendein anderes Mittel existiert.⁷⁷²

Nach seinem Verständnis und der daraus resultierenden Beanstandung müsste auf das Strafrecht immer dann verzichtet werden, wenn ein anderes Mittel existiert, wobei bedeutungslos ist, ob dieses Mittel einen erheblich geringeren Präventionseffekt hat oder deutlich höhere Belastungswirkungen entfaltet, wie beispielsweise umfassende Überwachungsmaßnahmen aller Bürger.⁷⁷³

Unter diesem Prüfungspunkt ist vielmehr zu untersuchen, ob überhaupt andere mögliche staatliche Vorgehensweisen denkbar sind, um gegen das vorgeworfene Verhalten eines vermeintlichen Täters vorzugehen. Dabei kann die Kritik *Frischs* neutralisiert werden. Die Prüfung basiert nämlich gerade nicht auf der Frage, ob es alternative, irgendwie denkbare Mittel gibt, sondern vielmehr ob derartige Mittel tatsächlich möglich sind. Darunter ist zu bedenken, ob ein alternatives Mittel tatsächlich nach den gegenwärtigen Regelungen der Bundesrepublik Deutschland existent, rechtlich und tatsächlich möglich und durchsetzbar ist.

Der kritische Vortrag, dass allgegenwärtige und vollumfängliche Überwachungsmaßnahmen dazu führen könnten, dass von sozialschädlichen Handlungen Abstand genommen wird, muss damit als unerheblich abgetan werden.

Solche Maßnahmen kommen bereits nach den Regelungen des Grundgesetzes nicht in Betracht und sind damit auch nicht mit einem strafrechtlichen Vorgehen in Relation zu setzen.

Ist ein alternatives staatliches Mittel festgestellt, ist weiterhin zu fragen, ob dieses in der Tat dazu geeignet ist, das sozialschädliche Verhalten für die Zukunft zu verhindern. Dabei ist nochmals hervorzuheben, dass es nicht zu einer vergleichenden Prüfung mit der strafrechtlichen Vorgehensweise kommt.⁷⁷⁴

⁷⁷² Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 23.

⁷⁷³ *ebd.*

⁷⁷⁴ Vgl. bereits mehrfach u.a. V. 5. b).

Es ist vielmehr davon getrennt zu untersuchen, ob das alternative Mittel aus einer anderen Disziplin dazu in der Lage ist oder, sollte dieses erst noch geschaffen werden müssen, in der Lage sein wird, das sozialschädliche Verhalten zukünftig zu verhindern.

bb) Erfolgversprechend

Um dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zu genügen, hat ein Strafgesetz aber nicht nur das letzte mögliche Mittel des Staates, sondern, darüberhinausgehend, auch erfolgversprechend zu sein.⁷⁷⁵

Es müsste jedenfalls hinreichend wahrscheinlich sein, dass gerade die Androhung von Strafe künftige Täter von der Begehung der Tat abhalten würde.

Andernfalls wäre zu befürchten, dass jegliche gesellschaftlichen Probleme, denen keine geeignete Lösung zugeführt werden konnten, ins Strafrecht verschoben werden. Das Strafrecht würde zu einer Art Abstellgleis für jedwede ungelösten gesellschaftlichen Probleme umfunktioniert.

Aber genau dieses Verlagern jeglicher Probleme, die in einer Gesellschaft auftauchen und zunächst schwer oder nicht lösbar erscheinen, soll mittels der *Ultima-Ratio*-Prüfung eingedämmt und bestenfalls verhindert werden.

Daher ist es elementar, dass neben der Definition als letztes Mittel des Staates, im Rahmen der *Ultima-Ratio*-Prüfung auch die Frage nach einem möglichen Erfolg eines Strafgesetzes gestellt wird.

Dabei darf es nicht um eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gehen, dass künftig Taten, die nunmehr unter Strafe gestellt sind, überhaupt nicht mehr stattfinden werden.

Der Präventivcharakter von strafrechtlichem Vorgehen, insbesondere von Strafe, steht generell im Zweifel, wobei wissenschaftlichen Studien hierzu keine eindeutigen Ergebnisse überliefern.⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 324, 325, dort unter dem Stichwort der „Eignung“.

⁷⁷⁶ Vgl. dazu *Hanssen*, ZRP 2002, 320: aussagekräftige Studien dazu lägen nicht vor.

Selbst wenn aber ein Erfolg in diese Richtung zu verzeichnen ist, lässt sich noch immer nicht mit Gewissheit sagen, ob das Ausbleiben des Tatverhaltens auf eine Strafandrohung selbst oder die Aufklärung über die Risiken der Begehung die Bürger von der Tatbegehung abhalten.⁷⁷⁷

Nichtsdestotrotz ist im Rahmen dieses Prüfungspunktes zu überprüfen, ob die Strafbewährung dieses bestimmten Verhaltens dazu führen kann, dass in Zukunft das betroffene Rechtsgut geschützt und vor Eingriffen bewahrt werden kann.

Aus der Tatsache, dass im Zweifelsfall dieser Prüfungspunkt dazu führt, dass nach dem bisher festgestellten kein alternatives Mittel existiert, um das sozialschädliche Verhalten für die Zukunft zu verhindern, dass aber auch der Einsatz von Strafgesetzen keinen Erfolg verspricht, resultiert nicht die Ungeeignetheit desselbigen.

In einer solchen Situation muss die Gesetzgebung einen alternativen Weg finden, um diesem Problem zu begegnen. Die Tatsache alleine, dass es diesen alternativen Weg noch nicht gibt, darf, wie bereits mehrfach hervorgehoben, nicht für sich genommen den Einsatz des Strafrechts rechtfertigen. Ein Verschieben aller staatlich bisher ungelöster Probleme ins Strafrecht muss mit dem Mittel der *Ultima-Ratio*-Prüfung unbedingt verhindert werden.

⁷⁷⁷ Siehe oben unter IV. 6; vgl. auch *Hanssen*, ZRP 2002, 320; *Heinrich*, KriPoZ 2017, 9 ff.; *Schünemann*, ZRP 2015, 69 f..

VI) Praktische Anwendung des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes

Im Rahmen dieses Kapitels sollen nunmehr die bisher erarbeiteten Erkenntnisse hinsichtlich des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes als eigenen Prüfungspunkt der Legitimation von Strafgesetzen praktisch angewendet werden.

Hierbei werden die in Kapitel III. untersuchten Normen der *Ultima-Ratio*-Prüfung unterzogen und auf Ihre Kompatibilität mit eben diesem Grundsatz überprüft. Es werden, soweit erforderlich, Änderungsvorschläge gemacht oder gegebenenfalls eine Streichung von Tatbestandsvoraussetzungen, Absätzen oder der gesamten Norm angeregt.

1. Vergewaltigung und sexuelle Nötigung § 177 StGB

§ 177 StGB, die Strafbarkeit der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung, wird, nach seiner Überarbeitung im Rahmen der 50. Änderung des Strafgesetzbuchs 2016, unter anderem als ‚Angriff auf die Entmoralisierung des Strafrechts‘, mehr noch, als Inbegriff einer ‚Übermoralisierung‘ kritisiert.⁷⁷⁸

In der zum Verfassungszeitpunkt dieser Arbeit aktuellen Fassung trägt § 177 StGB den folgenden Wortlaut:

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) 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

- 1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,*
- 2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,*
- 3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,*
- 4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder*
- 5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.*

⁷⁷⁸ Vgl. Kapitel III, 1. a; Herzog, Moralische Kreuzzüge, 1; Körner, LTO 19.04.2016.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,
2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder
3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder
2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(7) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,
2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder
3. das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(8) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder

2. das Opfer

a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder

b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Untersuchungsrelevant sind für die vorliegende Arbeit die Tatbestandalternativen § 177 Abs. 1 StGB, sowie § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB, welche auf Ihre Vereinbarkeit mit dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zu überprüfen sind.

a) Letztes Mittel

Unter dem ersten Prüfungspunkt ist zu untersuchen, ob es sich bei dem Straftatbestand des sexuellen Übergriffs gegen den erkennbaren Willen, § 177 Abs. 1 StGB, und dem sexuellen Übergriff unter Ausnutzung verschiedener Fallkonstellationen, § 177 Abs. 2 StGB,⁷⁷⁹ um das letzte, dem Staat zur Verfügung stehende Mittel gegen derartige Vergehen handelt. Dabei werden, wie unter Kapitel V. in der Theorie aufgezeigt, die folgenden Prüfungsunterpunkte relevant.

Dem Strafgesetz muss ein anerkanntes Rechtsgut zugrunde liegen, welches von elementarem Wert für das gesellschaftliche Zusammenleben ist. Die Gefährdung dieses Rechtsguts darf nicht nur völlig abstrakt vorliegen und bei der Verletzungshandlung muss es sich um ein besonders sozialschädliches Verhalten handeln. Es ist sodann eine wertungsneutrale Korrektur anzuwenden und schließlich zu prüfen, ob andere Mittels als das Strafrecht in der Tat insuffizient sind. Zuletzt ist zu untersuchen, ob die Anwendung des Strafrechts im vorliegenden Fall auch erfolgversprechend sein kann.

aa) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt

Zunächst ist also zu prüfen, ob § 177 StGB, insbesondere den Absätzen 1 und 2, ein anerkanntes Rechtsgut zugrunde liegt. Nach der oben ausgearbeiteten Definition wäre das der Fall, wenn es sich um ein bestimmtes Rechtsgut handelt, dessen Schutz als besonders wesentlich erscheint.⁷⁸⁰

Dem § 177 StGB liegt das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zugrunde.⁷⁸¹ Es handelt sich dabei um einen Bestandteil der individuellen Freiheit der Person, wird unter anderem aus der Menschenwürde hergeleitet und stellt damit ein besonders erhebliches Rechtsgut dar, das seit 1973 explizit im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches geschützt wird.⁷⁸²

⁷⁷⁹ Vgl. BeckOK/v. Heintschel-Heinegg, StGB, § 177, Rn. 7.

⁷⁸⁰ Vgl. oben, BVerfGE 120, 224.

⁷⁸¹ Vgl. BT-Drucks, 6/1552; NK/Frommel, StGB, § 177, Rn. 16; MüKo/Renzikowski, StGB, § 177, Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger, StGB; § 177, Rn. 1.

⁷⁸² Vgl. BGBl I, 1725.

Die sexuelle Selbstbestimmung umfasst sowohl eine positive, als auch eine negative Wirkungsweise.⁷⁸³ Die positive Dimension der sexuellen Selbstbestimmung beinhaltet das Recht, positiv über die eigene Sexualität zu disponieren, während der Rechtsgutsinhaber nach der negativen Wirkung frei darüber entscheiden kann, von unerwünschten, aufgedrängten oder übergriffigen Handlungen verschont zu bleiben.⁷⁸⁴

bb) Ergänzungen zur Rechtsgutslehre

Mit der Bejahung des Vorliegens eines anerkannten Schutzgutes ist nunmehr weiter zu prüfen.

(1) Nähe zum Kernstrafrecht

Zwar ist das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung als Teil der individuellen Freiheit des Normadressaten unproblematisch dem Kernstrafrecht zuzurechnen,⁷⁸⁵ allerdings ist nach der hier vertretenen Ansicht auch in diesem Fall weiter zu untersuchen, welche Gefahr für das Rechtsgut durch die Tathandlung konkret besteht und in welcher Intensität der Eingriff in das Rechtsgut zu erwarten sein wird, da nur so verhindert werden kann, dass die Gefährdung des Schutzgutes so entfernt oder so gering ist, dass auf ein strafrechtliches Vorgehen möglicherweise verzichtet werden könnte.

Für die hiesige Untersuchung kann in diesem Zusammenhang durchaus auf die Definition der verschiedenen Gefahrenbegriffe aus dem Polizeirecht zurückgegriffen werden. Danach liegt eine Gefahr generell vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Rechtsgut schädigen wird.⁷⁸⁶

⁷⁸³ Vgl. Hörnle, ZStW 2015, 859 m.w.N.

⁷⁸⁴ *ebd.*, 859 ff..

⁷⁸⁵ Vgl. nochmals wie oben die hier eingeschränkte Definition zum Kernstrafrecht: Schutz von Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Vermögen, Rechtsstaat, öffentliche Ordnung, Wahrheit und Redlichkeit im Rechtsverkehr und im Umgang mit der Justiz.

⁷⁸⁶ Vgl. unter anderem Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, § 4, Rn. 7.

Die Absätze 1 und 2 des § 177 StGB enthalten sechs Tatbestandalternativen des einfachen sexuellen Übergriffs. In Absatz 1 ist die sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen des Normadressaten geregelt. Absatz 2 umfasst sexuelle Handlungen unter Ausnutzung verschiedener Situationen, in welchen das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder erkennbar zu äußern. Relevant soll aus Absatz 2 insbesondere die Ausnutzung eines Überraschungsmoments, § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB, sein.

(a) Sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen, § 177 Abs. 1 StGB

Die Tathandlung des sexuellen Übergriffs gegen den Willen des Normadressaten verletzt unmittelbar das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. Damit stellt diese Tathandlung die Verwirklichung der größtmöglichen Gefahr für das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung dar.

Wie oben bereits festgestellt, umfasst die sexuelle Selbstbestimmung neben der positiven Ausrichtung auch das Recht des Rechtsgutsinhabers, von sexuellen Handlungen und Übergriffen gänzlich frei zu bleiben. Eben in diesen negativen Wirkkreis des Rechtsguts greift die Tathandlung des § 177 Abs. 1 StGB ein.

Dies zeigt bereits die Definition der sexuellen Handlung des § 177 Abs. 1 StGB. Eine sexuelle Handlung liegt danach bei der Berührungen des Körpers vor⁷⁸⁷ und muss von einiger Erheblichkeit sein.

Damit werden unbedeutende Berührungen oder reine Geschmacklosigkeiten ausgeschlossen und sichergestellt, dass es sich tatsächlich um einen Übergriff handelt.⁷⁸⁸

Dabei ist es für den zu bejahenden Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung unerheblich, dass es entgegen der früheren Ausgestaltung des § 177 Abs. 1 a.F. StGB keiner Nötigungshandlung mehr bedarf, um die sexuelle Handlung vorzunehmen oder vom Opfer an sich selbst vornehmen zu lassen.

⁷⁸⁷ Vgl. BGH, NStZ 1992, 433, Schönke/Schröder/Eisele, § 184h, Rn. 18; MüKo/Hörnle, StGB, § 184h, Rn. 9; MüKo/Renzikowski, StGB, § 177, Rn. 45.

⁷⁸⁸ Vgl. MüKo/Renzikowski, StGB, §177, Rn. 45 ff..

Verschiedenste, nachvollziehbare Gründe, wie Angst oder Scham, aber auch Überraschung, können den Normadressaten daran hindern, tatsächlich Widerstand zu leisten.⁷⁸⁹ Dies führt hingegen nicht dazu, dass der Normadressat von seinem Rechtsgut keinen Gebrauch macht oder einem etwaigen Eingriff zustimmt. Vielmehr hängt ein rechtsgutverletzender sexueller Übergriff nicht davon ab, ob das Opfer, wie von der vorherigen gesetzlichen Regelung gefordert, in der Lage ist, tatsächlich Widerstand zu leisten.

Das Recht auf freie sexuelle Gestaltung und insbesondere auch der Schutz vor sexuellen Übergriffen bedürfen es, dass keinerlei Handlungen vorgenommen werden, welche nicht dem Willen des Normadressaten entsprechen.

Basierend auf der Definition der sexuellen Handlung innerhalb derer bereits selbstständig auf die Erheblichkeit der Tathandlung Bezug genommen wird, kann auch an der zu erwartenden hohen Intensität der Rechtsgutsverletzung kein Zweifel bestehen. Die Erheblichkeitsprüfung innerhalb des objektiven Tatbestands soll sich nämlich selbst wiederum an dem zugrundeliegenden Rechtsgut orientieren. Es muss positiv festgestellt werden, dass eine bestimmte Schwelle zum Erfolgsunrecht überschritten worden ist.

Damit ist davon auszugehen, dass das dem § 177 Abs. 1 StGB zugrundeliegende Rechtsgut nicht nur dem Kernbereich unterliegt, sondern darüberhinausgehend die Tathandlung auch eine unmittelbare Verletzung von hoher Intensität darstellt.

(b) Sexueller Übergriff unter Ausnutzung verschiedener Fallkonstellationen, § 177 Abs. 2 StGB

Auch für den zweiten Absatz des § 177 StGB, hier insbesondere Nr. 3, die Ausnutzung eines Überraschungsmomentes, kann nichts Anderes gelten.

⁷⁸⁹ Vgl. *BT-Drucks*, 18/9097; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 158.

In dieser Tatbestandsalternative wird die Situation einbezogen, in der die sexuelle Handlung den Normadressaten gänzlich unvorbereitet trifft, er sich in der konkreten Situation keines Angriffs versieht und der Täter diesen Umstand für die sexuelle Handlung ausnutzt.

Auch die Situation, in welcher sich das Opfers im letzten Moment des Angriffs noch erkennt, aber nicht mehr in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen erkennen zu geben, sind in dieser Tatbestandsalternative enthalten.⁷⁹⁰

Eine erhebliche Gefährdung für das Rechtsgut in Form einer Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ist auch für § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB anzunehmen. Der Schutz des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung kann nicht an der Stelle enden, an welcher der Täter eine weitere Handlung vornimmt, hier die Ausnutzung eines Überraschungsmomentes, um einen entgegenstehenden Willen zu verhindern oder jedenfalls den Ausdruck des Willens und damit die Erkennbarkeit zu umgehen. In diesen Fällen, in denen ein Täter bewusst verdeckt und überraschend vorgeht, um möglicherweise in erster Linie Gegenwehr zu verhindern aber eben auch um gänzlich die Bildung eines entgegenstehenden Willens zu verhindern, müssen einbezogen werden.

Nur so kann ein umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Normadressaten gewährleistet werden. Hinsichtlich der Erheblichkeit der Gefährdung des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung ist auf das unter (1) Gesagte zu verweisen. Die sexuelle Handlung des objektiven Tatbestandes bleibt gleich.

Als Zwischenergebnis kann mithin festgestellt werden, dass es sich bei beiden Tathandlungen der zu untersuchenden Tatbestandsalternativen des § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 StGB um Verletzungen des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung handelt.

⁷⁹⁰ Vgl. *BT-Drucks*, 18/9097.

(2) Sozialschädlichkeit des Verhaltens

Weiterhin ist zu prüfen, ob es sich bei der zu bestrafenden Handlung um ein sozialschädliches Verhalten handeln.⁷⁹¹ Die Tathandlung muss hierfür über das reine Verbotensein hinausgehen und in besonders beachtlicher Weise sozialschädlich sein.

Das bedeutet, dass die Verhinderung derartigen Handelns vehement geboten ist, um ein geordnetes Zusammenleben der Gemeinschaft zu ermöglichen.⁷⁹²

An diesem Prüfungspunkt wird erstmals die Gegenüberstellung des geschützten Rechtsguts mit der individuellen Freiheit des vermeintlichen Täters relevant. Auch für den Täter entfaltet sich der Schutz seiner sexuellen Selbstbestimmung, sodass er zunächst frei handeln oder sich zurückziehen kann.

Allerdings überschreitet der Täter mit der von § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 StGB umfassten Handlungsalternativen seine eigene sexuelle Handlungsfreiheit und setzt sich über die negative Freiheit des Opfers hinweg. Darüberhinausgehend macht er gerade durch das Negieren der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers diesem und der Gesellschaft im Ganzen deutlich, dass er die Freiheit, die jedem einzelnen Individuum der Gesellschaft nebeneinander und in selben Umfang zusteht, nicht anerkennt, vielmehr über ihr steht und über diese zu bestimmen vermag.

Betroffen von einem sexuellen Übergriff ist außerdem nicht nur das Opfer selbst. Vielmehr betrifft jeder sexuelle Übergriff speziell im Rahmen der Folgen auch die Familie und das enge Umfeld eines Betroffenen. Auch dürfte die Gesellschaft nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar von einem einzelnen sexuellen Übergriff tangiert werden. Betroffene finden sich in einer besonderen Opferrolle wieder oder werden häufig im normalen Leben anders und abweisend behandelt, sobald eine solche Tat bekannt wird.⁷⁹³

⁷⁹¹ Vgl. im Ursprung schon in der Zeit der Aufklärung; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 19; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 9; später auch *Frisch*, NSTZ 2016, 23, 24; *Jäger*, Strafgesetze und Rechtsgüterschutz, 122 f.; *Rudolphi*, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, 167 f..

⁷⁹² Vgl. BVerfGE 120, 224.

⁷⁹³ Vgl. *Dudeck/Freyberger*, Psychische Folgeschäden bei Delinquenzopfern, 265 f..

Dabei sind auch negative Reaktionen der Gesellschaft, wie beispielsweise das Übertragen einer Mitschuld auf das Opfer resultierend aus Kleidungsstil, Verhalten oder Alkoholkonsum nicht ungewöhnlich.⁷⁹⁴

Opfer grenzen sich aus dem sozialen Umfeld aus, können eine dauerhafte misstrauende oder negative Haltung im Hinblick auf Mitmenschen oder die Welt entwickeln, äußerst reizbar, chronisch angespannt und geneigter sein, psychotrope Substanzen einzunehmen.⁷⁹⁵ Ganz generell stellt sich auch die Frage, inwieweit und nach welchem Zeitablauf ein Opfer eines sexuellen Übergriffs wieder normal am gesellschaftlichen Leben teilnehmen und wieder integriert werden will, kann und wird.

(3) Wertneutrale Betrachtungsweise

Als eine Art Korrektiv für die Legitimation von Strafgesetzen ist schließlich zu fragen, ob es sich bei der Einordnung der Rechtsgutsverletzung als Strafgesetz um eine wertneutrale und ‚unaufgeregte‘ Betrachtungsweise handelt.

Es gibt wohl kaum ein Rechtsgut, das sich häufiger im Mittelpunkt gesellschaftlichen Kontexts befindet als die sexuelle Selbstbestimmung. Es geht um einen Teil der menschlichen Würde, der Bestimmung über sich selbst und seinen Körper und den Respekt und Umgang mit dem Gegenüber. Gerade nach der Kölner Silvesternacht, der ‚Nein-heißt-Nein Bewegung‘ und den verschiedensten publik gewordenen Fällen scheint eine neutrale und lediglich auf rechtlich relevanten Gegebenheiten basierende Betrachtungsweise nicht unproblematisch. Dabei gehen die verschiedenen Meinungen zum Tatbestand des § 177 StGB, wie im Kapitel III. bereits angerissen, von der Behauptung, die sexuelle Selbstbestimmung werde zu wenig geschützt, bis hin zur Ansicht, dass der Staat versuche, sich ungerechtfertigt in das Sexualleben der Bürger einzumischen.

⁷⁹⁴ Vgl. hierzu nur das Projekt *Männerwelten* 2020 <https://www.youtube.com/watch?v=uc0P2k7zIb4>

⁷⁹⁵ Vgl. *Dudeck/Freyberger*, Psychische Folgeschäden bei Delinquenzopfern, 265 f.; kritisch *Hörnle*, ZStW 2015, 861 m.w.N.

Im vorliegenden Fall scheitert die Legitimation von § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 StGB aber nicht an dem Korrektiv der neutralen Betrachtungsweise. Zwar wurde viel über Sexualmoral und Sittlichkeit geschrieben und diskutiert, aber gerade die von der hiesigen Prüfung betroffenen Tatbestandsalternativen halten der Überprüfung stand.

Es mag berechtigte Kritik an dem Gesetzgebungsvorgang selbst, oder an möglicherweise noch auslegungsbedürftigen Tatbestandsalternativen geben. Dies alles spielt für die vorliegende Prüfung aber keine Rolle.⁷⁹⁶

Wertneutral und fernab von moralischen, sittlichen und gesellschaftspolitischen Einflüssen bestraft § 177 StGB einen Rechtsgutseingriff gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers. Der Tatsache, dass es sich um eine besondere Situation handelt, in welcher der Übergang zwischen Handlungen, die einvernehmlich und solchen die gegen den Willen des vermeintlichen Opfers erfolgen, durchaus fließend sein kann, wird mit dem Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit Rechnung getragen.

Auch die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals des Ausnutzens eines Überraschungsmomentes mag unter anderem auf den gesellschaftlichen Diskurs rund um die Kölner Silvesternacht zurückzuführen sein. Nichtsdestotrotz handelt es sich um die denknotwendige Erweiterung des ersten Absatzes. Wenn der sexuelle Übergriff von dem erkennbaren Willen des Normadressaten abhängt, bedarf es auch einer Regelung für Situationen, in denen nachvollziehbar kein Wille gebildet werden kann, so unter anderem im Fall einer überraschenden Tat.⁷⁹⁷

Ganz im Gegenteil waren die gesellschaftlichen und darauffolgenden politischen Diskussionen möglicherweise nur noch der letzte Anstoß hinsichtlich der Gesetzesreform.

⁷⁹⁶ Vgl. selbst Hörnle, NStZ 2017, 13; Renzikowski, NJW 2016, 3553.

⁷⁹⁷ Vgl. BT-Drucks, 18/8210, Rspr. bei Auslegung des § 177 a.F. StGB noch gegen das Ausreichen eines Überraschungsmomentes BGH, NJW 2012, 268.

Die zuvor bestandene gesetzliche Regelung, nach welcher es für den strafrechtlichen relevanten sexuellen Übergriff einer Nötigungshandlung und einem dazu in Finalzusammenhang stehenden Nötigungserfolg bedurfte, enthielt elementare Regelungslücken.⁷⁹⁸

Dabei war neben den bereits aufgezählten Varianten, beispielsweise des fehlenden Widerstands des Opfers aus Furcht oder Scham auch die Situation genannt, in welcher zwischen der Nötigungshandlung und dem sexuellen Übergriff kein Finalzusammenhang vorlag oder das Opfer fälschlicherweise nur der Ansicht war, es läge eine aussichtslose Situation vor und deshalb keinen Widerstand leistete. All diese Handlungsabfolgen hatten zur Folge, dass der Tatbestand der sexuellen Nötigung nicht erfüllt und ein Opfer mehr oder weniger schutzlos blieb.

Dass es sich hierbei um inakzeptable Strafbarkeitslücken handelte, bestätigte bereits der Europarat in der Istanbul-Konvention,⁷⁹⁹ in welcher die Mitgliedsstaaten sich verpflichteten, jede einzelne nicht einvernehmliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen. Dabei wurde ganz besonders hervorgehoben, dass es für die Auslegung der Sexualstraftatbestände in der Zukunft gerade nicht mehr darauf ankommen dürfe, ob der Normadressat in irgendeiner Weise Gegenwehr anwendete oder nicht.

Vielmehr muss es für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung einer Person auf deren freie Zustimmung ankommen.⁸⁰⁰ Diese Änderung des Blickwinkels, von einer vormals geforderten Gegenwehr des Opfers hin zu einer freien Zustimmung zu sexuellen Handlungen, war nach der hier vertretenen Ansicht gerade nicht über Auslegung des § 177 a.F. StGB zu erreichen, dennoch unbedingt regelungsbedürftig.

⁷⁹⁸ Vgl. *BT-Drucks*, 18/8210, so auch *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 f.; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 ff.; *Isfen*, ZIS 2015, 217 ff.; *MüKo/Renzikowski*, StGB, § 177, Rn. 1.; Kritisch hierzu wie oben ausgeführt insb. *Fischer*, ZIS 2015, 312 ff.; *Frommel*, Süddeutsche Zeitung 04.02.2015.

⁷⁹⁹ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 1. Mai 2011.

⁸⁰⁰ Vgl. insb. Nr. 191 – 193 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 1. Mai 2011.

Es kann im Rahmen der sexuellen Nötigung nach dem heutigen Verständnis und unter Zugrundelegung des Istanbul-Konvention für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht darauf ankommen, ob ein Opfer entweder überhaupt nicht die Möglichkeit hatte, Gegenwehr vorzunehmen, oder ob es aufgrund einer Vorgeschichte, besonderer Umstände oder zu befürchtender Konsequenzen außerhalb der Relevanz der Norm keine Gegenwehr vornimmt.

Die sexuelle Selbstbestimmung nimmt insoweit durchaus eine Sonderrolle unter all den nötigungsrelevanten Selbstbestimmungen ein.⁸⁰¹ Alleine die Tatsache, dass seit vielen Jahren in alle erdenklich unterschiedlichen Richtungen im Rahmen von Reformen des Sexualstrafrechts diskutiert wird, dürfte dies aufzeigen. Es mag, wie *Fischer* ausführt, für den einen weniger erheblich sein, kurzfristig und über der Kleidung am Geschlechtsteil angefasst zu werden als sich in einer Fernsehsendung entwürdigend darstellen zu lassen.⁸⁰² Für andere dürfte die Vornahme auch eines überraschenden sexuellen Übergriffs auch unter diesen Umständen einen tiefen Eingriff in die eigene Selbstbestimmung darstellen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass es sich hierbei um die absolute Intimsphäre einer betroffenen Person handelt. Dies zeigt auch ein anderes Beispiel für eine Überraschungssituation, als den typischerweise zur Bagatellisierung genutzten Klaps auf den Hintern im Vorbeigehen, nämlich den Fall, dass aufgrund der konkreten sozialen Geschehens ein Sexualbezug der Situation gänzlich außerhalb des Erwartungshorizontes des Opfers liegt, wie etwa bei Übergriffen eines Übungsleiters beim Sport oder Waschen von Kranken oder älteren Menschen in Pflegeheimen oder im Krankenhaus.⁸⁰³

Ähnliches gilt für die Situation, in der der Täter sich nicht über eine Gegenwehr oder einer erwarteten Gegenwehr hinwegsetzen muss, weil das Opfer den sexuellen Übergriff über sich ergehen lässt.

Dabei kann es eine Vielzahl an Gründen geben, die das Opfer dazu bewegen, dem Täter keinerlei körperliche Handlung entgegenzusetzen.

⁸⁰¹ Vgl. etwa *Hörnle*, ZIS 2015, 208 f.; a.A. *Fischer*, ZIS 2015, 313.

⁸⁰² Vgl. Beispiel aus *Fischer*, ZIS 2015, 313.

⁸⁰³ Vgl. *Hörnle*, ZIS 2015, 211.

Dies können Scham und Angst vor (nicht angedrohter) körperlicher Gewalt sein, bis hin zur Befürchtung, die eigenen Kinder zu wecken und zu verstören.⁸⁰⁴

Diese Hintergründe dürften, wie bereits ausgeführt, ebenfalls für eine Sonderstellung der sexuellen Nötigung sprechen. Die Verhaltensweisen eines Opfers sexueller Gewalt sind in vielen Fällen nicht von logischen und objektiven Gesichtspunkten geprägt, sondern basieren vielmehr auf einer Vielzahl an Emotionen, verschiedensten Gefühlsentwicklungen und Gedanken. Die Grenzen zu einem gänzlich offenen Tatbestand zog der Gesetzgeber richtigerweise bei der Erkennbarkeit des entgegengesetzten Willens des Opfers. Dies muss, auch von einem Opfer mit oben genannten Hintergründen oder Emotionen erwartet werden.

Im Ergebnis hat bereits die Umsetzungspflicht der Istanbul-Konvention eine Änderung erfordert, die dem heutigen § 177 Abs. 1 und 2 Nr. 3 StGB entspricht. Auch eine wertneutrale Betrachtung der Norm führt nicht zum Scheitern der Legitimation des Strafgesetzes des sexuellen Übergriffs.

(4) Insuffizienz alternativer Mittel

Um schließlich tatsächlich zu garantieren, dass es sich bei dem betroffenen Strafgesetz um das letzte mögliche Mittel des Staates handelt, muss unter dem Prüfungspunkt ‚letztes Mittel‘ festgestellt werden, dass jede alternative Vorgehensweise gegen das sozialschädliche Verhalten insuffizient wäre.⁸⁰⁵

Ein wie auch immer geartetes alternatives Mittel gegen Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung besteht nicht. Es handelt es sich um den Eingriff in ein elementares Rechtsgut der individuellen Freiheit, das, vergleichbar mit dem Schutz von Leib und Leben, unbedingt mit dem Strafrecht zu schützen ist.

Eine alternative Disziplin, die dazu in der Lage ist das sozialschädliche Verhalten zukünftig zu verhindern, ist nicht ersichtlich.

⁸⁰⁴ Vgl. Hörnle, ZIS 2015, 211 mit weiteren Beispielen.

⁸⁰⁵ Vgl. etwa Bittmann, NStZ 2016, 255; Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 324; Hamm, NJW 2016, 1541, 1542; Landau, NStZ 2015; 666, 667.

Natürlich bestehen für einige wenige besondere Tatausgestaltungen, wie beispielsweise sexuelle Übergriffe am Arbeitsplatz, anderweitige Rechtsmittel und -wege, dort beispielsweise das Arbeits- und Kündigungsschutzrecht. Dies kann aber, aufgrund seines erheblich eingeschränkten Anwendungsbereichs nicht als Alternative angesehen werden. Vielmehr würde eine derartige Sichtweise wiederum für die Beschränkung des umfassend gewollten Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung führen.

b) Erfolgversprechend

Um dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zu genügen hat ein Strafgesetz nicht nur das letzte mögliche Mittel des Staates, sondern darüberhinausgehend auch erfolgversprechend zu sein.⁸⁰⁶ Es müsste jedenfalls hinreichend wahrscheinlich sein, dass gerade die Androhung von Strafe Täter von der künftigen Begehung der Tat abhalten würde.

Eine solche hinreichende Wahrscheinlichkeit muss vorliegend angenommen werden. Der überarbeitete § 177 StGB und die hier besonders geprüften Absätze 1 und 2 Nr. 3 StGB beinhalten Tathandlungen, die vor der Gesetzesänderung vom Strafgesetzbuch nicht umfasst waren.

Es könnte sich um Handlungsalternativen handeln, die von einem vermeintlichen Täter möglicherweise nicht als erheblich angesehen oder als irrelevant abgetan wurden. Dennoch handelt es sich, wie oben bereits festgestellt, auch ohne die zuvor noch notwendige Überwindung des entgegenstehenden Willens, um einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung des Betroffenen.

⁸⁰⁶ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, AnwBl 2016, 324, 325, dort unter dem Stichwort der „Eignung“.

Ein vermeintlicher Täter dürfte im Hinblick auf gerade diese Neuausgestaltung durchaus erkennen, dass es sich bereits in dieser Form der Handlung um eine erhebliche Rechtsgutsverletzung handelt und sein zuvor eventuell als lapidar abgetanes Verhalten oder möglicherweise gar als irrelevant eingestuftes Vorgehen zu überdenken, da es sich hierbei nunmehr um ein unter Strafe gestelltes Verbrechen handelt.

c) Ergebnis und Änderungsvorschlag

Im Ergebnis ist festzustellen, dass § 177 Abs. 1 und 2 Nr. 3 StGB der *Ultima-Ratio*-Prüfung standhalten. Es handelt sich damit um legitimierte Straftatbestände des Strafgesetzbuchs.

Die primär seitens der Strafrechtslehre gegen die Norm vorgebrachten Kritikpunkte müssen für die vorliegende Prüfung außer Betracht bleiben.⁸⁰⁷ Für die hier angewendete *Ultima-Ratio*-Prüfung ist es beispielsweise nicht relevant, dass die Beweisbarkeit und damit die generelle Aufklärbarkeit der Tatbestandsverwirklichung durch die Einführung des erkennbaren entgegenstehenden Willens noch schwieriger geworden ist als sie bereits vor der Gesetzesänderung waren.⁸⁰⁸ Zwar entspricht es durchaus den Tatsachen, dass es bereits unter § 177 a.F. StGB bis zu 10 % bewusste Falschanzeigen⁸⁰⁹ und etwa 30 % Einstellungen wegen fehlender Beweisbarkeit⁸¹⁰ gegeben hat. Allerdings handelt es sich um Folgeprobleme, die die Exekutive später zu bewerkstelligen hat und die für die reine Überprüfung der Norm als letztes Mittel des Staates keinen Platz hat.

Auch der Kritikpunkt einer unverhältnismäßigen Strafandrohung für den Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs kann für die vorliegende Prüfung nicht relevant sein.⁸¹¹

⁸⁰⁷ Siehe oben: Kritikpunkte wie: Auslegungsbedürftige Tatbestandsvarianten, Aufklärbarkeit, Beweisbarkeit, Steigerung der Verurteilungsquoten und ähnliche.

⁸⁰⁸ Vgl. Fischer, Zeit Online 28.06.2016; zuvor bereits ders., ZIS 2015, 317, 318.

⁸⁰⁹ Vgl. https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁸¹⁰ Vgl. Elz, KuP 2017, 127.

⁸¹¹ Vgl. Fischer, Zeit Online 28.06.2016, ders., Zeit Online 09.04.2014, vgl. auch als Argument gegen die Reform Hörnle, ZIS 2015, 210.

Hierbei handelt es sich um eine möglicherweise vom Bundesverfassungsgericht durchzuführende Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einem späteren Zeitpunkt. Selbiges gilt für eventuelle Fragen zu auslegungsbedürftigen Begriffen, wie der Erkennbarkeit des Willens oder der sexuellen Handlung selbst. Auch diese Fragen sind im Wege der Bestimmtheitsprüfung vom Bundesverfassungsgericht zu beantworten und können für die Frage der Legitimation des Strafgesetzes keine unmittelbare Rolle spielen.⁸¹²

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung wohl stets im gesellschaftlichen Fokus und politischen Diskurs stehen wird. Gerade vor dem Hintergrund der erheblichen und stetigen Änderungen, Anpassungen und Ausweitungen des Strafgesetzes wird Kritik an jenem wohl auch in Zukunft nicht ausbleiben. Der hiesigen Überprüfung der Legitimation eines Strafgesetzes, halten § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 StGB aber stand.

2. Kinderpornographische Schriften § 184b StGB

Unter anderem als „Rückfall in überholtes Moralstrafrecht“⁸¹³ wurde § 184b StGB, die Strafbarkeit kinderpornographischer Schriften, in dieser Arbeit bereits kritisiert.

Zwar wurden der ursprünglichen Forderung nach einem vollumfassenden Verbot von Nacktbildern von Kindern und eine daraus resultierende Strafbarkeit von Urlaubs- oder Badewannenbildern von (eigenen) Kindern mit der letzten umfänglichen Gesetzesänderung des § 184b StGB nicht nachgekommen.⁸¹⁴ Dennoch ist im Rahmen des 49. Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches die Strafbarkeit kinderpornographischer Schriften erheblich erweitert worden.

⁸¹² Vgl. Fischer, Zeit Online 28.06.2016.

⁸¹³ Frommel, NK 2014, 208.

⁸¹⁴ Vgl. https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/thema_nt/article124958689/Regierung-strebt-schaeferes-Gesetz-gegen-Kinderpornografie-an.html, zuletzt aufgerufen am 28.09.2018; Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht; Vgl. auch Gesetzesentwürfe BR-Drucks., 422/14, BT-Drucks., 18/2601, bei denen auf das Tatbestandsmerkmal „pornographisch“ verzichtet wurde.

Die aktuelle Fassung des § 184b StGB lautet wie folgt:

(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer
1.eine kinderpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht; kinderpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:

a)sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind),

b)die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder

c)die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes,

2.es unternimmt, einer anderen Person den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen,

3.eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt oder

4.eine kinderpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder 2 oder des § 184d Absatz 1 Satz 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 mit Strafe bedroht ist.

(2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und gibt die Schrift in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, 2 und 4 ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wieder, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.

(3) Wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 1 Nummer 2 und 4 sowie Absatz 3.

(5) Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 3 gelten nicht für Handlungen, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung von Folgendem dienen:

1.staatliche Aufgaben,

2.Aufgaben, die sich aus Vereinbarungen mit einer zuständigen staatlichen Stelle ergeben, oder

3.dienstliche oder berufliche Pflichten.

Absatz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für dienstliche Handlungen im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, wenn

1.die Handlung sich auf eine kinderpornographische Schrift bezieht, die kein tatsächliches Geschehen wiedergibt und auch nicht unter Verwendung einer Bildaufnahme eines Kindes oder Jugendlichen hergestellt worden ist, und

2.die Aufklärung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(6) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 Nummer 2 oder 3 oder Absatz 3 bezieht, werden eingezogen. § 74a ist anzuwenden.

Für die hier vorzunehmende Prüfung sind nach den unter III. festgestellten kritischen Punkten insbesondere § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c), Nr. 2 StGB und die dort enthaltene neue Definition kinderpornographischer Schriften, relevant.

Die Strafbarkeit der Wiedergabe eines unbekleideten Kindes in unnatürlicher geschlechtsbetonter Körperhaltung in Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a), entspricht im Grundsatz der zuvor geltenden Rechtslage. Eine sexuelle Handlung für das Einnehmen der Körperhaltung in der aktuellen Geltung nicht mehr Voraussetzung. Bezug genommen wird ausschließlich auf die unnatürliche Körperhaltung selbst.⁸¹⁵ Eine unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung ist gegeben, wenn das Kind in einer altersuntypischen, gewöhnlich schambesetzten sexualbetonten Körperhaltung widergegeben wird, durch die der Betrachter sexuell provoziert werden soll.⁸¹⁶

Buchstabe c) geht hingegen deutlich auf die gesellschaftlichen Forderungen nach der ‚Edathy-Affäre‘ ein. Hier wird das sogenannte ‚Präferenzmaterial‘, reine Nacktbilder von Kindern, solange unbekleidete Genitalien oder das Gesäß der Kinder erkennbar sind, unter Strafe gestellt.⁸¹⁷

Die dort geforderte sexuell aufreizende Wiedergabe soll nach der Gesetzesbegründung gegeben sein, wenn sich die Abbildung im Einzelfall so auf die Geschlechtsmerkmale fokussiert, dass diese aus Sicht eines objektiven durchschnittlichen Betrachters in erster Linie zur Schau gestellt werden sollen.⁸¹⁸ Es ist dabei zu prüfen, ob der Besitz oder die sonstige Tathandlung dem Täter oder Dritten zur sexuellen Stimulierung dient. Die Aufnahmen müssen eine sexuellen Zweckbestimmung beinhalten.⁸¹⁹

⁸¹⁵ Vgl. *Eisele/Franosch*, ZIS 2016, 524 f..

⁸¹⁶ Vgl. *Schönke/Schröder/Eisele*, § 184b, Rn. 3a; *MüKo/Hörnle*, StGB, § 184b, Rn. 18; *Krause*, MMR 2016, 665; *LK/Laufhütte/Roggenbuck*, StGB, § 184b, Rn. 3.

⁸¹⁷ Vgl. *Eisele/Franosch*, ZIS 2016, 524 f..

⁸¹⁸ Vgl. *Eisele*, Stellungnahme 10.10.2014, 15.

⁸¹⁹ Vgl. *Eisele/Franosch*, ZIS 2016, 524 f.

Gesichtspunkte, die hierbei relevant werden, sind unter anderem die Auswahl des Motivs, die Aufnahmesituation oder der Bildausschnitt. Wenn beispielsweise ohne erkennbaren Grund ausschließlich Beine und Genitalbereich des Kindes fotografiert wurden, kann auf eine sexuell aufreizende Wiedergabe geschlossen werden.⁸²⁰

Das Tatbestandsmerkmal des *Posings*,⁸²¹ das neuerliche Einbeziehen des sogenannten ‚Präferenzmaterials‘ ist im Rahmen dieses Kapitels auf seine Vereinbarkeit mit dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zu überprüfen.

Außerdem soll auch die fiktionale Darstellung von Kinderpornographie, § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegend genauer beleuchtet werden.

a) Letztes Mittel

Bei der Strafbarkeit der Herstellung und Verbreitung kinderpornographischer Schriften, insbesondere denjenigen Schriften, die *die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder die die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes zeigen* sowie fiktionalen Darstellungen hiervon muss es sich um das letzte dem Staat zur Verfügung stehende Mittel handeln.

aa) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt

Zunächst ist das der Norm zugrundeliegende Rechtsgut zu untersuchen.

Auf den ersten Blick erscheint die Rechtsgutsfindung hinsichtlich des § 184b StGB wesentlich einfacher, als sie sich in der Tat darstellt. In der Kommentarliteratur wird primär der Schutz von Kindern und Jugendlichen, die als Darsteller der pornographischen Schriften missbraucht werden könnten, als zugrundeliegendes Rechtsgut der gesamten Norm genannt.⁸²²

⁸²⁰ Vgl. Krause, MMR 2016, S. 669.

⁸²¹ Definition siehe oben, III. 2. b).

⁸²² Vgl. BGHSt 45, 41, BGHSt 47, 55; Schönke/Schröder/Eisele § 184b, Rn. 1, 2; MüKo/Hörnle, StGB § 184b Rn. 1; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 184, Rn. 1; BeckOK/Ziegler, StGB § 184b, Rn. 2; Ders. § 184 Rn. 2.

Dabei wird vorgetragen, dass das dem Herstellen einer kinderpornographischen Schrift zugrundeliegende Geschehen, körperliche und psychische Schäden sowie eine gestörte Entwicklung zur Folge haben können.⁸²³ Damit könnte es sich um das Rechtsgut der Gesundheit handeln.

Die übrigen Tatbestandshandlungen, wie das Zugänglichmachen, Veröffentlichen, Besitzen oder die Besitzverschaffung aber auch die fiktionalen Darstellungen sollen den (Schwarz)Markt für kinderpornographische Schriften eindämmen und bekämpfen.⁸²⁴ Dabei wird insbesondere darauf abgestellt, dass es durch einen kommerzialisierten Markt zu tatsächlichen, erneuten oder wiederholten sexuellen Missbräuchen oder zu Nachahmungstaten kommen kann.⁸²⁵ Auch hier wäre die Gesundheit oder das Leben der Kinder als betroffenes Rechtsgut anzunehmen.

Problematisch an diesen Bestimmungen ist, dass den Tatbestandsmerkmalen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB kein sexueller Missbrauch, weiter noch, keinerlei sexuelle Einwirkung am Körper des Kindes durch den Täter oder am Körper des Täters durch das Kind zugrunde liegen muss.⁸²⁶ In der aktuellen Fassung ist vielmehr die reine Wiedergabe des ganz oder teilweise unbedeckten Kindes, beziehungsweise die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien⁸²⁷ ausreichend, um den Tatbestand des Absatzes 1 Nr. 1 b) oder c) zu erfüllen.

Ob für die Bejahung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) StGB das *Posing* durch das Kind bewusst vor- und wahrgenommen werden muss ist streitig.⁸²⁸

⁸²³ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB § 184b, Rn. 1.

⁸²⁴ Vgl. BT-Drucks, 12/3001, OLG Schleswig, NSTZ-RR 2007, 41; OLG Hamburg, NJW 2010, 1893; MüKo/Hörnle, StGB § 184b, Rn. 1 (m.w.N.).

⁸²⁵ Vgl. BT-Drucks, 12/3001, 12/4883; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 422 ff., speziell 427 „Gefahr von späteren Straftaten durch die Pornographiekonsumenten“; MüKo/Hörnle, StGB, § 184b, Rn. 1, 3.

⁸²⁶ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB § 184b, Rn. 1.

⁸²⁷ jeweils mit Sexualbezug (unnatürliche körperbetont und sexuell aufreizend).

⁸²⁸ Vgl. BT-Drucks, 18/2601 Gesetzesentwurf fest, dass auch die unwillkürlich eingenommene geschlechtsbetonte Körperhaltung eines Kindes umfasst sein soll; vgl. auch Ausführung hinsichtlich der bewussten Einbeziehung des schlafenden Kindes bei BeckOK/Ziegler, StGB, § 184b, Rn. 5.

Es wird vertreten, dass es nicht auf den Willen oder das Bewusstsein des Kindes ankommen soll, sondern vielmehr lediglich auf die geschlechtsbetonte Körperhaltung selbst, während andere eine aktive Handlung des Kindes schon am Wortlaut und der Bedeutung von *Posing* festmachen.⁸²⁹

Für die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien stellt sich die Frage nach dem Bewusstsein nicht. Der Gesetzgeber hat innerhalb des § 184b Abs. 1 Nr. 1 c) StGB einen völlig anderen Blickwinkel zugrunde gelegt.⁸³⁰ Es kommt nicht auf eine Handlung an einem Kind oder des Kindes an, sondern vielmehr auf die Art und Weise der Wiedergabe, für die es auf die Beurteilung des durchschnittlichen Betrachters ankommt.⁸³¹

Es soll vorliegend nicht in Frage gestellt werden, dass die betroffenen Absätze ebenfalls und vorrangig dem Schutz von Kindern und Jugendlichen dienen sollen. Allerdings ist ein Missbrauchsgeschehen, wie es das Strafgesetz in § 184b Abs. 1 Nr. 1 a) StGB definiert, nicht Teil des tatbestandlichen Geschehens.

Es ist durchaus denkbar, dass es zu keiner Zeit zu einer tatsächlichen Missbrauchshandlung oder einem sexuellen Übergriff zu Lasten des Kindes kommt, aber dennoch pornographische Schriften nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB hergestellt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Die Gefahr eines Missbrauchs zur Herstellung der Schriften würde in dieser Situation mithin ausscheiden.

In der Kommentarliteratur wird diesbezüglich vorgetragen, dass die verschiedenen Tatbestandsalternativen des § 184b StGB den Markt für kinderpornographische Produkte ganzheitlich bekämpfen sollen.⁸³² Es soll insbesondere für die Zukunft verhindert werden, dass neue Ware produziert und hierfür Kinder sexuell missbraucht werden.

⁸²⁹ Vgl. *BT-Drucks*, 18/2601 (auf eine unwillkürliche Haltung soll umfasst sein, es komme lediglich auf die Körperhaltung an) vgl. auch Ausführung hinsichtlich der bewussten Einbeziehung des schlafenden Kindes bei BeckOK/Ziegler, StGB, § 184b, Rn. 5; ablehnend für jede nicht aktive Handlung des Kindes kritisch Hörnle, Protokoll-Nr. 18/28; Schönke/Schröder/Eisele, StGB, § 184b, Rn. 13; Krause, MMR 2016, 667.

⁸³⁰ Vgl. Schönke/Schröder/Eisele, StGB, § 184b, Rn. 15, 16.

⁸³¹ Vgl. *BT-Drucks*, 18/2601; BeckOK/Ziegler, StGB, § 184b, Rn. 6.

⁸³² so ausführlich MüKo/Hörnle, StGB § 184b, Rn. 1; Ost, Legal Studies 2010, 230.

In diesem Zusammenhang wird auch auf die Gefahr der Nachahmung verwiesen, insbesondere darauf, dass Konsumenten von kinderpornographischen Darstellungen selbst zum späteren Missbrauch angeregt werden könnten.⁸³³

Für die vorliegende Untersuchung der bestimmten Tatbestandsalternativen in § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB, insbesondere den neu aufgenommenen ‚Präferenzmaterialien‘, stellt sich allerdings die Frage, ob dieser speziellen Gruppe an Konsumenten eine Aufrechterhaltung des Marktes für ‚harte‘ Kinderpornographie und damit eine spätere Missbrauchshandlung an Kindern zugerechnet werden kann.⁸³⁴

Bei beiden Argumentationssträngen handelt es sich um Spekulationen. Zwar mag es Indizien dafür geben, dass Besitzer von *Posing* Bildern oder ‚Präferenzmaterial‘ durch tiefgreifende pädophile Neigungen und dem Willen diese Neigungen auch auszuleben motiviert sind. Auch mag es durchaus Tätertypen geben, die über abgeschwächtes Bildmaterial, wie ‚Präferenzbilder‘, zu einem tatsächlichen Missbrauchsgeschehen in der realen Welt gelangen und damit eine dynamische Beziehung zwischen dem stimulierenden Bild und einer späteren Misshandlungstat entsteht.⁸³⁵

Tatsächliche empirische Nachweise zu diesen generellen Thesen gibt es aber nicht.⁸³⁶ Der unmittelbare Rückschluss von pornographischen Bildern, genauer den kinderpornographischen Schriften nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB, als Trigger für spätere eigene oder fremde Taten kann nicht geführt werden.⁸³⁷

Vielmehr sind oftmals die verschiedenen Wirkungen und Folgen von kinderpornographischen Schriften über differenzierte Analysen der Problemgruppen retrospektiv feststellbar.⁸³⁸

⁸³³ Vgl. *BT-Drucks*, 12/3001; *VGH Mannheim* Urt. v. 20.5.2008 1503/07; *MüKo/Hörnle*, StGB § 184b, Rn. 2.

⁸³⁴ Vgl. *MüKo/Hörnle*, StGB, § 184b, Rn. 2.

⁸³⁵ *ebd.*

⁸³⁶ Vgl. *Schönke/Schröder/Eisele*, StGB, § 184b, Rn. 2; *NK/Frommel*, StGB § 184e Rn. 3; *MüKo/Hörnle*, StGB § 184b, Rn. 1.

⁸³⁷ Vgl. *NK/Frommel*, StGB § 184e, Rn. 3.

⁸³⁸ Vgl. *NK/Frommel*, StGB § 184e, Rn. 8.

Studien zeigen, dass kinderpornographische Schriften von Personen mit pädophilen Neigungen auch genutzt werden können, um sexuelle Spannungen abzubauen, ohne dass es in diesem Zusammenhang jemals zu realem Kontakt zu Kindern kommt.⁸³⁹

Weiter existieren Erkenntnisse darüber, dass pädophil veranlagte Personen zwar durch Bilder angeregt werden, aber durch Therapieansätze wie ‚Kein-Täter-werden-Training‘⁸⁴⁰ einer eigenen Missbrauchshandlung gänzlich vorbeugen können.⁸⁴¹ Insgesamt kann ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Bildmaterial nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB und dem Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch nicht hergestellt werden.

Daher ist für diese neuen Tatbestandsmerkmale das zugrundeliegende Rechtsgut anders zu begründen.⁸⁴² Eine solche Begründung findet sich im Schutz des Persönlichkeitsrechts des Kindes und der Achtung der Menschenwürde.⁸⁴³

Unabhängig von den verschiedenen Tathandlungen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB betrifft jede einzelne nach der hier vertretenen Ansicht das Persönlichkeitsrecht des Kindes, welches seiner eigenen pornographischen Darstellung zu keiner Zeit zustimmen konnte.⁸⁴⁴ Dies ist unabhängig davon der Fall, ob das Kind die Aufnahmen als pornographisch wahrnimmt oder nicht.⁸⁴⁵

⁸³⁹ Vgl. *Franke/Graf*, Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie 2016, 93, 94 unter Rückschluss auf *Carter/Prentky/Knight/Vanderveer/Bouche*, *Interpersonal Violence* 1987, 196 ff. und *Riegel*, *Archives of Sexual Behavior* 2004 321 ff..

⁸⁴⁰ Präventionsnetzwerk „Kein Täter werden“, <https://www.kein-taeter-werden.de/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

⁸⁴¹ Vgl. *NK/Frommel*, StGB § 184e, Rn. 8.

⁸⁴² Vgl. *MüKo/Hörnle*, StGB, § 184b, Rn. 2 ff..

⁸⁴³ Vgl. zum Persönlichkeitsrecht (Recht am eigenen Bild): *BT-Drucks*, 18/2954; *Renzikowski*, Stellungnahme 26.01.2015, 13; auch *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr.: 50/2014, 14; zur Achtung der Menschenwürde Betrachtung von Aufnahmen zu § 184b a.F. StGB vgl. *Hörnle* Grob anstößiges Verhalten, 426 f. m. w. N.; *MüKo/Hörnle*, StGB, § 184b, Rn. 2.

⁸⁴⁴ Vgl. zwar zu § 184b a.F. StGB *Hörnle* Grob anstößiges Verhalten, 426, dürfte aber ebenso auf die hier betroffenen Bildaufnahmen Anwendung finden.

⁸⁴⁵ Unproblematisch für Präferenzmaterial, streitig für *Posing*, siehe oben nochmals *BT-Drucks*, 18/2608.

Alleine die Tatsache, dass die Aufnahmen seitens des Täters mit dem Zweck hergestellt werden, dass diese als kinderpornographische Schriften genutzt, veröffentlicht, weitergeleitet oder besessen werden sollen, soll nach der hier vertretenen Ansicht ausreichen, um einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zu begründen.⁸⁴⁶

Darüberhinausgehend dürfte es sich bei den Tathandlungen auch um einen Eingriff in die Menschenwürde handeln, da das abgebildete Kind bei der Aufnahme, der Wiedergabe, der Verfügbarmachung und allen weiteren tatbestandlichen Handlungen als Objekt instrumentalisiert wird.⁸⁴⁷

Die Instrumentalisierung zum reinen Objekt resultiert bereits aus dem Altersunterschied von Täter und Opfer und dem damit einhergehenden erheblichen Machtgefälle.⁸⁴⁸ Dieses wird unweigerlich seitens des Täters zur Herstellung der kinderpornographischen Schriften ausgenutzt.

In beiden Tatbestandsalternativen wird außerdem das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung relevant. Wie oben ausgeführt umfasst die sexuelle Selbstbestimmung eine positive und eine negative Wirkungsweise.⁸⁴⁹ Die positive Dimension der sexuellen Selbstbestimmung beinhaltet das Recht, positiv über die eigene Sexualität zu disponieren, während der Rechtsgutsinhaber nach der negativen Wirkung frei darüber entscheiden kann, von unerwünschten, aufgedrängten oder übergriffigen Handlungen verschont zu bleiben.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ Wird hergeleitet aus Gesetzesbegründung *BT-Drucks*, 18/2608, sowie konkreten Bezugnahmen der Bundesregierung auf das Persönlichkeitsrecht *Bundesregierung*, Bericht 2017, 23; vgl. auch Schöнке/Schröder/Eisele, StGB, § 184b, Rn. 15; § 184c Rn. 8; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 427; MüKo/Hörnle, StGB, § 184, Rn. 4.

⁸⁴⁷ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 426; anders *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr.: 50/2014, 16: Auch unter Berücksichtigung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen ist die Strafbarkeit des „bloßen“ Ansehens so weitgehend, dass eine weitere Ausdehnung unverhältnismäßig ist, denn die Handlung selbst hat keinerlei Außenwirkung. Sie ist vielleicht unmoralisch aber fördert in keinem Fall die Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen.

⁸⁴⁸ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 423.

⁸⁴⁹ Vgl. Hörnle, ZStW 2015, 859 m.w.N.

⁸⁵⁰ *ebd.*, 859 ff..

Diese Definition zugrunde gelegt wird vielfach vertreten, dass Kindern aufgrund ihres Alters und ihrer Entwicklung die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung gänzlich fehle.⁸⁵¹ Danach käme weder eine positive noch eine negative Wirkweise zur Anwendung. Dafür könnten unter anderem Normen wie § 182 Abs. 3 StGB und dort das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens des Fehlens der Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung sprechen.

Allerdings widerspricht diese Formulierung nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Anwendbarkeit des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung. Dafür kann zunächst die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes herangezogen werden. In zugehörigen Urteilen wird nicht etwa von der Unanwendbarkeit des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung gesprochen, sondern vielmehr die fehlende sexuelle Autonomie für Kinder unwiderleglich vermutet.⁸⁵² Ziel dieser unwiderleglichen Vermutung ist nach der hier vertretenen Meinung die Ausweitung des Schutzes von Kindern in Bezug auf sexuelles Handeln und nicht etwa, Kindern das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zu verwehren.

Gerade die fehlende sexuelle Autonomie, also die fehlende wirksame Zustimmungsmöglichkeit zu sexuellen Handlungen, muss als zu schützender Bestandteil des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung angesehen werden. Kindern soll es ermöglicht werden, die Fähigkeit zur umfassenden Ausübung ihrer sexuellen Selbstbestimmung, in der Form, wie das Rechtsgut für Erwachsene zur Anwendung kommt, zu erwerben und entwickeln.⁸⁵³ Dies zugrunde gelegt ist das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung mit einem besonderen Entwicklungsbezug vorliegend anwendbar.

⁸⁵¹ Vgl. unter anderem Hörnle, ZStW 2015, 877.

⁸⁵² Vgl. BGH, NJW 1996, 1294.

⁸⁵³ Vgl. BGHSt, 45, 131; vgl. BeckOK/Ziegler, StGB, § 176, Rn. 7 in Bezug auf das Rechtsgut für den Tatbestand des Kindesmissbrauchs.

Für den konkreten Fall der kinderpornographischen Schriften sieht Hörnle jenes Rechtsgut problemlos nicht nur für den Fall der Abbildung von Missbrauchsgeschehen in Absatz 1 betroffen, sondern auch für *Posing* Bilder, wenn diese mittels aktivem Tun des Kindes, also der aktiven Einnahme der Körperhaltung hergestellt wurden.⁸⁵⁴

Fraglich ist, ob das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in dem hier anzuwendenden besonderen Umfang für Kinder auch dann relevant wird, wenn das Kind den Sexualbezug der Situation nicht erkennt. Dabei sind, unabhängig von der Frage ob das schlafende Kind von § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) StGB umfasst ist, auch spielerische Aufnahmen, sowie die ‚Präferenzmaterialien‘ zu beleuchten. Nach der hier vertretenen Ansicht kann aber für diese Varianten nichts Anderes gelten. Auch für *Posing* Bilder, bei denen das Kind den Sexualbezug zu keiner Zeit erkennt, sowie bei sexuell aufreizender Wiedergabe der Genitalien ist das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung betroffen.

Hierfür streitet bereits der Wille des europäischen Gesetzgebers im Wege der Lanzarote Konvention, da dort kein Unterschied zwischen den Alternativen der Kinderpornographie gemacht wird. Es wird *jedes Material mit der bildlichen Darstellung eines Kindes bei wirklichen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen oder jede Abbildung der Geschlechtsteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken*⁸⁵⁵ als kinderpornographische Schrift eingeordnet. Die bildliche Darstellung von *Posing* oder ‚Präferenzmaterial‘ wird danach einer sexuellen Handlung gleichgestellt.

Auch kennt das deutsche Strafrecht Situationen, in denen ein sexueller Vorgang unter Ausnutzung von Situationen, in denen die Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung eingeschränkt oder aufgehoben scheint, wie beispielsweise einer Täuschung oder einem Überraschungseffekt. Wie in dieser Arbeit bereits ausführlich dargestellt wurde, macht ein solcher Tathergang für die Betroffenheit des Rechtsguts keinen Unterschied.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ Vgl. Hörnle, NStZ 2015, 851, *dies.*, Protokoll 18/28.

⁸⁵⁵ Art. 20 Abs. 2.

⁸⁵⁶ Vgl. oben IV) 1. a) bb) (1) (b). für § 177 Abs. 2 StGB.

Versteht man den Umfang des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung wie oben dargestellt, kann es auf das Erkennen des Sexualbezugs durch das Kind nicht ankommen. Vielmehr genügt die Tatsache, dass die Schriften mit einem solchen Bezug hergestellt worden sind aus. Die Existenz von *Posing* Bildern oder ‚Präferenzmaterial‘ selbst ist bereits geeignet, die Entwicklung der sexuellen Selbstbestimmung zu stören. Hierbei ist zu bedenken, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass dem vermeintlichen Opfer zu einer späteren Zeit die Schriften zugänglich werden oder, für den Fall spielerisch hergestellter Aufnahmen, das Kind später erkennt, dass es sich bei dem Vorgang um einen solchen mit Sexualbezug gehandelt hat.

Zusammenfassend liegt § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zugrunde. Es handelt sich um eine besondere Ausgestaltung des Rechtsguts, in der Gestalt, dass dem Kind ungestörte Entwicklung der sexuellen Selbstbestimmung ermöglicht werden muss.

Beim Schutz der Jugend generell, insbesondere dem Schutz von Persönlichkeitsrechten, der sexuellen Selbstbestimmung und der Menschenwürde von Kindern handelt es sich um Rechtsgüter, die unmittelbar aus dem Grundgesetz entnommen werden und damit als solche von elementarem Wert für das gesellschaftliche Zusammenleben einzuordnen sind. Dass dem Schutz von Kindern und Jugendlichen ein wesentliches Gewicht zukommt, zeigt bereits das Grundrecht selbst.⁸⁵⁷

Etwas Anderes muss für das Tatbestandsmerkmal der wirklichkeitsnahen Darstellung, § 184b Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB, gelten. Für diese Variante kommt die Begründung über den Schutz des Persönlichkeitsrechts, der sexuellen Selbstbestimmung und der Menschenwürde nicht in Betracht. Im Fall der fiktiven Darstellung ist kein Kind unmittelbar betroffen, sodass diese Rechtsgüter ausscheiden.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ Vgl. hierzu Grundrechtsschranke in Art. 5 Abs. 2 GG, sowie Art. 6 GG.

⁸⁵⁸ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB § 184b, Rn. 5.

Einzig die Bekämpfung des Schwarzmarktes sowie als Fernziel die Verhinderung von zukünftigem Kindesmissbrauch, die aus der Nutzung fiktiven Materials resultieren, mithin die abstrakte Gefährdung des Rechtsguts Jugendschutzes, könnten als legitime Zielsetzung dieser Tatbestandsalternative angesehen werden.⁸⁵⁹

Allerdings wurde der Zusammenhang des Schwarzmarktes für Kinderpornographie zu einer daraus resultierenden Missbrauchshandlung bereits oben in Zweifel gezogen. Noch weiter entfernt scheint die Zurechnung späterer Kindesmissbräuche von Marktteilnehmern, wenn es sich um erkennbar fiktionale Darstellungen handelt, die keine menschlichen Akteure beinhalten.⁸⁶⁰

Untersuchungen deuten vielmehr darauf hin, dass es durchaus eine Untergruppe pädophil veranlagter Personen gibt, die sich generell in einer Phantasiewelt bewegen wollen, keinerlei Materialien von echten Kindern besitzen oder besitzen wollen und insgesamt eine wesentlich größere Resistenz gegen realen Kindermissbrauch haben.⁸⁶¹

Ein zugrundeliegendes Rechtsgut ist für den Fall der fiktionalen Darstellung nach § 184b Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB mithin nicht ersichtlich. Vielmehr dürfte die Normalalternative darauf zurückzuführen sein, dass auch die fiktive Darstellung von Kindesmissbrauchshandlungen als moralisch anstößig verboten werden soll.⁸⁶²

Da es der Tatbestandsalternative des § 184b Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB mithin an einem zugrundeliegenden Rechtsgut fehlt, scheitert deren Legitimation bereits an dieser Stelle. Die Strafbarkeit des eigenen oder fremden Besitzverschaffens oder im Besitz haben einer fiktiven Darstellung nach Absatz 1 Nr. 2 und konsequenterweise § 184b Abs. 2 und 3 StGB sollte danach aus dem Strafgesetzbuch gestrichen werden.

⁸⁵⁹ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB § 184b, Rn. 5.

⁸⁶⁰ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 423 ff..

⁸⁶¹ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB, § 184b, Rn. 5; Sheldon/Howitt, Sex Offenders, 97 ff..

⁸⁶² Vgl. Vgl. Frommel, NK 2014, 208; siehe ausführlich MüKo/Hörnle, StGB, § 184b, Rn. 5; Ost, Legal Studies 2010, 230.

bb) Ergänzungen zur Rechtsgutslehre

Hinsichtlich der Legitimation der Tatbestandsalternativen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB muss hingegen weiter geprüft werden.

(1) Nähe zum Kernstrafrecht

Für die Tatbestandalternativen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB ist mithin weiter zu prüfen. Geht man zunächst vom Rechtsgut des Jugendschutzes, also dem Schutz von Leib und Leben der Kinder aus, so handelt es sich in der Tat bei den zu untersuchenden Tatbestandsalternativen der kinderpornographischen Schriften um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, dessen Anwendungsbereich konkreten Gefahren für Kinder weit vorgelagert ist.⁸⁶³ Kritisch lässt sich an dieser Stelle vorbringen, dass eine tatsächliche Gefährdung der zu schützenden Kinder nicht nur zeitlich undefinierbar entfernt liegen kann. Vielmehr kann, wie soeben aufgezeigt, ein Kausalzusammenhang zwischen abstrakter Gefährdung und tatsächlicher konkreter Gefahr nicht geführt werden.

Nimmt man hingegen die weiter herausgearbeiteten Rechtsgüter des Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde des betroffenen Kindes mit in die Wertung auf, entwickelt sich das abstrakte Gefährdungsdelikt zu einem Verletzungsdelikt. Unabhängig von der konkreten Tathandlung, wie dem Herstellen, Besitzen, Besitz verschaffen oder Veröffentlichen der kinderpornographischen Darstellung handelt es sich stets um eine, möglicherweise auch ständig neu verwirklichte Verletzung der Persönlichkeitsrechte und der Menschenwürde des Kindes. Dabei kommt es nicht darauf an, vor welchem Hintergrund und mit welchen Mitteln das Material erstellt wurde. Wie bereits angerissen, können insbesondere ‚Präferenzbilder‘ auch heimlich oder *Posing* Bilder unter spielerischen oder täuschenden Voraussetzungen hergestellt werden. Die Bildaufnahmen können ohne jeglichen physischen oder unmittelbar psychischen Nachteil für das Kind aufgenommen worden sein.⁸⁶⁴

⁸⁶³ Vgl. MüKo/Hörnle, StGB, § 184b, Rn. 2.

⁸⁶⁴ Vgl. Fischer, StGB, § 184b, Rn. 5; Krause, MMR 2016, 667.

Dies ändert allerdings an der tatsächlichen Verletzungshandlung nichts. Ein Kind kann derartigen Eingriffen in den eigenen Intimbereich nicht rechtswirksam zustimmen. Besonders durch die Verbreitung und Veröffentlichung nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB auf Internetplattformen oder in Chatrooms werden Aufnahmen einer unüberschaubaren Anzahl an Personen zugänglich gemacht. Ein Rückruf der Bilder oder ein sicheres Löschen der Aufnahmen ist nahezu ausgeschlossen.⁸⁶⁵

Bei jedem Versenden, Upload aber auch Betrachten wird das Persönlichkeitsrecht des Kindes, sowie dessen Menschenwürde erneut verletzt, wonach die höchste Form der Gefährdung des Rechtsguts in Form der Verletzung zu bejahen ist. Ohne Zweifel handelt es sich auch um eine nicht unerhebliche Verletzung des Rechtsgutes, da hier in die absolut schützenswerte Intimsphäre schutzloser Kinder eingegriffen wird.

(2) Sozialschädlichkeit des Verhaltens

Bei der zu bestrafenden Handlung muss es sich außerdem um ein sozialschädliches Verhalten handeln.⁸⁶⁶ Die Folgen kinderpornographischer Schriften müssten über die Gefährdung des Jugendschutzes und die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie der Achtung der Menschenwürde hinausgehen und die Gesellschaft tangieren.

Der gesamte Themenkomplex ‚sexueller Beziehungen und Handlungen mit und gegenüber Kindern‘ enthält ein Tabu, welches in der Gesellschaft universell geteilte Abscheu und Widerwärtigkeit hervorruft.⁸⁶⁷ Unzweifelhaft handelt es sich bei der Tathandlung von sexuellem Missbrauch von Kindern um eines der dominantesten Tabus, die in der deutschen Gesellschaft existieren.⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ Vgl. *Drohse*, ZRP 2018, 216; ähnlich *Krause*, ZRP 2019, 69, 70.

⁸⁶⁶ Vgl. im Ursprung schon in der Zeit der Aufklärung: *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 19; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 9; später auch *Jäger*, Strafgesetze und Rechtsgüterschutz, 122 f.; *Rudolphi*, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, 167 f.; so auch *Frisch*, NStZ 2016, 23, 24.

⁸⁶⁷ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 421, 422.

⁸⁶⁸ *ebd.*

Dieses Sexualtabu umfasst auch jegliche pornographische Darstellung eines Missbrauchsgeschehens.⁸⁶⁹

Zwar gab es im Vorfeld zur Tatbestandserweiterung hinsichtlich der *Posing* Bilder sowie des ‚Präferenzmaterials‘ durchaus weitreichende Diskussionen, die unter anderem Kritik an ‚harmlosen‘ Nacktbildern von schlafenden, badenden oder sich verkleidenden Kindern zeigten und möglicherweise spielerisch hergestellt wurden.

Dabei wurde die Gleichstellung solcher Tathandlungen mit der Darstellung von sexuellem Missbrauch als pornographische Schrift in Zweifel gezogen.⁸⁷⁰ An dieser Stelle ist allerdings hervorzuheben, dass beide betroffenen Tatbestandalternativen § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB mit den Begrifflichkeiten *unnatürliche geschlechtsbetonte Haltung* und *sexuell aufreizende Wiedergabe* weitere Einschränkungen enthalten, die eben diese Problematik aufgreifen und einen Ausschluss ‚harmloser‘ Bilder - insbesondere was die Besitzstrafbarkeit angeht - aus dem Familienalbum aussieben.

Aber selbst die hier so bezeichneten ‚harmlosen‘ Bilder fallen nach der wohl universal geteilten Meinung der Gesellschaft unter das Tabu, wenn diese, wie in Absatz 1 verlangt, veröffentlicht oder auf einem zugehörigen Markt vertrieben werden.

Dieser (Schwarz)Markt für kinderpornographische Schriften wird an dieser Stelle der Prüfung wieder relevant. Zwar wurde im vorherigen Prüfungspunkt festgestellt, dass der empirische Nachweis zwischen einem Markt für kinderpornographische Schriften und Nachahmungstaten bisher nicht geführt werden konnte.⁸⁷¹

⁸⁶⁹ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 422.

⁸⁷⁰ Vgl. u. a. die Zusammenstellung der Stellungnahmen der Sachverständigen im Protokoll zur 28. Sitzung, *Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz*, Protokoll 18/28.

⁸⁷¹ Vgl. wie oben Franke/Graf, *Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie* 2016, 93, 94 unter Rückschluss auf Carter/Prentky/Knight/Vanderveer/Bouche, *Interpersonal Voilence* 1987, 196 ff. und Riegel, *Archives of Sexual Behavior* 2004, 321 ff..

Ohne das vorgehend Festgestellte widerlegen zu wollen, gibt es aber durchaus Thesen, die kinderpornographische Schriften als Vorlauf und Katalysator sexueller Übergriffe auf Kinder sehen. Bildgeschehen würden danach sexuelle Handlungen an Kindern erleichtern, indem die Hemmschwelle sinke, während Mut ansteige und Geschehnisse unter anderem reproduziert würden.⁸⁷²

Auf den tatsächlichen Beweis der Zusammenhänge kommt es an dieser Stelle nicht an. Zu untersuchen ist unter diesem Prüfungspunkt lediglich eine Schädlichkeit des tatbestandlichen Verhaltens für die Gesellschaft.

Die Veröffentlichung beziehungsweise das Zugänglichmachen auch von Schriften, die nur *Posing* oder ‚Präferenzmaterial‘ enthalten beliefert jedenfalls zweifelsfrei einen Markt für derartige Bilder und Videos. Bereits der Markt selbst unterfällt ohne jegliche Folgetaten der oben genannten gesellschaftlichen Schädigung.⁸⁷³

Der illegale Markt für Kinderpornographie existiert, seit es das Internet gibt. Die Zahlen der Plattformen im Internet, besonders im *Darknet*, auf welchen Kinderpornographie angeboten, heruntergeladen und getauscht werden kann, steigen. Im Jahr 2010 konnten über 1350 Webseiten mit kinderpornographischen Schriften identifiziert werden, während es 2013 bereits über 13.000 waren.⁸⁷⁴ Die erfassten Fälle der Tatbegehung nach § 184b StGB generell hat im Jahr 2019 im Vergleich zum Vorjahr um etwa 65 % zugenommen.⁸⁷⁵

Auch muss in Zusammenhang mit der Sozialschädlichkeit auf die Profitmöglichkeit von Kinderpornographie hingewiesen werden. Bei der Verbreitung von kinderpornographischen Schriften handelt es sich um einen profitträchtigen Kriminalitätsbereich.

⁸⁷² Vgl. Franke/ Graf, Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie 2016, 93 (m. w. N.).

⁸⁷³ Vgl. Krause, ZRP 2019, 70.

⁸⁷⁴ Vgl. Franke/ Graf, Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie 2016, 92: Aus der Polizeilichen Kriminalstatistik der Bundesrepublik Deutschland geht hervor, dass im Jahr 2014 wie im Vorjahr eine Zunahme der Fallzahlen wegen Verbreitung pornografischer Schriften auf insgesamt 10.192 Fälle (+7,4%) zu verzeichnen war. Auch die Fallzahl der Verbreitung von Kinderpornografie stieg um 2,6 Prozent auf 2535 Fälle. Die Anzahl der Straftaten gegen das Verbot von Besitz und Verschaffung von Kinderpornografie war leicht rückläufig.

⁸⁷⁵ Vgl. Bundeskriminalamt, Kriminalstatistik 2019.

Die Herstellung und Zugänglichmachung des Materials ist dank Digitalisierung kostengünstig und nahezu jeder Person möglich. Angeboten werden kinderpornographische Schriften aber nicht nur zum Tausch, sondern auch gegen erhebliches Entgelt. Schätzungen von UNICEF auf dem Jahr 2008 ergaben, dass mit Kinderpornographie weltweit jährlich zwischen 3 und 20 Milliarden US-Dollar umgesetzt werden.⁸⁷⁶

Zuletzt ist in diesem Zusammenhang aber auch auf die weitreichenden Folgen von kinderpornographischen Schriften für die Opfer und deren Leben in der Gesellschaft hinzuweisen. Sind Bildmaterialien, die ein Kind zeigen, anderen Personen zugänglich gemacht oder auf eine Online-Plattform hochgeladen, so ist die Existenz des Bildes und dessen weitere Verbreitung nicht mehr kontrollierbar.

Die oben bereits thematisierte andauernde und irreversible Verletzung der Intimsphäre des Kindes kann zu einer andauernden Traumatisierung, Scham, Erniedrigung und Ohnmacht führen, die sich im Zusammenleben mit anderen Menschen und im Einfinden in der Gesellschaft stets wiederfinden kann.⁸⁷⁷ Ein Rückschluss auf Entwicklungsstörungen, insbesondere in Bezug auf die sexuelle Entwicklung, Vertrauen aber auch eine stets widerkehrende Angst davor, dass derartige Bilder von einer Person selbst später wieder auftauchen könnten, lassen ebenfalls auf eine Sozialschädlichkeit schließen.

Nach den oben angeführten Begründungen ist die Schädlichkeit der Tatbestanderfüllung von § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB zu bejahen.

(3) Wertneutrale Betrachtungsweise

Die Einordnung, ob es sich beim zugrundeliegenden Rechtsgut um ein elementares Gemeinschaftsgut handelt und ob die Tathandlung tatsächlich sozialschädlich ist, muss auf einer wertneutralen und nüchternen Betrachtungsweise basieren.

⁸⁷⁶ Vgl. Entsprechende Schätzungen zitiert durch *Franke/Graf*, Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie 2016, 92 (m. w. N.).

⁸⁷⁷ *ebd.*

Zwar mag die Gesetzesänderung, die die kinderpornographischen Schriften ausdrücklich auch auf ‚Präferenzmaterial‘ erweitert, auf ein aktuelles gesellschaftspolitisch diskutiertes Thema, die ‚Edathy-Affäre‘, zurückzuführen sein. Auch stehen die Abfolge des Gesetzgebungsverfahrens, sowie die konkrete Umsetzung wie oben ausführlich dargestellt unter erheblicher Kritik.

Hieraus kann hingegen nicht geschlossen werden, dass die Gesetzesänderung letztlich nur erfolgte, um dem gesellschaftspolitischen Ruf nach Veränderung und schärferer Bestrafung *Edathys* nachzukommen.

Die Erweiterung der Strafbarkeit kinderpornographischer Schriften ist vielmehr einer länger andauernden Diskussion in der Strafrechtswissenschaft, Praxis und Lehre, sowie insbesondere der verpflichtenden Umsetzung europarechtlicher Vorgaben geschuldet.

Das Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch⁸⁷⁸ gebietet es, *jedes Material mit der bildlichen Darstellung eines Kindes bei wirklichen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen oder jede Abbildung der Geschlechtsteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken*⁸⁷⁹ als kinderpornographische Schrift einzuordnen.

Zwar entsprach das deutsche Recht im Fall von *Posing* Bildern bereits in der vorherigen Fassung des § 184b StGB den Anforderungen der Lanzarote Konvention. Allerdings – insbesondere hinsichtlich der hier betroffenen Regelungen – nur im Wege der Rechtsgestaltung und Auslegung der Gerichte. Eine Klarstellungsregelung, wie sie in § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB stattgefunden hat, ist also bereits aus der Umsetzungsverpflichtung europarechtlicher Vorgaben zu rechtfertigen.⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (ETS 210 – Istanbul- Konvention).

⁸⁷⁹ Art. 20 Abs. 2 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (ETS 210 – Istanbul- Konvention).

⁸⁸⁰ Anders BeckOK/Ziegler, StGB, § 184b, Rn. 5.

(4) Insuffizienz alternativer Mittel

Um tatsächlich zu garantieren, dass es sich bei dem betroffenen Strafgesetz um das letzte mögliche Mittel des Staates handelt, muss in einem letzten Schritt unter dem Prüfungspunkt ‚letztes Mittel‘ festgestellt werden, dass jede alternative Vorgehensweise gegen das sozialschädliche Verhalten nicht gewinnbringend oder jedenfalls nicht ausreichend ist.⁸⁸¹

In der Lehre wird an dieser Stelle unter anderem vorgetragen, dass das Strafrecht für *Posing* Bilder und Präferenzmaterial nicht zur Anwendung kommen sollte, da das deutsche Recht andere, alternative Schutzmechanismen zur Verfügung stellen würde.⁸⁸²

(a) Regelung in § 201a StGB

Fraglich ist dabei, ob die beiden hier untersuchten Tatbestandsalternativen nicht bereits von einer anderen strafrechtlichen Norm umfasst sind. Nach § 201a Abs. 3 StGB wird bestraft, *wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter 18 Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft.*

An dieser Stelle ist nicht nur anzumerken, dass die hier untersuchten Tatbestandsalternativen das Zugänglichmachen solcher Aufnahmen auch ohne Entgeltlichkeit umfasst. In diesem Fall auch ausgehend vom Rechtsgut zu argumentieren. § 201a StGB steht unter der Kapitelüberschrift *Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs*.

Bei dem durch § 201a StGB geschützten Rechtsgut handelt es sich um den Schutz der Intimsphäre, während das Verbot kinderpornographischer Schriften darüber hinaus auch die sexuelle Selbstbestimmung des Kindes umfasst.⁸⁸³

⁸⁸¹ Vgl. etwa Bittmann, NStZ 2016, 255; Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 324; Hamm, NJW 2016, 1541, 1542; Landau, NStZ 2015, 666, 667.

⁸⁸² Vgl. NK/Frommel, StGB, § 184e, Rn. 1 ff.; außerdem die weitreichenden Diskussionen in Protokoll 18/28.

⁸⁸³ Vgl. Hörnle, Protokoll 18/28.

Mithin lässt sich auch die Frage danach, ob nicht eine Erweiterung des § 201a StGB im vorliegenden Fall die gewinnbringendere oder vereinfachte Lösung gewesen wäre, beantworten. Bei beiden Tatbestandalternativen, also sowohl den *Posing*- als auch den ‚Präferenzbildern‘, handelt es sich um Abbildungen mit sexuellem Umfang oder Hintergrund. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dem Kind klar war, dass in sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eingegriffen worden ist oder nicht. Vielmehr legen die bereits mehrfach hervorgehobenen Bezüge *unnatürliche geschlechtsbetonte Haltung* und *sexuell aufreizende Wiedergabe* fest, dass ein solcher Eingriff objektiv vorliegt. Somit haben sich diese Tatbestandsalternativen zu Recht im Abschnitt *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung* zu orientieren.

(b) Regelung im Kunsturhebergesetz

Mit einer ähnlichen Argumentation können auch die Stimmen widerlegt werden, die eine Einordnung vielmehr im Kunsturhebergesetz sehen. Sowohl die *Posing* Bilder als auch das ‚Präferenzmaterial‘ betreffen gerade nicht nur eine Persönlichkeitsrechtsverletzung im Sinne der Rechte am eigenen Bild.⁸⁸⁴

(c) Regelung im Rahmen des Jugendschutzgesetzes

Kritisch wird in der Strafrechtswissenschaft weiterhin vorgetragen, dass das Jugendschutzgesetz zusammen mit Jugendmedienschutz-Staatsvertrag als geeignete Disziplinen hinsichtlich der hier untersuchten *Posing* und ‚Präferenzbilder‘ einzusetzen ist.

Generell würden Gewaltdarstellungen ganz allgemein dort geregelt und auch mittels der Instrumente dieser Gesetze kontrolliert.⁸⁸⁵ Im Unterschied zur Strafverfolgung würden hinsichtlich Gewaltdarstellungen Präventionsstrategien dominieren, die nicht zwischen sexualisierter und nicht sexualisierter Gewalt differenzieren.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr.: 50/2014, 18 f..

⁸⁸⁵ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 184e, Rn. 4; hier insbesondere: § 15 JuSchG, vgl. ferner den 2016 neu gefassten JMStV.

⁸⁸⁶ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 184e, Rn. 4.

Das Besondere am modernen Medienschutz sei, dass einer Moral gefolgt würde, die den Achtungsanspruch der betroffenen Person und nicht das Sittlichkeitsempfinden der Gesellschaft in den Vordergrund rücke.⁸⁸⁷

Diese hier in Bezug genommenen Normen aus dem Jugendschutzgesetz haben aber, ebenso wie die oben bereits genannten Normen aus dem Kunsturhebergesetz, oder aus dem Bereich der strafrechtlich relevanten Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs gänzlich andere Schutzgebiete, als es § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB haben.

§ 15 JuSchG soll jugendgefährdende Trägermedien verhindern, also insgesamt dafür sorgen, dass Kinder und Jugendliche die dort genannten Medien, Bildern oder Schriften selbst nicht einsehen oder konsumieren kommen. Sie selbst sollen vor diesen Schriften geschützt werden.

Bei den *Posing* Bilder und dem Präferenzmaterial soll hingegen die eigene sexuelle Selbstbestimmung in der hier verstandenen Anwendbarkeit für Kinder im Rahmen der Herstellung solcher Medien, aber auch im Verbreiten selbiger unter Strafe gestellt werden.

(d) Regelung im Bundesdatenschutzgesetz

Weitere Stimmen sehen die Einbettung der Tatbestandsalternativen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB innerhalb des Bundesdatenschutzgesetzes.⁸⁸⁸

Die rechtswidrige Darstellung – vorliegend in der Ausgestaltung von *Posing* Bilder sowie dem ‚Präferenzmaterial‘ – sei im Rahmen der § 44 in Verbindung mit § 43 BDSG geregelt. Strafbar macht sich danach, *wer unerlaubt Darstellungen verwendet, welche für die Betroffenen nachteilig sind.*

Im hiesigen Fall würde eine nachteilige Wirkung bereits daraus folgen, dass die Aufnahmen für jeden und für eine unüberschaubare Zeit zugänglich sind.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 184e, Rn. 4.

⁸⁸⁸ *ebd.*, Rn. 1, 4.

⁸⁸⁹ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 184e, Rn. 1, 4.

Allerdings bedarf es hinsichtlich der Datenschutzverletzungstatbestände einer Schädigungsabsicht, die im Fall der Veröffentlichung von *Posing* Bildern oder ‚Präferenzmaterial‘ generell nicht vorliegen dürfte. Den kritischen Stimmen zufolge hätte diese Regelungslücke aber im Rahmen einer Änderung der BDSG-Normen und nicht durch die Erweiterung des Straftatbestandes der kinderpornographischen Schriften geschlossen werden müssen. Dies ergebe sich auch dogmatisch daraus, dass die §§ 184 ff. StGB nicht den Individualrechtsschutz der dargestellten Kinder betreffen, sondern vielmehr das gesellschaftliche Interesse. Der Schutz der Bilder und Daten sei zwar ein grundlegendes auch gesellschaftliches Interesse, gehöre systematisch aber gerade nicht zu den §§ 184 ff. StGB, sondern in das Datenschutzgesetz.⁸⁹⁰

Insgesamt kann folgendes festgehalten werden: Es gibt eine Vielzahl an Normen in unterschiedlichen Gesetzen, die ähnliche Handlungsalternativen im Zusammenhang mit Aufnahmen von Kindern, ohne Zustimmung, nackt, mit Gewalt- oder mit Sexualbezug regeln. Auf die Kritik, dass diese Normen über eine Vielzahl verschiedener Gesetze geregelt sind, soll hier nur insoweit eingegangen werden, dass es sich, wie aufgezeigt, bei allen Normen um den Schutz verschiedener Rechtsgüter der Kinder und Jugendlichen handelt, die aber in Korrelation miteinander ein lückenloses Netz an Schutz bieten sollen.

Es ist mithin nicht ersichtlich, dass ein anderes Rechtsgebiet für die Bestrafung von *Posing* Bildern sowie die Darstellung von Geschlechtsmerkmalen in sexuell aufreizender Weise vorrangig oder besser geeignet wären als das Strafrecht.

b) Erfolgsversprechend

Um dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zu genügen hat ein Strafgesetz aber nicht nur das letzte mögliche Mittel des Staates, sondern darüberhinausgehend auch erfolgsversprechend zu sein.⁸⁹¹ Es müsste jedenfalls hinreichend wahrscheinlich sein, dass gerade die Androhung von Strafe künftige Täter von der Begehung der Tat abhalten würde.

⁸⁹⁰ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 184e, Rn 1, 4.

⁸⁹¹ Vgl. Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2016, 324, 325, dort unter dem Stichwort der „Eignung“.

Die bisherige praktische Entwicklung zeigt, dass die strafrechtlichen Bemühungen noch nicht in der Lage waren, die Herstellung und Verbreitung von Kinderpornographie und die weitere Ausbreitung der Marktdichte im Internet zu bekämpfen. Die Anzahl der Internetseiten im *Darknet* steigt stetig an, während auch internationale Ermittlungen und Ermittlungserfolge nur wenig Auswirkung zu scheinen haben.

Die Statistiken des *Bundeskriminalamts* der letzten Jahre zur Kinderpornographie zeigen einen Zuwachs zwischen 14 % und 51 % in den letzten Jahren, wobei in diese Statistiken Fälle, in denen die IP Adressen nicht zugeordnet werden können von vorne herein nicht aufgenommen wurden.⁸⁹² Die Dunkelziffer dieser Straftaten dürfte also noch erheblich höher sein.⁸⁹³

Die Tatsache, dass bisher ein Rückgang von kinderpornographischen Schriften nicht verzeichnet werden kann, lässt aber nicht unmittelbar darauf schließen, dass die Norm nicht erfolgversprechend ist. Vielmehr wird hier die Ansicht vertreten, dass durch die Anonymität des Internets, gerade durch die Verschlüsselung des *Darknets* heute noch eine wesentliche Zahl an Tätern sich in Sicherheit sieht und daher weiterhin Tathandlungen begehen.⁸⁹⁴

Im Rahmen der Erweiterung des § 184b StGB wurden für das deutsche Strafrecht Strafbarkeitslücken – wie sie im Rahmen der ‚Edathy Affäre‘ offengelegt wurden – geschlossen, sodass in Zukunft die Ermittlungsmaßnahmen und ein strafprozessuales Vorgehen weiträumiger und umfänglicher vorgenommen werden kann.

Verdeckte Ermittlungen, die durch § 184b StGB nunmehr auch unmittelbar für *Posing*- und ‚Präferenzbilder‘ möglich sind, führten bereits in der Vergangenheit zu erheblichen Erfolgen und Aufdeckung von Kinderpornographierungen.⁸⁹⁵

⁸⁹² Vgl. insbesondere *Bundeskriminalamt*, Kriminalstatistik 2019, mit Einbeziehung von Kriminalstatistik 2018 und 2017.

⁸⁹³ Siehe oben.; Vgl. *Krause*, ZRP 2019, 70, zu der Kinderpornografie-Plattform „Elysium“ im Darknet etwa *Fiebig*, DRiZ 2019, 376.

⁸⁹⁴ Vgl. *Krause*, ZRP 2019, 70; *Fiebig*, DRiZ 2019, 376.

⁸⁹⁵ Verdeckte Ermittlungen wie etwa in § 110a StPO (mit weiteren Voraussetzungen).

Im Rahmen einer zu erwartenden weiteren Aufdeckungswahrscheinlichkeit ist durchaus davon auszugehen, dass ein Täter von der Tathandlung einer kinderpornographischen Schrift nach § 184b Abs. 1, Nr. 1 b) und c) StGB hinreichend wahrscheinlich abgehalten wird.

c) Ergebnis und Änderungsvorschlag

Nach all dem hält die Überprüfung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 b) und c) StGB, die *Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder der sexuell aufreizenden Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes eines Kindes* dem Maßstab des *Ultima-Ratio-Prinzips* stand.

Dagegen scheitert das Verbot fiktiver Darstellungen bereits an einem legitimen Rechtsgut, das der Tatbestandsalternative zugrunde liegt.

Insgesamt sollte nach Ansicht der Autorin die Norm daher wie folgt angepasst werden:

(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. eine kinderpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht; kinderpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:

a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind),

b) die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder

c) die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes eines Kindes,

2. es unternimmt, einer anderen Person den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches ~~oder wirklichkeitsnahes~~ Geschehen wiedergibt, zu verschaffen,

3. eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt oder

4. eine kinderpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder 2 oder des § 184d Absatz 1 Satz 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 mit Strafe bedroht ist.

(2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und gibt die Schrift in den Fällen des

Absatzes 1 Nummer 1, 2 und 4 ein tatsächliches ~~oder wirklichkeitsnahes~~ Geschehen wieder, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.

(3) Wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches ~~oder wirklichkeitsnahes~~ Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 1 Nummer 2 und 4 sowie Absatz 3.

(5) Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 3 gelten nicht für Handlungen, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung von Folgendem dienen:

1. staatliche Aufgaben,
2. Aufgaben, die sich aus Vereinbarungen mit einer zuständigen staatlichen Stelle ergeben, oder
3. dienstliche oder berufliche Pflichten.

Absatz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für dienstliche Handlungen im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, wenn

1. die Handlung sich auf eine kinderpornographische Schrift bezieht, die kein tatsächliches Geschehen wiedergibt und auch nicht unter Verwendung einer Bildaufnahme eines Kindes oder Jugendlichen hergestellt worden ist, und
2. die Aufklärung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(6) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 Nummer 2 oder 3 oder Absatz 3 bezieht, werden eingezogen. § 74a ist anzuwenden.

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

Trotz seiner im März 2019 erfolgten Änderung und damit Einschränkung steht § 219a StGB, das Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft, in der Kritik. Dabei wird unter anderem vorgetragen, dass dem Tatbestand ausschließlich die Tabuisierung der Abtreibung, eine Art ‚moralischer Klimaschutz‘ zugrunde liege, weswegen er insgesamt nicht legitimiert werden könne.⁸⁹⁶

⁸⁹⁶ Vgl. amtliche Begründung § 219a StGB; Jakobs, ZStW 1985, 774 ff.; NK/Merkel, StGB, § 219a, Rn. 2; Rahe, JR 2018, 237; Generell zu „Klimadelikten“.

Die aktuelle Fassung des § 219a StGB lautet wie folgt:

- (1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise*
1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder
2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung
anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen.
(3) Absatz 1 Nr. 2 gilt nicht, wenn die Tat gegenüber Ärzten oder Personen, die zum Handel mit den in Absatz 1 Nr. 2 erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind, oder durch eine Veröffentlichung in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachblättern begangen wird.
(4) Absatz 1 gilt nicht, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen
1. auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen, oder
2. auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen

Der Tatbestand umfasst in mehreren Alternativen die Bestrafung von gewissen Vorbereitungs- und Informationshandlungen eines Schwangerschaftsabbruchs, wobei nicht zwischen dem strafbaren und dem tatbestandlosen Schwangerschaftsabbruch aus § 218a StGB unterschieden wird. Es handelt sich um ein zeitlich dem tatsächlichen Abbruch weit vorgelagertes abstraktes Gefährdungsdelikt.⁸⁹⁷

Nach der letzten Gesetzesänderung ist es Ärzten nicht mehr gänzlich verboten, öffentlich mitzuteilen, dass in ihren Praxen Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden. Der § 219a StGB umfasst hingegen auch in seiner aktuellen Fassung das Verbot, darüber zu informieren, unter welchen Umständen, Vorgehensweisen oder mittels welcher medizinischer Mittel ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt werden wird. Zur Preisgabe solcher Informationen sollen ausschließlich die festgeschriebenen Beratungsstellen befugt sein.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ Vgl. Lackner/Kühl, § 219a, 1ff.; Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 219a, 1.

⁸⁹⁸ Vgl. Merkel, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 3 mit folgendem Beispiel: „Ich führe gesetzesgemäße Schwangerschaftsabbrüche durch. In welchen Formen, das können Sie unter dem

Das Strafgesetz des Werbeverbotes für Schwangerschaftsabbrüche wurde über Jahrzehnte kaum oder nicht angewendet, bis radikale Abtreibungsgegner § 219a StGB als Mittel ihrer Ansichtsäußerung für sich zu nutzen begannen. In den letzten zehn Jahren stiegen die Ermittlungsverfahren auf bis zuletzt 35 in 2016 und 21 im Jahr 2017.⁸⁹⁹

Strafverfahren wegen grob anstößiger Werbung sind nicht bekannt. Auch gibt es keine Erkenntnisse zu eingeleiteten Verfahren wegen Werbung für oder Informationen über entsprechende Mittel und Verfahren hinsichtlich des rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs.⁹⁰⁰

Die folgenden Ausführungen zur Überprüfung der Legitimation des Strafgesetzes nach den Grundsätzen des *Ultima-Ratio*-Prinzips sollen sich daher zunächst primär auf die ärztliche Sachinformation zum rechtmäßigen, also tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruch beziehen.

Die Tatbestandsmerkmale zur werbenden Handlung sowie alle Handlungsalternativen zum rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch werden aber später noch einmal aufgegriffen.

a) Letztes Mittel

Um ein Strafgesetz zu legitimieren, muss es sich bei dieser Sanktionierungsform um das letzte dem Staat zur Verfügung stehende Mittel handeln. Dabei ist zunächst das zugrundeliegende Rechtsgut herauszuarbeiten.

In der Kommentarliteratur wird bereits die Frage nach dem zugrundeliegenden Rechtsgut entweder nicht oder nicht einheitlich beantwortet.⁹⁰¹

folgenden Link [z.B. der Bundesärztekammer] sehen“, dann wäre das künftig nicht nur vollkommen rechtmäßig, sondern – da es einem ausdrücklich propagierten Gesetzeszweck dient – naturgemäß lobenswert. Sagt sie dagegen: „Ich führe gesetzesgemäße Schwangerschaftsabbrüche durch. In welchen Formen, das können Sie unter dem folgenden Link sehen. Dort werden Sie auch die von mir bevorzugte Methode X finden“, dann soll sie weiterhin strafbar sein, also kriminelles Unrecht begangen haben.“

⁸⁹⁹ 2010, 12; 2011, 14; 2012, 3; 2013, 11; 2014, 2; 2015, 27; 2016, 35; Aburteilung 2017: 1, Vgl.

Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 5.

⁹⁰⁰ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 5.

⁹⁰¹ Vgl. BeckOK/*Eschelbach*, StGB, § 219a, 1 ff..

aa) „Klimaschutz“

Dabei wird unter anderem ein ‚gesellschaftlicher und moralischer Klimaschutz‘ als Rechtsgut genannt. § 219a StGB solle danach eine Verharmlosung und Normalisierung der Beendigung einer Schwangerschaft im Wege einer Abtreibung und die generelle Verwahrlosung der Gesellschaft verhindern.⁹⁰²

Die Verwahrlosung der Gesellschaft könnte unter anderem daraus resultieren, dass die Situation von ungewollt schwangeren Frauen ausgenutzt und diese kommerzialisiert wird. Allerdings dürfte sich diese Gefahr mit der Einführung des sogenannten Beratungsmodells 1992 erledigt haben.

Danach sind Ärzte im Rahmen der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs lediglich befugt, einen festgeschriebenen Kostensatz für diese Leistung abzurechnen. Die Wirksamkeit des ärztlichen Vertrages stellt einen der zwingenden Bestandteile des Beratungsmodells des Bundesverfassungsgerichts dar. Von einem Kommerzialisierungswillen kann daher nicht (mehr) gesprochen werden.⁹⁰³

Weiter führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass die Verhinderung der Normalisierung eines Schwangerschaftsabbruchs nur im Wege der gesamtheitlichen Entfaltung des Konzepts rund um den Schwangerschaftsabbruch und damit auch entsprechend der Strafbarkeit der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche erfolgen kann.⁹⁰⁴ Dem ist zu entgegnen: Das gesamtheitliche Beratungsmodell, welches einer ungewollt Schwangeren zugutekommen soll, bedarf dem § 219a StGB nicht. Dazu wird zunächst argumentiert, dass die Überzeugung und wirksame Umsetzung eines Regelungskonzepts mittels eines zugehörigen Strafgesetzes an keiner anderen Stelle bekannt sei.

⁹⁰² Vgl. BVerfGE 88, 203; *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, 2 ff.; *Kubiciel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 2; *Lackner/Kühl*, § 219a, 1 ff.; *Merkel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 2, 3; *MüKo/Gropp*, StGB, § 219a, 1; *Schönke/Schröder/Eser/Weißer*, § 219a, 1.

⁹⁰³ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 6 f..

⁹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 88, 203.

Im Speziellen seien die Beratungsschritte sowie der damit einhergehende Beratungsinhalt nicht unmittelbar davon abhängig, ob ein Gynäkologe über die von ihm bevorzugte Art und Weise des Schwangerschaftsabbruchs informiert oder nicht. Die ungewollt Schwangere muss unabhängig von den Informationen, die sie sich im Vorfeld beschaffen kann, die verschiedenen vorgesehenen Beratungsschritte einhalten und diese auch vor der Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs nachweisen können.

Es stellt sich außerdem die Frage, ob der gewünschte Effekt, also die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Vorstellung, dass ein Schwangerschaftsabbruch keine Normalität darstellen soll, durch Tabuisierung und eine gewisse Art an Zensur von Informationen erwirkt werden kann. In Zeiten einer Informationsgesellschaft, in welcher insbesondere im Internet auf nahezu jede Information zurückgegriffen werden kann, könnte eine Tabuisierung und ein Zurückhalten von verifizierten Informationen gerade den gegenteiligen Effekt entfalten. Dies bestätigt die Entwicklung der letzten Jahre, in welchen der § 219a StGB eine Entwicklung von einer absoluten Schattennorm hin zu einem viel diskutierten und gesellschaftspolitisch relevanten Gesetz durchlebt hat.⁹⁰⁵

Konkreter auf den Tatbestand gemünzt muss erkannt werden, dass dieses Rechtsgut des ‚moralischen Klimaschutzes‘ überhaupt nur insoweit einschlägig sein könnte, wie es sich um die Tatbestandsalternative des *grob anstößigen Anpreisens* von Abbruchmitteln im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch handelt. Der Informationsfluss hinsichtlich des rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs kann davon nicht umfasst sein.⁹⁰⁶ Sachliche und richtige Aufklärung über das erlaubte Handeln im Hinblick auf den Schwangerschaftsabbruch dürfte gerade den gegenteiligen Effekt, nämlich eine „moralische(..) Versachlichung des einschlägigen öffentlichen Diskurses“⁹⁰⁷ bewirken.

⁹⁰⁵ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 5.

⁹⁰⁶ Vgl. *Merkel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 2,3.

⁹⁰⁷ *ebd.*

Im Ergebnis müsse jede Veröffentlichung, jedes Aussprechen oder Zugänglichmachen von Informationen zum Themenbereich rechtmäßiger Schwangerschaftsabbrüche nicht mit dem oben genannten ‚Rechtsgut des Klimaschutzes‘ in Einklang stehen dürfen.

Dabei kann es nicht auch darauf ankommen, ob der Arzt nur auf die Vornahme von rechtmäßigen Schwangerschaftsabbrüchen hinweist, oder darüberhinausgehend auch darüber informiert, welche Art von Schwangerschaftsabbrüchen diese Leistung genau umfasst.⁹⁰⁸

‚Klimaschutz‘ kann damit nicht als zugrundeliegendes Rechtsgut angenommen werden.

bb) Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmungsrecht der Frau

Andere Meinungen gehen dahin, dass das gesellschaftliche Klima, wie soeben aufgezeigt, wenn überhaupt nur vor der Einführung der Beratungslösung, nämlich im Zeitrahmen von 1976 bis 1992, unter der Geltung der Indikationenlösung des Bundesverfassungsgerichts, relevant gewesen sei.

In dieser vergangenen Zeit habe es der einhelligen Meinung entsprochen, dass das gesellschaftliche Klima zu schützen sei und dafür Sorge getragen werden müsse, dass der Schwangerschaftsabbruch zu keiner Zeit als etwas Normales angesehen werde.⁹⁰⁹

Seit der Einführung der Beratungslösung können nach dieser Ansicht Rechtsgut des § 219a StGB ausschließlich die Entscheidungsfreiheit der betroffenen Frau sein. Sie soll vor einer vorschnellen, nicht durchdachten und überstürzten Entscheidung hin zu einem Schwangerschaftsabbruch geschützt werden.⁹¹⁰

⁹⁰⁸ Vgl. *Merkel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 2,3.

⁹⁰⁹ Vgl. *Fischer*, StGB, § 219 a, Rn. 1; Fraktion die LINKE in Drucks. 19/7965; Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen in Drucks. 19/7965; *Frommel*, ZRP 2019, 1.

⁹¹⁰ Vgl. *Frommel*, ZRP 2019, 1.

Hierbei komme es auch nicht darauf an, ob tatsächlich eine werbende Tätigkeit vorliegt, schon das Anbieten und Veröffentlichen von Informationen könne eine erhebliche Voreingenommenheit bei ungeplant Schwangeren hervorrufen oder bestärken, was insgesamt dem Ziel des Beratungsmodell zuwiderlaufe und daher unbedingt zu verhindern sei.⁹¹¹

Hinsichtlich dieser Ausführungen wird zurecht kritisiert, dass es hierbei den Anschein macht, betroffene Frauen müssten vor sich selbst geschützt werden und dürften im Wege einer gewissen Art Zensur nur gefiltert und von gewissen behördlichen Stellen ausgesuchte Informationen erlangen, um die, so verstandene, richtige Entscheidung zu treffen.⁹¹² Ungewollt Schwangeren wird mit obestehender Argumentation die Fähigkeit abgesprochen, weitreichende Informationen selbst zu sammeln, eigenständig zu filtern und für sich selbst und ihre persönliche Situation einzuordnen.

Die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs wird aber nicht von Informationen über die Art und Weise der Vornahme oder medizinischen Informationen, welche durch die betreffenden Ärzte preisgegeben werden, abhängig sein. Vielmehr dürfte die Entscheidung für oder gegen die Beendigung einer Schwangerschaft ausschließlich von der persönlichen Situation der Betroffenen abhängen.

Hierbei werden die aktuelle Lebenssituation, der familiäre und finanzielle Hintergrund, sowie eine Vielzahl weiterer, persönlicher Beweggründe eine Rolle spielen. Es ist kaum vorstellbar, dass eine gesunde, glückliche Frau mit Kinderwunsch und passendem Partner sich zu einem Abbruch der Schwangerschaft entscheidet, weil Sie durch ihren Frauenarzt öffentlich über die verschiedenen Möglichkeiten und Praktiken eines Schwangerschaftsabbruchs informiert worden war.⁹¹³

⁹¹¹ Vgl. *Kubiciel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 6.

⁹¹² Vgl. unter anderem *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 11, 12; *Jansen*, jurisPR-StrafR 2018, Anm. 2; *Schwarzer*, EMMA 30.01.2019.

⁹¹³ so auch *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 11, 12.

Erschwerend kommt hinzu, dass mit wenigen Klicks über Suchmaschinen wie *Google* nahezu jegliche Information im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch erlangt werden kann, von neutralen Erklärungen über die verschiedenen Arten eines Abbruchs, bis hin zu Erfahrungsberichten in Schrift und Videoform. Darüberhinausgehend finden sich Internetforen, in denen sich betroffene Frauen austauschen und untereinander ihre subjektiven Meinungen zum Thema Schwangerschaftsabbruch preisgeben können.

Warum dagegen eine neutrale Information eines Arztes, welche Form des Schwangerschaftsabbruchs er anbietet, eine unangemessene Beeinflussung der Schwangeren zur Folge haben soll, erschließt sich nicht. Vielmehr dürften solche frühzeitigen, neutralen Informationen, zusammen mit einer darauffolgenden und weiterhin verpflichtenden Beratung durch eine zertifizierte Beratungsstelle dafür sorgen, dass eine Frau sich nicht nur vollständig, sondern eben auch frühzeitig informieren kann.⁹¹⁴

Nicht wenige Erfahrungsberichte von Frauen zeigen die Problematik, verifizierte Informationen zu Ärzten und Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs in ihrer Nähe zu erhalten. Dabei hat die Schwangere immer zu bedenken, dass Sie jedwede Verzögerung vermeiden muss, um die gesetzliche Frist aus § 218a StGB einzuhalten.

Sie muss die Beratungstermine planen, einen der wenigen Ärzte finden, die Schwangerschaftsabbrüche tatsächlich vornehmen und schnellstmöglich jegliche vorgeschriebenen Stationen mit ihrem normalen Alltag vereinbaren. Das bringt insbesondere dann Schwierigkeiten mit sich, wenn die Frau von der Schwangerschaft erst zum Ende der Frist erfährt. In der Folge muss sie nach dem Willen des Strafgesetzes sich dann also möglichst still und unbefangen verhalten, bis sie den ersten Beratungstermin hat. Zu diesem Zeitpunkt kann und soll sie nach dem Willen des Gesetzgebers keinerlei Informationen zum Abbruch eingeholt haben.

⁹¹⁴ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 11, 12.

Es ist der ungewollt Schwangeren an dieser Stelle maximal möglich herauszufinden, welcher Arzt in Ihrer Nähe einen Abbruch vornehmen kann. Alle anderen Informationen müsste sich die Betroffene dann aus Foren, subjektiven Erfahrungsberichten und Amateurvideos zusammensuchen. Dass ein solches Vorgehen eine Schwangere weniger beeinflusst als zusammengefasste, neutrale und medizinisch fundierte Informationen, beispielsweise auf der Webseite des Arztes ihres Vertrauens, kann nicht nachvollzogen werden.

cc) Ungeborenes Leben

Zuletzt wird vertreten, dass das Leben des ungeborenen Kindes das dem § 219a StGB zugrundeliegende Rechtsgut sei. Dieses stehe nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter ganz besonderem Schutz.⁹¹⁵

Hierbei wird die bereits genannte Argumentationskette wieder aufgegriffen, dass jegliche werbende Tätigkeit aber auch das Veröffentlichen von Informationen den Entschluss hinsichtlich des Abbruchs einer Schwangerschaft elementar beeinflussen können und damit auch unmittelbar die Entscheidung über das Leben des ungeborenen Kindes betreffen.⁹¹⁶

Dem ist in vielerlei Hinsicht zu widersprechen. Es ist unstrittig, dass das generelle Verbot der Abtreibung nach § 218 StGB mit seinen Ausnahmen nach § 218a StGB dem Schutz des ungeborenen Lebens dient und dass es sich dabei nicht nur um ein kernstrafrechtliches, sondern auch um eines der schützenswertesten Rechtsgüter unserer Gesellschaft handelt.⁹¹⁷

Dennoch ist zunächst auf die bereits vorgetragene Verneinung der negativen Beeinflussung einer ungewollt Schwangeren zu verweisen.

⁹¹⁵ Vgl. *Fraktion CDU/CSU in BT-Drucks*, 19/7965; *Frommel*, Verbot des öffentlichen „Anbietens“ zum Schwangerschaftsabbruch, ZRP 2019; *Kubiciel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 2 ff..

⁹¹⁶ Vgl. BVerfGE 98, 265.

⁹¹⁷ Vgl. so auch BVerfGE 88, 203.

Wenn aber schon eine tatsächliche Beeinflussung einer betroffenen Frau nicht fundiert dargelegt werden kann, dann kann im weiteren Verständnis auch eine darauf angeblich basierende Entscheidung gegen das Leben des Kindes nicht angenommen werden.⁹¹⁸

Aber selbst wenn eine Förderung der Entscheidung durch die von § 219a StGB umfassten Handlungsalternativen erfolgen sollte, so wäre jedenfalls in Bezug auf den rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch das Schutzgut ‚Leben des Ungeborenen‘ in sich widersprüchlich.

Wenn nämlich der, der Beeinflussung nachfolgende, Schwangerschaftsabbruch von Gesetzes wegen erlaubt ist und dort die Rechtsgüter der Schwangeren dem des ungeborenen Kindes überwiegen, so kann nicht argumentiert werden, dass eine mögliche und weit vorverlagerte Förderungshandlung eines solchen rechtmäßigen Tuns auf das überwiegende Rechtsgut des Ungeborenen zu stützen sei.⁹¹⁹

b) Ergebnis und Änderungsvorschlag

Zusammenfassend wird heute zu Recht vorgetragen, dass es sich bei der Regelung § 219a StGB um „völligen Anachronismus“⁹²⁰ handle.

Vor dem Hintergrund der offensichtlichen Missbrauchsanfälligkeit der Norm, namentlich der Kreuzzüge von Abtreibungsgegnern einerseits, aber auch der heutzutage hervorgehobenen Rolle der selbstbestimmten Frau, inklusive ihrer Rechte auf Information und Entscheidungsfreiheit, erscheint § 219a StGB in Bezug auf Informationen über den rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch als ein Vermächtnis der Vergangenheit, das im modernen Strafgesetzbuch keinen Platz mehr haben sollte und damit zu streichen ist.⁹²¹

⁹¹⁸ So auch *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, 2, 11, 12 „Das ungeborene Leben ist (...) durch § 219a StGB nicht unmittelbar betroffen.“

⁹¹⁹ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 18, 19; *Merkel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch, 2.

⁹²⁰ *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 18.

⁹²¹ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 18, 19.

An dieser Stelle sei auch nochmals auf die Tatbestandsvarianten der Werbung für den illegalen Schwangerschaftsabbruch, sowie die grob anstößige Werbung an sich einzugehen, wenngleich keine nachgewiesene Relevanz dieser Tatbestandsalternativen existiert.⁹²²

Zwar kann im Hinblick auf das Bewerben eines rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs neben dem ‚moralischen Klimaschutz‘ das ungeborene Leben zweifellos als zugrundeliegendes Rechtsgut angesehen werden.

Allerdings ist spätestens unter dem Prüfungspunkt der Insuffizienz anderer Mittel anzumerken, dass jegliche Vorbereitungs- und strafrechtsrelevante Beeinflussungshandlungen im Hinblick auf den tatbestandsmäßigen Schwangerschaftsabbruch nach § 218 StGB bereits von § 111 StGB, der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten, oder der Anstiftung §§ 218, 26 StGB umfasst sind. Einer eigenständigen Norm im Gemeinschaftsgebilde eines bestimmten Konzeptes ist dem Strafrecht fremd und im Zusammenhang zu den § 218 ff. StGB auch nicht notwendig.⁹²³

Auch ein werbendes Verhalten von Ärzten in diesem Zusammenhang ist bereits von anderen und weitaus zutreffenderen Normen umfasst.

So ist generell die berufliche Kommunikation von Ärzten durch das Berufs- und Standesrecht gedeckt, Bezüge zu Arznei und Heilmittel durch das Heilmittelwerbegesetz, sowie dem Gesetz zum unlauteren Wettbewerb.⁹²⁴ Diese Normen enthalten eben den hier betroffenen Regelungsgehalt, sie erlauben ausdrücklich die sachliche und informative Darlegung von Gegebenheiten und verbieten anpreisende, berufswidrige Werbung für ärztliche Tätigkeiten.

⁹²² Vgl. nochmals wie oben *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 5.

⁹²³ Vgl. *BT-Drucks*, 19/7965; *BT-Drucks*, 19/630; *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, 17.

⁹²⁴ Vgl. *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 9, 10.

§ 3 des Heilmittelgesetzes (HWG) sowie § 5 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) verbieten irreführende und unlautere vergleichende Werbung und beinhalten danach die Vermeidung unangemessener Kommerzialisierung. Im Fall des Zuwiderhandelns können die zuständigen Landesärztekammern Bußgelder bis zu 200.000 € verhängen, was die Effektivität der Regelung garantieren dürfte.⁹²⁵ Diese Regelungen gehen aber noch weiter und verbieten Ärzten darüber hinausgehend auch berufswidrige Werbung durch Dritte zu veranlassen oder auch nur zu dulden.

Insgesamt dürfte danach der Bereich der „einer dem Selbstverständnis der Ärztin oder des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufes“⁹²⁶ ausreichend durch die einschlägigen Regelungen abgedeckt sein.

§ 219a StGB demnach ersatzlos zu streichen. Die §§ 218 ff. StGB bleiben davon unberührt.

4. Beischlaf zwischen Verwandten § 173 StGB

Als Ausdruck des Schutzes einer Sexualmoral, eines gesellschaftlichen Tabus und einer reinen Sittlichkeitsvorstellung wird § 173 StGB, der Beischlaf zwischen Verwandten kritisiert. Dennoch hielt die Norm allen bisherigen Kritiken sowie der Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts bisher Stand.

In der seit 1973 bestehenden Formulierung beinhaltete § 173 StGB den folgenden Tatbestand:

(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.

⁹²⁵ Vgl. Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zur Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB, 9, 10.

⁹²⁶ *ebd.*

(3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.

a) Letztes Mittel

Zwar enthält der Straftatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten drei Tatbestandsalternativen, in § 173 Abs. 1 StGB den Beischlaf zwischen Verwandten absteigender Linie, in Absatz 2 Satz 1 den Beischlaf zwischen Verwandten aufsteigender Linie und in Absatz 2 Satz 2 den Geschwisterinzeß, allerdings wird hinsichtlich der nun folgenden Prüfung, insbesondere im Rahmen der Frage nach dem zugrundeliegenden Rechtsgut, weder in der Strafrechtsliteratur noch in der zugehörigen Rechtsprechung ein faktischer Unterschied gemacht. Es wird daher die Norm als Gesamtkonstrukt untersucht.

Seit mehr als 50 Jahren steht der Beischlaf zwischen Verwandten in ständiger Kritik der Wissenschaft und Lehre.⁹²⁷

Zwar überstand die Norm die Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, allerdings nur unter kryptischen Hinweisen wie der Rechtfertigung der Norm mittels „tief verwurzelten ethischen, kulturellen und moralischen Anschauung unserer historisch gewachsenen Gemeinschaft“⁹²⁸, der gesellschaftlichen Tabuisierung des Inzests sowie der Gesamtschau nachvollziehbarer und kulturhistorischer Strafzwecke.⁹²⁹

Da in der vorliegenden Arbeit ein anerkanntes Rechtsgut als Ausgangspunkt der Rechtfertigung von Strafgesetzen nach dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz zwingend notwendig ist, wird nunmehr zu überprüfen sein, ob ein solches Rechtsgut tatsächlich benannt werden kann.

⁹²⁷ Vgl. *BT-Drucks*, 6/1552, § 173 StGB wurde unter nicht endender Kritik unter das Kapitel der Straftaten gegen den Personenstand, der Familie und der Ehe verschoben. Schon hier konnte ein Rechtsgut nicht eindeutig benannt werden.

⁹²⁸ BVerfGE 120, 224.

⁹²⁹ *ebd.*

aa) Eugenische Gesichtspunkte

Der Strafgesetzgeber hat sich ursprünglich zunächst auf eugenische Gesichtspunkte gestützt, was insbesondere dadurch deutlich wird, dass als Tathandlung der Beischlaf und nicht etwa beischlafsähnliche Handlungen genannt sind.⁹³⁰ Bereits das Reichsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1922 zu erkennen gegeben, dass das Strafgesetz der körperlichen und sittlichen Gesundheit der Familie diene.⁹³¹

Kinder, die aus inzestuösen Beziehungen hervorgehen, unterlägen einer höheren Wahrscheinlichkeit für Erbkrankheiten.⁹³² Davor solle das Strafgesetz betroffene Kinder und deren Familien im Speziellen, aber auch die Gesellschaft und die Volksgesundheit im Allgemeinen schützen.⁹³³

Ob die Wahrscheinlichkeit von Erbkrankheiten bei Kindern aus Inzestverbindungen in der Tat erhöht ist, was gänzlich umstritten ist,⁹³⁴ ist absolut irrelevant. Selbst die Zugrundelegung einer empirischen sicheren Nachweisbarkeit von erhöhten Erbschäden bei Kindern im Fall einer direkten Verwandtschaft der Eltern, könnte das Strafgesetz § 173 StGB nicht tragen.

In diesem Fall müsste sich das Strafgesetz nämlich auf den Tatbestandserfolg der Zeugung und nicht lediglich auf den Beischlaf beziehen.⁹³⁵ Darüberhinausgehend müsste sich der sichere Ausschluss einer Zeugung straffausschließend auswirken.

⁹³⁰ Vgl. *BT-Drucks*, 6/1552; *BT-Drucks*, 6/3521.

⁹³¹ Vgl. *BGH*, NJW 1952, 671 („Gefahren der Inzucht“); *Ellbogen*, ZRP 2006, 190 unter Verweis auf die Reichsgerichtsentscheidung aus 1922.

⁹³² Vgl. *BT-Drucks*, 6/1552; *BT-Drucks*, 6/3521, so auch *BT-Drucks*, 18/2714 mit Bezug auf eine Zusammenfassung aus vier Studien aus den Jahren 1967 – 1982: Studien mit insgesamt 213 Kindern, 11,7 Prozent autosomal-rezessive Krankheiten, 16 Prozent Fehlbildungen/plötzlicher Kindstod, 11,7 Prozent unspezifische schwere Intelligenzminderung, 14,6 Prozent andere Störungen, einschließlich leichter Intelligenzminderung; nur 46 Prozent hatten keinen auffälligen Befund (zusammengefasst nach *Bittles*, Vogel and Motulsky’s Human Genetics 2010).

⁹³³ Vgl. BVerfGE 120, 224.

⁹³⁴ siehe für empirische Validität von Erbschäden aus Inzestbeziehungen BVerfGE 120, 224 mit Verweis auf *Albrecht/Sieber*, MPI 2007; außerdem *Deutsche Gesellschaft für Humangenetik*, Stellungnahme 26.06.2018, 1, im medizinischen und anthropologischen Schrifttum: *Szibor*, Rechtsmedizin 2004, 387 ff. (m. w. N.), *Staudacher*, Bruder-Schwester-Inzest, 152 ff.; dagegen im strafrechtlichen Schrifttum *LK/Dippel*, StGB, § 173 Rn. 12; *Ellbogen*, ZRP 2006, 190, *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 456; *Stratenwerth*, Inzest und Strafgesetz, 303; *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, Rn. 3; *Roxin*, AT/1, § 2 C, Rn. 27; sowie in der Rspr. BSGE 89, 199.

⁹³⁵ Vgl. *NK/Frommel*, StGB, § 173, 12; *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, 4.

Sowohl eine Zeugungsunfähigkeit, fehlende Geschlechtsreife, als auch diverse Verhütungsmethoden müssten ihren Niederschlag innerhalb des Strafgesetzes finden.⁹³⁶ Dies ist aber nicht der Fall.

Es stellt sich außerdem die Frage, wessen Gesundheit unter eugenischen Gesichtspunkten geschützt werden soll. Geht man davon aus, dass die aus einer Inzestbeziehung hervorgehenden Kinder geschützt werden sollen, würde dies zu der Schlussfolgerung einer Interessenabwägung zwischen einem Leben mit Erbschäden und der eigenen Nichtexistenz führen.⁹³⁷

Eine solche Abwägung kann aber nach dem deutschen Recht und Grundgesetz denknotwendig nicht erfolgen.⁹³⁸

Dies wird auch dadurch deutlich, dass eine Fortpflanzung selbst dort, wo die Wahrscheinlichkeit behinderter Nachkommen empirisch nachvollziehbar und die zu erwartende Behinderung erheblich wäre, nicht verboten ist.⁹³⁹

Eine konsequente Anwendung des Rechtsguts der Gesundheit der Nachkommen würde schlussendlich dazu führen, dass ganz grundsätzlich Partnern, bei denen aufgrund ihrer genetischen Dispositionen und Erbkrankheiten behinderter Nachwuchs zu erwarten wäre, die Fortpflanzung zu verbieten wäre.⁹⁴⁰ Eine solcher Rückschluss ist mit dem Persönlichkeitsrecht betroffener Personen sowie den Grundfreiheiten aus dem Grundgesetz nicht vereinbar.⁹⁴¹

Ebenso wenig können die Gesundheit und generellen Interessen der Familie, in die der Nachwuchs hineingeboren wird, herangezogen werden.⁹⁴²

⁹³⁶ Vgl. *Ellbogen*, ZRP 2006, 190; *NK/Frommel*, StGB, § 173, 12; *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, 4.

⁹³⁷ Vgl. *Hörnle*, NJW 2008, 2086 f.; *Merkel*, „Wrongful birth – wrongful life“, 185 ff..

⁹³⁸ Vgl. *NK/Frommel*, StGB, § 173, 12; *Hörnle*, NJW 2008, 2086 f.; *NK/Frommel*, StGB, § 173, 12; *Merkel*, „Wrongful birth – wrongful life“, 185 ff..

⁹³⁹ Vgl. *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort u.a. unter I. 2. a) und II. 2.).

⁹⁴⁰ Vgl. *Ellbogen*, ZRP 2006, 190 mit dem Bezug auf die Tatsache, dass es solche Normen unter dem Naziregim gegeben hat: Nürnberger Rassegesetze von 1935, *BGBI I*, 1146 f.; *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, 4.

⁹⁴¹ Vgl. *Deutsche Gesellschaft für Humangenetik*, Stellungnahme 26.06.2018, 2; *Hörnle* NJW 2008, 2087; *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, 4; *Roxin*, StV 2009, 547; *Zabel*, JR 2008, 453.

⁹⁴² Vgl. so auch *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter I. 2. c) und II. 1.).

Natürlich kommen auf Familien kranker Kinder, hier noch immer vorausgesetzt, dass es durch den Inzest tatsächlich zu gengeschädigten Erkrankungen gekommen ist, kosten- und zeitintensivere Betreuungsverpflichtungen zu. Nicht zu vernachlässigen sind neben psychischen Belastungen einer Familie resultierend aus einem kranken Familienmitglied, auch gesellschaftliche Belastungen, die daraus resultieren, dass ein Kind aus einer inzestuösen Beziehung entstanden ist.

Doch auch dieser Gedanke kann vorliegend im Ergebnis nicht weiterverfolgt werden. Dies würde nämlich dazu führen, dass das Leben des behinderten Kindes fürsorglichen, emotionalen und fiskalischen Aufwendungen der Familie gegenüberzustellen ist. Auch diese Interessenabwägung ist mit dem deutschen Grundgesetz nicht vereinbar.⁹⁴³

Zuletzt kann auch das abstrakte Schutzgut der Volksgesundheit⁹⁴⁴ zu keinem anderen Ergebnis führen. Ohne stichhaltige empirische Ergebnisse, die belegen, dass aus Inzestbeziehungen tatsächlich vermehrt Nachkommen mit Erbschädigungen hervorgehen, kann erst recht kein Schluss auf die Gesundheit der Bevölkerung erfolgen.⁹⁴⁵

bb) Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG

Als weiteren Strafgrund tragen Gesetzgeber und Rechtsprechung den im Grundgesetz in Art. 6 GG verankerten Schutz der Ehe und Familie vor. Dafür würde jedenfalls auch die Einordnung der Norm unter dem 12. Abschnitt, *Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie*, sprechen. Inzestuöse Beziehungen würden den Familienbund belasten, familienzerstörend wirken und schwere seelische Schäden bei Familienmitgliedern, insbesondere minderjährigen Kindern, hervorrufen.⁹⁴⁶

⁹⁴³ Vgl. Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter I. 2. c) und II. 1.).

⁹⁴⁴ Vgl. Bezugnahme des BVerfG in BVerfGE 120, 224 auf die Stellungnahme des Generalbundesanwaltes (unter A. IV.).

⁹⁴⁵ so auch Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter II. 2.).

⁹⁴⁶ Vgl. BT-Drucks, 6/1552. vgl. BGHSt 39, 326, BVerfGE 120, 224.

Die gravierenden sozial- und familienschädlichen Auswirkungen von Inzestbeziehungen ergeben sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter anderem aus den Ergebnissen der oben bereits angesprochenen Studie des Max-Planck-Instituts.⁹⁴⁷

Hierbei handelt es sich allerdings, was auch die Rechtsprechung erkennt, um eine nicht repräsentative Studie, die somit auch keine Aussage darüber trifft, ob die angesprochenen Negativfolgen tatsächlich aus einer Inzestverbindung (allein) herrühren können. Ein Kausalzusammenhang zwischen den aufgezeigten Folgen aus der betroffenen Studie und einer Inzestverbindung liegt damit nicht vor. Es kann nicht nachvollzogen werden, warum das Bundesverfassungsgericht trotz der fehlenden Repräsentativität sein Urteil unter anderem auf diese Studie stützt.

(1) Familiäres Leitbild aus Art. 6 GG

Primär sei nach der Rechtsprechung außerdem auf das ‚Strukturprinzip‘ der Familie zu verweisen. Art. 6 GG beziehe sich auf die Lebensform der Familie, wie sie in der Verfassung vorgesehen ist und insbesondere in Ihren Verwandtschaftsverhältnissen, Rollenverteilungen und sozialen Zuordnungen eine elementare Bedeutung hätten und daher besonders schützenswert seien.⁹⁴⁸

Die verschiedenen Rollen innerhalb einer Familie müssten dem Bild der Familie aus Art. 6 GG entsprechen. Dieses „familiäre Leitbild des Grundgesetzes“⁹⁴⁹ stellt die Gemeinschaft verheirateter Eltern mit ihren Kindern dar. Wenn der Schutz einer solchen Familienstruktur aber tatsächlich so elementar ist, dass er mittel dem Strafrecht geschützt werden muss, dann stellt sich an einer anderen Stelle die Frage, warum seit 1969 der Ehebruch nicht mehr strafbar ist.⁹⁵⁰

⁹⁴⁷ Siehe oben unter III. 2. c).

⁹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 24, 119; BVerfGE 108, 82; BVerfGE 120, 224.

⁹⁴⁹ BeckOK/Eppinger/Hillgruber, GG, Art. 6, Rn. 14.

⁹⁵⁰ 1. StrRG v. 25.6.1969; Ellbogen, ZRP 2006, 190; So auch Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort u.a. unter I. 2. C), II. 1. und IV. 1.); MüKo/Ritscher, StGB, § 173, 5.

Eine konsequente Beachtung des Schutzes der Familie und der Ehe aus Art. 6 GG hätte vielmehr zur Folge, dass jede Handlung, die zur Entfernung, Entfremdung oder Zerstörung dieses Familienbildes führt, zu bestrafen sein müsste.

Auch bleibt unklar, warum Adoptiv- und Pflege-, sowie uneheliche Kinder, die über eine längere Zeit oder dauerhaft in eine Familie aufgenommen werden, diesem strafrechtlichen Familienkonstrukt nicht unterfallen und damit von § 173 StGB nicht geschützt werden, während sie sehr wohl vom Schutz des Art. 6 GG umfasst sind. Uneheliche Kinder sind in Art. 6 Abs. 5 GG ausdrücklich genannt, während sich die elterliche Gemeinschaft unstreitig auch auf Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder erstreckt und diese damit unter den Familienbegriff des Grundgesetzes fallen.⁹⁵¹

Auf der anderen Seite kann nicht nachvollzogen werden, dass das Schutzgut des Familienbundes so weit zu wirken scheint, dass es auch dann zur Anwendung kommt, wenn zwar Blutsverwandtschaft, aber faktisch keine familiäre Verbundenheit vorliegt, also die verschiedenen Familienmitglieder nicht miteinander aufwachsen oder sich möglicherweise erst im Erwachsenenalter kennenlernen.⁹⁵²

Dies wird auch dadurch gestützt, dass Betroffene bis zum 18. Lebensjahr straffrei bleiben, während sie dann, wenn naturgemäß ein Familienbund weniger eng und gegebenenfalls für junge Erwachsene auch weniger erheblich wird, von § 173 StGB umfasst werden.⁹⁵³

Obwohl es nach der geltenden Rechtsprechung also primär um die lebenswichtige Funktion der Familie, den Bund und familiären Zusammenhalt gehen soll, spielt eine tatsächliche Haus- und Lebensgemeinschaft oder eine überhaupt vorliegende Verbindung der betroffenen Personen für die Strafnorm keine Rolle.

⁹⁵¹ Vgl. BVerfGE 18, 97; speziell zur Pflegefamilie: BVerfGE 68, 176; BVerfGE 79, 51; speziell zur Adoptivfamilie: BVerfGE 80, 81; BVerfGK 1, 83; BeckOK/Eppinger/Hillgruber, GG, Art. 6, 15.

⁹⁵² ähnlich wie im zu entscheidenden Fall des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 120, 224.

⁹⁵³ Vgl. Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 dort unter I. 2. c), II. 1. und IV. 1.).

Nach all dem kann der Rechtsprechung nicht darin gefolgt werden, dass dem § 173 StGB das Schutzgut der Familie und der Ehe zugrunde liegt. Dies widerspricht vielmehr der tatsächlichen Ausgestaltung und dem Wortlaut der Norm.

(2) Zerstörung des Familienbundes

Selbst wenn man aber über die bisherigen Unstimmigkeiten hinwegsieht, so kann auch der Vortrag, der Familienbund sei von sexuellen Handlungen gänzlich freizuhalten,⁹⁵⁴ nicht greifen. Die Norm des § 173 StGB verbietet nämlich nicht per se sexuelle Handlungen zwischen unmittelbaren Blutsverwandten und Geschwistern. Vielmehr sind jegliche sexuellen Handlungen ausgenommen des tatsächlichen vaginalen Beischlafs erlaubt. Oral- und Analverkehr, sowie alle übrigen möglichen sexuellen Handlungen sind auch im unmittelbaren Familienbund ausdrücklich erlaubt.⁹⁵⁵

Das Strafgesetzbuch kennt ausreichend Begrifflichkeiten, um jegliche sexuellen Handlungen in einer Norm zu pönalisieren. Dennoch wird im Rahmen des § 173 StGB ausschließlich der vaginale Beischlaf verboten, was für ein Fortpflanzungsverbot aber gegen den Schutz von Familie und Ehe streitet.⁹⁵⁶

Auch mit der generellen Zerstörung des Familienbundes durch inzestuöse Beziehungen kann die Strafnorm nicht gerechtfertigt werden. Eine sexuelle Beziehung zwischen unmittelbaren Verwandten dürfte in der absoluten Mehrzahl der Fälle nicht die Ursache zerstörter Familienverhältnisse, sondern vielmehr die Folge hiervon sein.⁹⁵⁷

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass der Schutz von Ehe und Familie nicht als Rechtsgut des § 173 StGB herangezogen werden kann.

⁹⁵⁴ Vgl. NK/Frommel, StGB, § 173, 11; BeckOK/Ziegler, StGB, § 173, Rn. 2.

⁹⁵⁵ Vgl. BGHSt 37, 153; BGHSt 46, 176; NStZ-RR 2010, 361; BeckOK/Ziegler, StGB, § 173, Rn. 10.

⁹⁵⁶ Vgl. Ellbogen, ZRP 2006, 190.

⁹⁵⁷ Vgl. LK/Dippel, StGB, § 173, Rn. 13; Ellbogen, ZRP 2006, 190, MüKo/Ritscher, StGB, § 173, Rn. 5.

Dagegen spricht sowohl die erhebliche Beschränkung der Strafbarkeit auf ganz bestimmte Familienmitglieder, die aber nicht tatsächlich eine Familie darstellen müssen. Außerdem ist nur der vaginale Verkehr strafbar, was einem Freihalten der Familienverbände von sexuellen Handlungen widerspricht. Ein wirksamer normativer Schutz für Familien und der Ehe kann auf diese Weise unter keinen Umständen erreicht werden.⁹⁵⁸

cc) Sexuelle Selbstbestimmung

Die sexuelle Selbstbestimmung als zugrundeliegendes Rechtsgut hat nicht einmal der Gesetzgeber selbst angenommen.⁹⁵⁹ Wie bereits zuvor angedeutet, sprechen weder die Gesetzessystematik noch der Wortlaut der Norm für einen Zusammenhang mit Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung.⁹⁶⁰

Vielmehr wurde § 173 StGB mit der Strafrechtsänderung 1974 aus dem Kapitel des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung herausgenommen und unter dem Abschnitt der *Straftaten gegen den Personenstand, der Ehe und der Familie* gefasst.⁹⁶¹

Im Wortlaut der Norm spielen auch weder Abhängigkeitsverhältnisse, noch eine Zwangslage, die Fähigkeit zur Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung oder Art und Weise der sexuellen Handlung eine Rolle.

Damit enthält die Norm selbst keinerlei Hinweise darauf, dass sie den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zum Inhalt haben soll.⁹⁶²

⁹⁵⁸ Vgl. MüKo/Ritscher, StGB, § 173, 5.

⁹⁵⁹ Vgl. BT-Drucks, 6/3521; BVerfGE 120, 224.

⁹⁶⁰ Vgl. auch Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter I. 2 b) und II. 3.).

⁹⁶¹ Geändert durch das 4. Strafrechtsreformgesetz BGBl I, 1725, 1726.

⁹⁶² Vgl. auch Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter I. 2. b) und II. 3.).

Das Bundesverfassungsgericht hingegen argumentiert für das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, dass die Besonderheiten des sexuellen Missbrauchs in Familien, wie beispielsweise aus der Verwandtschaft wurzelnde Abhängigkeitsverhältnisse, Schwierigkeiten der familiären Einordnung oder höhere Hemmschwellen vor der Abwehr von Übergriffen, von den §§ 174 ff. StGB nicht ausreichend umfasst seien.⁹⁶³ Dem Beischlaf zwischen Verwandten komme jedenfalls dann eine erhebliche und selbstständige Bedeutung zu, wenn sich der Missbrauch eines leiblichen Kindes oder eines Geschwisters über dessen 18. Lebensjahr hinaus erstreckt, das Opfer aber aufgrund des Familienbandes und den möglicherweise schon lange andauernden Inzesthandlungen nicht in der Lage ist, seine Ablehnung gegen diese Handlungen kundzutun, sodass eine Bestrafung des Täters wegen sexueller Nötigung nach § 177 StGB ausscheidet.⁹⁶⁴

Dem ist entgegenzutreten. Zunächst existieren keine empirischen Nachweise dafür, dass Jugendliche nach dem Eintritt der Volljährigkeit aufgrund andauernder Inzesthandlungen nicht in der Lage sind, ihre ablehnende Haltung kundzutun.

Dagegen spricht außerdem, dass es im Rahmen des § 173 StGB überhaupt nicht auf die Willenshaltung des Opfers ankommt. Im Gegenteil sind auch solche Beischlafshandlungen umfasst, die von beiden Teilen ausdrücklich und unter voller Zurechnungsfähigkeit gewollt sind. Außerdem verfolgt der Gesetzgeber auch im Rahmen der Strafgesetze zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung die Struktur, dass im Hinblick auf den Respekt vor der Autonomie der betroffenen Personen der umfängliche und strikte staatliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung mit dem Eintritt der Volljährigkeit endet.

Danach müssen zusätzliche Gegebenheiten, wie beispielsweise Zwang oder Widerstandsunfähigkeit vorliegen, um einen weitergehenden Schutz zu begründen.⁹⁶⁵

⁹⁶³ Vgl. BVerfGE 120, 224.

⁹⁶⁴ *ebd.*

⁹⁶⁵ Vgl. Hassemer, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter anderem unter I. 2 b) und II. 3.).

Genau diesem austarierten System zwischen Freiheit und Schutz der sexuellen Selbstbestimmung werden die Normen des Kapitels zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aber ausreichend gerecht. Hierfür bedarf es dem § 173 StGB nicht.⁹⁶⁶

Die §§ 174, 176, 177 StGB regeln umfänglich, unter welchen Voraussetzungen die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen staatlich zu schützen ist und beziehen sich dabei auch auf körperliche, geistige und seelische Überlegenheit eines Sexualpartners.⁹⁶⁷ Auch der Argumentation, dass diese Normen im Hinblick auf einen Geschwisterinzeß nicht greifen, da dieser aufgrund fehlender Erziehungs- und Betreuungspflichten nicht unter § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu subsumieren ist, ist entgegenzutreten.⁹⁶⁸

Solange das missbrauchte Geschwisterkind unter 14 Jahre alt ist, greift § 176 StGB und danach können Tatsituationen, in denen ein Jugendlicher aufgrund seines Über-, Unterordnungsverhältnisses zu dem missbrauchenden Geschwisterkind nicht dazu in der Lage ist, seine Ablehnung kund zu tun, von § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB umfasst werden.

Eine Regelungslücke besteht damit nicht.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Normen unter dem Kapitel zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung jegliche Handlungen gegen den Willen des Opfers umfassen.

dd) Tabuisierung als Strafgrund

Nach all dem bisher Gesagten, lässt sich feststellen, dass dem Beischlaf zwischen Verwandten kein aner kennenswertes Rechtsgut zugrunde liegt.

⁹⁶⁶ Vgl. *Ellbogen*, ZRP 2006, 190.

⁹⁶⁷ Vgl. *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, 2 – 7.

⁹⁶⁸ Vgl. auch *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (dort unter anderem unter I. 2 b) und II. 3.).

Die vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung ergänzend vorgebrachten Argumente hinsichtlich der Tabuisierung des Inzests, der zu erwartenden Diskriminierung und negativen Entwicklungsfolgen von Inzestkindern sowie ganz generell der Vermeidung eines Traditionsbruchs greifen nicht durch.⁹⁶⁹ In dieser Arbeit wird vertreten, dass jedem Strafgesetz ein anzuerkennendes Rechtsgut zugrunde liegen muss, um dessen Existenz zu rechtfertigen. Es mag durchaus sein, dass eine Moralvorstellung oder ein Tabu eine wichtige Rolle hinsichtlich des sozialen Handelns spielen und das gesellschaftliche Zusammenleben entsprechend regulieren. Es werden Verhaltensmuster und Orientierungsschemata aufgezeigt und möglicherweise eine soziale Ordnung verfestigt. Aufgrund ihrer Veränderbarkeit, Entwicklung und gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen können sie aber unter keinen Umständen als Legitimationsgrundlage von Strafgesetzen herangezogen werden.⁹⁷⁰

Entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts können diese Punkte auch nicht ergänzend herangezogen werden. Wie soeben festgestellt, greift keiner der von der Rechtsprechung vorgetragenen Rechtsgüter als Grundlage des Strafgesetzes durch. Eine Ergänzung scheidet aufgrund dieses Mangels bereits von vorneherein aus.⁹⁷¹

b) Ergebnis und Änderungsvorschlag

Es fehlt dem Beischlaf zwischen Verwandten an einem zugrundeliegenden und strafrechtlich anerkannten Rechtsgut. Die Norm ist danach ersatzlos zu streichen.

⁹⁶⁹ Vgl. *BT-Drucks*, 6/1552; 6/3521; BVerfGE 120, 224.

⁹⁷⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (unter anderem unter I. 2.); *Ellbogen*, ZRP 2006, 190; *Hörnle*, NJW 2008, 2086 ff..

⁹⁷¹ Im Ergebnis so auch *Ellbogen*, ZRP 2006, 190; *Hassemer*, Abweichende Meinung des Richters Hassemer zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07 (unter I. 2. d) und III.); *Hörnle*, NJW 2008, 2087 f.; *MüKo/Ritscher*, StGB, § 173, 7.

5. Mord aus niedrigen Beweggründen § 211 StGB

Der Mordtatbestand lautet wie folgt:

*(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
(2) Mörder ist, wer
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier
oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln
oder
um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,
einen Menschen tötet.*

Der nunmehr folgenden Prüfung des Mordes *aus niedrigen Beweggründen* liegt die erhebliche Kritik hinsichtlich des nationalsozialistischen Erbes einerseits und der moralisch aufgeladenen Definition andererseits zugrunde.

Die nähere Ausgestaltung der Definition des Bundesgerichtshofes wie *sittliche Wertung*, *„auf tiefster Stufe stehen*’, *„besonders verwerflich, ja verächtlich*’,⁹⁷² die von der Lehre als unbestimmt, für Auslegung gänzlich offen und als ethische Gesinnungsmerkmale beanstandet werden, fußen in der Frage, ob es sich bei dem Mord *aus niedrigen Beweggründen* tatsächlich um ein Einfalltor für Moral- und Sittlichkeitserwägungen handelt und damit die Legitimation der Norm nach den Vorgaben des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes scheitert.

a) Rechtsgutslehre als Ausgangspunkt

Unproblematisch ist an dieser Stelle die Bestimmung des Rechtsgutes, „dessen Schutz (...) wesentlich erscheint.“⁹⁷³

Unzweifelhaft handelt es sich bei dem Rechtsgut Leben um das relevanteste aller Rechtsgüter und damit die primäre Schutzaufgabe des Staates. Es bedarf der Androhung der bewährtesten und wirkungsvollsten Strafen, um dieses Schutzgut umfänglich zu wahren und schützen.⁹⁷⁴

⁹⁷² U.a. bereits BGHSt 3, 180.

⁹⁷³ BVerfGE 120, 224, Heranziehung des Maßstabs.

⁹⁷⁴ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 14.

Zwar werden auch Stimmen laut, die dem Mordtatbestand die ‚Lebenssicherheit der Allgemeinheit‘ oder die ‚Zunahme der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung‘ als Schutzgut zugrunde legen wollen.⁹⁷⁵ Es solle also entweder die tatsächliche Lebenssicherheit oder aber das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit neben dem Rechtsgut Leben als Schutzgut den Mordtatbestand legitimieren.⁹⁷⁶ Hierauf ist vorliegend aber nicht weiter einzugehen. Für die Untersuchung nach dem *Ultima-Ratio*-Grundsatz ist das zugrundeliegende, erhebliche Rechtsgut Leben der Bürger relevant, aber auch ausreichend.

Bei der Tötung eines anderen Menschen handelt es sich auch unstreitig um ein Verhalten, das über sein Verboten sein hinaus besonders sozialschädlich für das gemeinschaftliche Zusammenleben ist.⁹⁷⁷

Zwar existiert kein kulturübergreifendes, generelles und allumfassendes Tötungsverbot. Die Beendigung eines Menschenlebens kann in gewissen Fällen erlaubt sein, beispielsweise bei der Notwehr, sie kann in Teilen der Welt rechtmäßige Folge sein, beispielsweise im Rahmen der Todesstrafe oder sogar erwünscht sein, wie im Falle eines Krieges.⁹⁷⁸

Ohne an diesem Punkt auf einzelne Definitionsrichtungen weiter einzugehen, dürfte ohne weiteres die Tötung eines Menschen aus einem nicht zu rechtfertigenden Beweggrund in Deutschland als Verhalten einzustufen sein, welches für das gesellschaftliche Zusammenleben im Allgemeinen maximal schädlich und unter keinen Umständen sozial tragbar ist.

b) Sozialschädlichkeit und wertneutrale Betrachtungsweise

Im Hinblick auf den nächsten Schritt darf aber nicht vergessen werden, dass hier nicht die Bestrafung der Tötung eines Menschen auf dem Prüfstand steht.

Vielmehr geht es hier vorwiegend um die Tötung eines Menschen aus einem niedrigen Beweggrund.

⁹⁷⁵ Vgl. *AE-Leben*, GA 2008, 193 ff..

⁹⁷⁶ Vgl. *Merkel*, ZIS 2015, 433.

⁹⁷⁷ Vgl. u.a. BeckOK/ Eschelbach, StGB, § 211, Rn. 1.

⁹⁷⁸ Vgl. *Fischer*, Zeit Online 12.12.2013.

Zwar ändert sich damit zunächst nichts am zugrundeliegenden Rechtsgut, wohl aber an der Sozialschädlichkeit des konkreten zusätzlichen Erfordernisses des niedrigen Beweggrundes und der diesbezüglichen neutralen Betrachtungsweise.

Auf den ersten Blick könnte man zu dem Schluss kommen, dass der Tatbestand des Mordes *aus niedrigen Beweggründen* eine ‚rechtliche Allzweckwaffe‘ darstellt. Sie erlaubt es, den Täter dafür mit dem Höchstmaß zu bestrafen, dass er über die nicht zu rechtfertigende Beendigung eines Menschenlebens hinausgeht, indem er gesellschaftlich inakzeptable, negative, bössartige, verachtenswerte Motive hierfür an den Tag legt. Jegliche sozioethisch verächtlichen und gesellschaftlich unerwünschten Motivhintergründe der Tötung könnten unter die Generalklausel der niedrigen Beweggründe subsumiert werden und so ein Auffangtatbestand für alle diejenigen Täter bilden, welche die Gesellschaft als Mörder sehen will. Die noch erhöhte Sozialschädlichkeit gegenüber der ‚einfachen‘ Tötung eines Menschen dürfte es rechtfertigen, hierfür die Höchststrafe des Strafgesetzbuches auszusprechen.

In diesem Zusammenhang stellt sich aber unmittelbar die Frage, wer hierbei eigentlich festlegt, welche Beweggründe der Gesellschaft widersprechen und derart verachtenswert sind, dass sie unter diesen auf niedrigster Stufe stehenden Beweggrund zu subsumieren sind.

Ausgehend von der Grundgestaltung des Straf- und Grundgesetzes darf eine Tat ganz grundsätzlich nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde, Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB.⁹⁷⁹

Danach darf also zunächst nur die Legislative festlegen, welche Handlungen und welche zusätzlichen Komponenten den objektiven Straftatbestand des Mordes ausfüllen. Dem steht es zunächst auch nicht entgegen, dass es sich bei den *niedrigen Beweggründen* um eine zur Auslegung geeignete Begrifflichkeit handelt.

⁹⁷⁹ Vgl. MüKo/Schmitz, StGB, § 1, Rn. 49.

Nach dem Bundesverfassungsgericht folgt aus Art. 103 Abs. 2 GG in diesem Zusammenhang der Auftrag an die Rechtsprechung, unbestimmte oder für Auslegung offene Tatbestandsmerkmale in konkretisierender Weise auszulegen, welchem der Bundesgerichtshof im Fall des Mordes *aus niedrigen Beweggründen* auch nachgekommen zu sein scheint.⁹⁸⁰

Nach dem Bundesgerichtshof liegen niedrige Beweggründe vor, „wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und daher besonders, das heißt in deutlich weitreichenderem Maße als bei einem Totschlag, verachtenswert sind und dass Gefühlsregungen wie Zorn, Wut, Enttäuschung oder Verärgerung niedrige Beweggründe sein können, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind. Entbehrt indes das Motiv ungeachtet der Verwerflichkeit, die jeder vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung innewohnt, nicht jeglichen nachvollziehbaren Grundes, so ist es nicht als ‚niedrig‘ zu qualifizieren.“⁹⁸¹

Auch nach vertieften Studium dieser Definition bleibt offen, wann genau ein Motiv auf sittlich tiefster Stufe steht oder wie ein Ausdruck einer niedrigen Gesinnung im Detail zu bestimmen ist. Diese Entscheidung, mithin also die Ausgestaltung der weiteren unbestimmten Begriffe innerhalb der Definition des Bundesgerichtshofs, unterliegt den Richtern und Richterinnen der Landgerichte in Deutschland.

Kritisch wird in diesem Zusammenhang vorgetragen, dass dies eine "Einladung an den Richter (sei), entweder seiner moralischen Entrüstung über den Angeklagten freien Lauf zu lassen, oder aber Verständnis für ihn aufzubringen"⁹⁸² und dass es auf allen Ebenen, also ethisch, politisch und wissenschaftlich nicht vertretbar sei, die Einordnung einem Richter oder einer Richterin zu überlassen, denen hierzu die „soziokulturelle empirisch-statistische Fundierung“⁹⁸³ fehle.

⁹⁸⁰ Vgl. MüKo/Schmitz, StGB, § 1, Rn. 49.

⁹⁸¹ Vgl. ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH, NStZ 2019, 518, 519.

⁹⁸² Bleyl, Zeit Online 04.12.2013.

⁹⁸³ Sponzel, Internetpublikationen für Allgemeine und Integrative Psychologie 03.12.2017.

Aus einer Vielzahl von Urteilen, die in der Revision durch den Bundesgerichtshof überprüft wurden, wird außerdem deutlich, dass die Ansichten, Subsumtionen und Motiveinordnungen der Landgerichte und die des Bundesgerichtshofs regelmäßig divergieren.⁹⁸⁴ Es wird daher immer wieder gefordert, dass eine detailliertere Ausgestaltung der niedrigen Beweggründe oder Verfahren einzuführen, die geeignet ist, eine klarere Bestimmung des Tatbestandsmerkmals festzulegen.⁹⁸⁵

Dem kann entgegengehalten werden, dass der Bundesgerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung durchaus Fallgruppen gebildet und damit die Definition der niedrigen Beweggründe weiter eingegrenzt hat.

So steht beispielsweise fest, dass niedrige Beweggründe vorliegen, wenn ein Täter ein Menschenleben aus Imponiergehabe tötet,⁹⁸⁶ aus Missgunst oder Geiz, wenn beispielsweise Geldzahlungen ausgeblieben sind oder die Heirat einer reichen Frau erreicht werden soll,⁹⁸⁷ aus Eigensucht, wenn beispielsweise die Kindsmutter getötet wird, um das Kind für sich alleine zu haben⁹⁸⁸ sowie aus Rassenhass und Ausländerfeindlichkeit oder auch im Fall einer terroristisch motivierten willkürlichen Auswahl Unbeteiligter als Opfer.⁹⁸⁹

So klar und abschließend, wie die Einordnung durch das oberste Gericht über die Jahre erfolgt zu sein scheint, ist die Definition der niedrigen Beweggründe aber nicht. Vielmehr werden die nachfolgend aufzuzeigenden Beispiele darlegen, dass es sich selbst bei den abgeurteilten Einzelfällen nur um eine Frage der Definition, oder vielmehr des Blickwinkels handelt, der sich verändern kann, sich wendet und neu zusammensetzt.⁹⁹⁰

⁹⁸⁴ Vgl. *Votteler*, „sonstige niedrige Beweggründe“ im Spielen gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 247; Mehr als die Hälfte der untersuchten Urteile wurden in der Revision aufgrund der fehlerhaften Anwendung der niedrigen Beweggründe aufgehoben.

⁹⁸⁵ Vgl. *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 48; *Helmerts*, HRRS 2016, 91 ff., *Müssig*, Mord und Totschlag, 116 f.; *MüKo/Schneider*, StGB, § 211, Rn. 10.

⁹⁸⁶ Vgl. *BGH*, NJW 1994, 395.

⁹⁸⁷ Vgl. *BGH*, NStZ 1998, 352.

⁹⁸⁸ Vgl. *BGH*, BeckRS 2008, 21613.

⁹⁸⁹ Vgl. *BGH*, NJW 2004, 3051.

⁹⁹⁰ Vgl. *Fischer*, Zeit Online 12.12.2013.

Dabei sind zunächst noch einmal auf die Ehrenmorde und Blutrachetaten aus Kapitel III, 2., e) einzugehen. Das Motiv der Familien- und Blutehre, welches die Täter in diesen Fällen zur Tötung motivierte, wurde durch die Rechtsprechung vor einigen Jahren noch als Strafmilderungs- oder Strafausschließungsgrund bewertet, während es heute einhelliger Meinung entspricht, dass für die Bewertung der Wertvorstellungen des Täters und damit die Einordnung als niedrige Beweggründe (nur) die Anschauung und Wertinhalte der Bundesrepublik Deutschland zugrunde zu legen sind. Daraus schlussfolgernd handelt es sich bei einer Tötung zum Schutz der Familien- oder Blutehre grundsätzlich um einen Mord aus niedrigen Beweggründen.⁹⁹¹

Es sei nochmals hervorzuheben, dass die entgegengesetzte Einordnung dieser Motive damals und heute nicht nur einen Unterschied in einer rechtlichen Definition macht. Während ein Täter, der aus dem Motiv des Schutzes seiner Familienehre ein Opfer tötete, in den Siebzigern möglicherweise unter Zuerkennen von Schuldlosigkeit freigesprochen wurde, sieht sich derselbe Täter heute lebenslanger Haft ausgesetzt.

Dass es sich bei der Nennung dieses Beispiels nicht um die inhaltliche Bewertung handelt, ob die Einordnung der Tötung aus Familien- oder Blutehregedanken einen niedrigen Beweggrund darstellt oder nicht und damit die Änderung in der Rechtsprechung eigentlich einen begrüßenswerten Fortschritt umfasst, sollen die nun folgenden weiteren Beispiele aufzeigen.

Es kommt danach nämlich nicht auf fortschreitende oder begrüßenswerte Entwicklung, sondern vielmehr auf all die verschiedenen Blickwinkel innerhalb derselben Situation und die sich möglicherweise akut ändernden Vorstellungen einer Gesellschaft an. Eben diese Unsicherheit in einem objektiven Tatbestand gilt es unter den Gesichtspunkten der wertneutral zu betrachtenden Sozialschädlichkeit zu verhindern.

Bei Tötungsdelikten nach Beziehungsdramen handelt es sich um ein weiteres Beispiel.

⁹⁹¹ Vgl. BGH, NJW 1980, 537; BeckRS 2001, 4483; NJW 2004, 1466.

Dabei wird ein Mord aus niedrigen Beweggründen unter anderem angenommen, wenn der Täter aufgrund eines absoluten Macht- und Besitzanspruchs tötet, weil er dem Opfer den Achtungsanspruch aberkennt und aus krasser Eigensucht handelt.⁹⁹² So entschied beispielsweise das Landgericht München I im Fall einer typischen Beziehungstat – die Frau wollte sich nach vielen Jahren Beziehung und Streitigkeiten um die Alkoholsucht und die Arbeitslosigkeit des Mannes, sowie dessen Gewalttätigkeit trennen – dass ein niedriger Beweggrund vorläge, da der später getöteten Frau weder Provokation noch sonst ein Fehlverhalten zugerechnet werden konnte, welches die Tat des Mannes nachvollziehbarer erscheinen ließe. Vielmehr sei nach dem Gericht auch die Veranlassung der Tat, das Durchsetzen des Trennungsvorhabens, nach dem dortigen Sachverhalt dem Mann zuzurechnen, der über die Job- und Alkoholprobleme hinaus auch gegenüber Frau und Sohn gewalttätig geworden war. Da der Mann nach all den vorangegangenen Gegebenheiten mit einer Trennung rechnen musste und eine Fortsetzung der Beziehung nicht mehr erwarten durfte, war das Motiv der Tötung der Frau nach Ansicht des Landgerichts München I als niedrig anzusehen.⁹⁹³

Dem Bundesgerichtshof hingegen genügt die Tatsache, dass die Frau die Trennung vorgenommen hatte als Grund, dem Täter Verständnis entgegenzubringen und daher einen niedrigen Beweggrund auszuschließen.⁹⁹⁴

Überspitzt ausgedrückt gibt das oberste Gericht damit zu verstehen, dass es nachvollziehbar sei, dass ein arbeitsloser, gewalttätiger Alkoholiker seine Ehefrau tötet, nachdem diese nach Jahren den Entschluss gefasst hat, sich von ihrem Mann zu trennen. Dabei sei ebenfalls zu bedenken, dass auf der anderen Seite der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung kein Verständnis für die geschlagene und gedemütigte Ehefrau aufbringt, wenn diese im Schlaf ihren tyrannischen Ehemann umbringt.

⁹⁹² Vgl. LK/Jähnke, StGB, § 211, Rn. 28 (mit konkreten Beispielen); MüKo/Schneider, StGB, § 211, Rn. 75.

⁹⁹³ Vgl. LG München I, 16. November 2018, Ks 124 Js 216143/17.

⁹⁹⁴ Vgl. BGH, NSTZ 2019, 518.

Denn dieser sei, obwohl er seine Frau möglicherweise über Jahre hinweg tyrannisiert hatte, im Hinblick auf die Tötung arglos.⁹⁹⁵

Ein weiteres Beispiel in diesem Zusammenhang ist der Fall einer Mutter, die ihr schwerbehindertes Baby tötet, weil sie der Meinung ist, ein Leben mit einem behinderten Kind nicht führen zu können.⁹⁹⁶ Auf folgende gänzlich unterschiedliche Art und Weise kann dieser Sachverhalt weiter beschrieben und damit eingeordnet werden. Die Mutter setzt ihre persönlichen Bedürfnisse über das Leben ihres Kindes und handelt daher so rücksichtslos, dass sie im Hinblick auf ihr eigenes Lebensglück sogar bereit ist, ein Leben zu beenden. Sie zeigt daher eine eigensüchtige Gesinnung und missachtet die Fundamente des Grundgesetzes in Art. 3 GG über die Tötung hinaus, indem sie dem Leben eines behinderten Kindes dem eines gesunden weniger Wert zuspricht.⁹⁹⁷ Hier dürfte man durchaus zu dem Schluss kommen, dass es sich um einen Mord aus niedrigen Beweggründen handelt.

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, befürchtet die Mutter, dass ihr gesamtes Leben sich nach der Pflege und den Bedürfnissen des schwerkranken Kindes richten wird, wodurch sie in der Folge ihren Job, ihren Partner und Sozialkontakte verlieren wird. Sie hält jede Hoffnung auf ein gemeinsames Lebensglück mit dem Kind für aussichtslos. Sie wusste möglicherweise nicht, dass sie ein schwerbehindertes Kind gebären würde.

Dann nämlich, hätte sie, mit der Erlaubnis der Rechtsordnung, § 218a Abs. 2 StGB, das Leben des Kindes bis kurz vor der Geburt beenden können.⁹⁹⁸ Niedrige Beweggründe für die Tötung scheinen nach dieser Sachverhaltsschilderung nicht ersichtlich. *Eser* ging in diesem Zusammenhang in seinem Reformvorschlag sogar so weit, eine Kindstötung unmittelbar nach der Geburt als Privilegierung zum Tötungstatbestand einzuordnen.⁹⁹⁹

⁹⁹⁵ Vgl. BGHSt 48, 255, 256.

⁹⁹⁶ Beispiel nach *Merkel*, ZIS 2015, 441.

⁹⁹⁷ *ebd.*, 443.

⁹⁹⁸ Vgl. *Merkel*, ZIS 2015, 443, 444.

⁹⁹⁹ Vgl. *Eser*, 53. DJT Gutachten, D 34 ff..

So unterschiedlich die aufgezeigten Fälle sein mögen, haben sie doch eines gemeinsam: Sie beweisen, dass es innerhalb weniger Jahre, oder gar mittels verschiedener Blickwinkel auf ein Geschehen zu völlig unterschiedlichen Entscheidungen im Hinblick auf niedrige Beweggründe einer Tötung kommen kann, die dann die höchstmögliche Freiheitsstrafe zur Folge haben können.

Diese Entscheidung trifft das Gericht, mittels seiner ganz eigenen Vorstellung über die sittlichen und moralischen Grundlagen der Gesellschaft, seiner Intuition und seiner Einschätzung über das Einlassungsverhalten des Angeklagten.¹⁰⁰⁰

Zwar wird in diesem Zusammenhang vorgetragen, dass unterschiedliche Blickwinkel und Entscheidungen gerade gewünscht sein müssten, da die Gesellschaft und ihre Wertvorstellungen sich ändern und in der heutigen Zeit Pluralität der Ansichten und ganz unterschiedliche moralische Erwägungen herrschen, worauf das Recht als Spiegelbild der Gesellschaft angepasst werden müsse.¹⁰⁰¹ Unter der hiesigen Prüfung der wertneutralen Betrachtungsweise ist diese Argumentation aber gerade für die entgegengesetzte Begründung heranzuziehen.

Jeder Richter oder jede Richterin vermag gerade in der heutigen Zeit unterschiedlichen Wertvorstellungen, gesellschaftspolitischen Ansichten und sittlichen Einordnungen unterliegen.

Der Bundesgerichtshof wiederum, ebenfalls bestehend aus einem Richtergrremium, vermag erneut einer anderen Wertvorstellung zu unterliegen, was die Divergenz in einer großen Zahl an Urteilen gezeigt hat. Diese Ansichten dürfen sich allerdings nach der hier vertretenen Ansicht auf der objektiven Tatbestandsseite des Mordtatbestandes nicht elementar auswirken.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Merkel*, ZIS 2015, 444: „beklagenswert schwankende Grundlagen für ein Urteil, mit dem ggf. eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird.“; *Votteler*, „sonstige niedrige Beweggründe“ im Spielen gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 260.

¹⁰⁰¹ Vgl. *Votteler*, „sonstige niedrige Beweggründe“ im Spielen gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 270 f..

Wenn, wie sich in einer großen Zahl gesellschaftspolitischer Themen zeigt, eine pluralistische Gesellschaft nicht in der Lage sieht, Einigkeit in auch nur den groben Eckpunkten herbeizuführen, stellt sich die Frage, wie einem landgerichtlichen Richterergremium aufgebürdet werden soll, die gesellschaftliche Moraleinstellung wiederzugeben.

Da aber auch die erarbeitete Definition und Ausgestaltung der unbestimmten Rechtsbegriffe durch das oberste Gericht nicht in der Lage sind, Klarheit zu schaffen, lässt eine neutrale und nüchterne Betrachtungsweise einzig den Schluss zu, dass die Absolutheit der Höchststrafe des Mordes derartigen Unsicherheiten nicht unterliegen darf.

c) Ergebnis und Änderungsvorschlag

Die Tatbestandsalternative des niedrigen Beweggrundes hält der Prüfung nach den Grundsätzen der *Ultima Ratio* nicht stand und ist daher zu streichen.

Vorschläge, die den Tatbestand des sonst niedrigen Beweggrundes durch eine Alternative, wie beispielsweise das Nichtvorliegen eines nachvollziehbaren Grundes¹⁰⁰² für die Tötung ersetzen wollen, müssen verworfen werden. Ein derartiger Ersatztatbestand würde dieselben Kritikpunkte und Probleme, wie hier für die niedrigen Beweggründe vorgetragen, mit sich bringen. Es müsste klar definierbar und eingrenzbar sein, was einen nachvollziehbaren Grund für eine Tötung darstellt und was nicht. Auch hier würde die Subsumption und finale Entscheidung wohl einzig in den Händen des zuständigen Richters und damit in dessen Vorstellung über die Nachvollziehbarkeit eines Grundes liegen.

Andererseits darf nicht ignoriert werden, dass es sich bei dem Mord aus niedrigen Beweggründen um den Hauptanwendungsfall des Mordtatbestandes handelt¹⁰⁰³ und „unbestreitbar richtige(...) Ergebnis(se)“¹⁰⁰⁴ im Fall der Streichung des betreffenden Tatbestandes ersatzlos aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB entfallen würden.

¹⁰⁰² Vgl. Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 379 ff..

¹⁰⁰³ Vgl. Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 1/2014, 7.

¹⁰⁰⁴ Schneider, Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre, 59.

Daher stellt sich durchaus die Frage, wie hinsichtlich durchaus anerkannter Tathergänge in diesem Zusammenhang zu verfahren sein wird.

Zu nennen sind hierbei unter anderem Tötungen aufgrund politischer Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Religion, Hautfarbe, Weltanschauung, äußerem Erscheinungsbild, Behinderung oder sexueller Orientierung.¹⁰⁰⁵ In diesen Fällen kommt durchaus eine direkte Aufnahme der genannten Alternativen in den Straftatbestand des Mordes in Betracht. Hierbei würde auch die hiesige Kritik nicht mehr greifen, da es sich gerade nicht um moralisch aufgeladene oder einer sittlichen Wertung unterliegende Motive handelt.

Vielmehr wären die hier aufgezählten Varianten objektiv greif- sowie feststellbar und darüberhinausgehend auch aus dem Grundgesetz in Art. 3 Abs. 3 GG herleitbar.¹⁰⁰⁶

Problematisch wäre folglich, welche Alternativen konkret in das Gesetz aufzunehmen wären. Betrachtet man nur den möglichen Tatbestand der Tötung aufgrund der sexuellen Orientierung des Opfers, so wird unter Verweis auf das oben Ausgeführte deutlich, dass auch derartige tatbezogene Gründe der gesellschaftlichen, wenn auch nicht unmittelbar dem sittlichen oder moralischen, Entwicklung unterliegen.¹⁰⁰⁷ Dies zugrunde gelegt könnte zu befürchten sein, dass der Mordtatbestand, um bestimmt, klar und abschließend zu sein, dem ständigen Wandel und Erweiterungen unterliegen würde.

Dies zeigt bereits ein weiteres Beispiel, welches als zweifelsfrei unter den Mordtatbestand zu subsumierendes Tatgeschehen eingeordnet wird.

¹⁰⁰⁵ Vgl. *BR-Drucks.* 26/12; *Votteler*, „sonstige niedrige Beweggründe“ im Spiel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 271.

¹⁰⁰⁶ Art. 3 Abs. 3 GG: Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

¹⁰⁰⁷ Vgl. die Entwicklung von der Strafbarkeit der Homosexualität hin zur Legalität der gleichgeschlechtlichen Ehe.

Die Tötung zum bewussten Abreagieren von Frustration und Aggression an Unbeteiligten ist keine der Situationen, die aus Art. 3 Abs. 3 GG hergeleitet werden kann, bedürfe aber nach einer Ansicht offensichtlich der Bestrafung mittels des Mordtatbestandes.¹⁰⁰⁸

Einhellig dürfte an dieser Stelle sein, dass es sich bei dem Tatbestand des Mordes nicht nur um einen medial und damit gesellschaftlich erheblich präsenten und interessanten Tatbestand handelt, sondern er aufgrund des zugrundeliegenden wichtigsten aller Rechtsgüter auch für Legislative, Judikative und Exekutive im Vordergrund der Betrachtung zu stehen hat.¹⁰⁰⁹ Dabei sind nicht nur die Rechtsgüter des Opfers, sondern aufgrund der zu befürchtenden lebenslangen Freiheitsstrafe für den Täter auch dessen Freiheitsgrundrechte tiefst möglich beeinträchtigt. Folglich muss der Anspruch an das zugrundeliegende Gesetz entsprechend hoch, die Ausgestaltung rational sowie vermittelbar und jedes Urteil nachvollziehbar sein.

Gegenläufige Entscheidungen, Unabwägbarkeiten, Unsicherheiten in der rechtlichen Bewertung sowie Einordnung und an Gefühle appellierende Urteile sind ungeeignet, Rechtssicherheit herzustellen und Rechtsgüterschutz der Gesellschaft zu vermitteln.¹⁰¹⁰

In diesem Zusammenhang hat bereits v. Liszt vorgetragen, dass ein abschließendes Handlungskonzept, „ein kasuistisches Regelungsmodell grundverkehrt“¹⁰¹¹ sei. Die Ausgestaltung des Lebens und die Art und Weise der Begehung von Straftaten würden immer vielgestaltiger und könnten nie durch die gesetzlichen Fallunterscheidungen vollständig abgedeckt werden.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Votteler, „sonstige niedrige Beweggründe“ im Spielen gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 265 m.w.N.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 1/2014, 27.

¹⁰¹⁰ ebd.

¹⁰¹¹ v. Liszt, Lehrbuch, I § 4; vgl. Bezugnahme in Linka, Mord und Totschlag, 65 f., 73ff., 76f.; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 1/2014, 26.

Darüberhinausgehend folge aus einer immer größer werdenden Kasuistik des Strafgesetzes die immer größere Gefahr, dass der eigentliche Wille des Gesetzgebers ins Gegenteil verkehrt würde.¹⁰¹² Die oben genannten unbestreitbar richtigen Ergebnisse im Rahmen des Mordtatbestandes gibt es nach der hier vertretenen Ansicht weder gegenwärtig, noch sind diese für die Zukunft zu erwarten. Alleine die hier aufgezeigten Beispiele der Verfahren im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Mordes *aus niedrigen Beweggründen* haben gezeigt, dass es solche Ergebnisse per se nicht gibt und wohl kaum ein Tathergang tatsächlich unbestreitbar als gesellschaftlich verwerflich subsumiert werden kann.

Unabhängig von der Frage, ob und wenn ja, welche subjektiven oder negativen Tatbestandsalternativen anstatt der niedrigen Beweggründe in den Tatbestand des § 211 StGB aufgenommen werden sollten oder ob nicht Mord- und Totschlagtatbestand generell zu reformieren sind, kann festgestellt werden, dass Hintergründe und Motive für die Tötung eines Menschen ihren Niederschlag in Schuld- und Strafzumessungserwägungen finden können.

Dabei kann jedem einzelnen Punkt des Motivs einer Tat vollumfänglich Rechnung getragen werden und eine möglichst umfassende Bewertung aller Punkte erfolgen. So kann unter anderem gerade auf Tatbestandebene für die Fälle Abhilfe geschaffen werden, in denen sich die Rechtsprechung aktuell noch mit Hilfskonstruktionen behelfen muss.

¹⁰¹² Vgl. Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 1/2014, 26.

VII) Fazit und Ausblick

Während die Medien und mit diesen die Gesellschaftspolitik nicht müde werden, auf andere Länder und deren Rechtssysteme zu deuten und deren vermeintliche Fehlbarkeit aufzudecken, macht diese Arbeit neben vielen anderen wissenschaftlichen Ausarbeitungen deutlich, dass das Sprichwort ‚zuerst vor der eigenen Haustüre zu kehren‘ auch im Hinblick auf das deutsche Strafgesetzbuch Anwendung finden sollte.

Mit Strafgesetzen wie der Strafbarkeit von kinderpornographischen Schriften in Bezug auf das Verbot fiktiver Darstellungen, Geschwisterinzeß, der sachlichen Information über Schwangerschaftsabbrüche, sowie dem Mord aus niedrigen Beweggründen wird, wie in dieser Arbeit aufgezeigt, deutlich, dass das deutsche Strafrecht weit davon entfernt ist, fehlerfrei im Sinne einer Trennung von Moral- und Sittlichkeitserwägungen zu sein.

Die Liste der Normen, die darüberhinausgehend wegen ihres moralischen und sittlichen Inhalts in der Kritik der Strafrechtswissenschaft stehen, kann bei vertieftem Studium scheinbar endlos weitergeführt werden. Dabei können unter anderem das Verbot der Doppelehe nach § 172 StGB, Kuppeleiverbot nach § 180 Abs. 1 StGB, Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 183a StGB oder Exhibitionistische Handlungen gemäß § 183 StGB sowie die Prostitutionsverbote nach §§ 184 d, 184 e StGB oder die Tierpornographie nach § 184a genannt werden. All diese Tatbestände stehen ebenfalls in der Kritik, Moralvorstellungen,¹⁰¹³ sittliche Gepflogenheiten,¹⁰¹⁴ sozialmoralische Grundanschauungen,¹⁰¹⁵ Tabubrüche, reine Gefühle,¹⁰¹⁶ gesellschaftliche Wertvorstellungen¹⁰¹⁷ oder eine Art von Unzucht zu schützen und dementsprechend nicht, oder nicht in diesem Maß, als Strafgesetze gerechtfertigt werden zu können.

¹⁰¹³ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 451.

¹⁰¹⁴ *ebd.*, 463 ff..

¹⁰¹⁵ Vgl. BGHSt 4, 303; Lackner/Kühl, § 183a, Rn. 1.

¹⁰¹⁶ Vgl. BT-Drucks, 6/3521.

¹⁰¹⁷ Vgl. MüKo/Brunhöber, StGB, § 217, Rn. 14; BeckOK/Oglakcioglu, StGB, § 217, Rn. 1.

Wer aber davon ausgeht, dass das vorliegende Problem nur existente oder veraltete Normen betrifft und die Hoffnung hat, dass diese im natürlichen Lauf der Dinge und den zukünftigen Reformen aus dem Strafgesetzbuch verschwinden werden, der irrt gewaltig.

Im Juli des Jahres 2020 ist eine Reihe neuer Strafgesetze verabschiedet worden, die eben wie die hier untersuchten Normen als „Instrumentalisierung des Strafrechts zum Zwecke spießbürgerlicher Moralisierung“¹⁰¹⁸ eingeordnet werden können.

Hervorzuheben seien hier die Strafbarkeit von ‚Gafferfotos‘ von Unfalltoten, sowie die Bestrafung des sogenannten *Upskirtings*, das Fotografieren unter dem Rock einer Frau.¹⁰¹⁹ ‚Gafferfotos‘ waren bisher gänzlich straflos, während *Upskirting* eine Ordnungswidrigkeit darstellte.¹⁰²⁰ Ohne an dieser Stelle nochmals vertieft auf diese neuen Straftatbestände einzugehen, wird eine Übereinstimmung zu der vorliegenden Untersuchung doch deutlich.

‚Gafferfotos‘ und *Upskirting* Bilder dürften nur deshalb überhaupt die Aufmerksamkeit der Gesetzgebung erregt haben, da sie in Medien, gesellschaftlichen Diskussionen und politischen Vorträgen in den letzten Jahren allgegenwärtig waren. Petitionen zur Erschaffung von Strafgesetzgebungen werden gestartet¹⁰²¹ und die online Kommentarsektionen zu den betreffenden Zeitungsartikeln zieht sich teilweise über mehr als 15 Seiten.¹⁰²² Gesetzgebungsverfahren entwickeln sich rasend schnell, kritische Stellungnahmen kommen regelmäßig zu spät oder verlieren bereits vorab ihre Schlagkraft gegenüber den Stimmen der Lobbygruppen oder Politik, die hinter den Gesetzesentwürfen stehen.¹⁰²³

¹⁰¹⁸ Duttge/Steuer, ZRP 2019, 120.

¹⁰¹⁹ Beschluss des Bundeskabinetts, Redaktion beck-aktuell, 13. November 2019; BT-Drucks, 15/1891.

¹⁰²⁰ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 13. November 2019.

¹⁰²¹ Online Petition von Hanna Seidel und Ida Marie Sassenberg unter <https://www.change.org/p/verbiertet-upskirting-in-deutschland>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020.

¹⁰²² Vgl. Groll, Zeit Online 12.09.2019.

¹⁰²³ Vgl. Duttge/Steuer, ZRP 2019, 121.

Es steht außer Frage, dass es sich bei dem Fotografieren unter dem Rock einer Frau, dem Erstellen von Bildmaterial von Verkehrsunfällen und Unfallopfern, ebenso sowie all den Tatbestandshandlungen, die in dieser Arbeit untersucht wurden, um solche handelt, die im Rahmen des gesellschaftlichen Zusammenlebens unerwünscht, möglichst zu verhindern sind und mit guten Gründen verboten sein sollten.

Allerdings kommt man bei näherer Betrachtung wieder zu der eingangs aufgeworfenen Frage, ob es sich bei den Handlungen wirklich um solche handelt, die mit den Mitteln des Strafrechts als schärfstes Schwert des Staates geahndet werden müssen, oder ob sich solche Strafgesetze nicht vielmehr einzig mittels der Begründungen „es darf (einfach) nicht sein, dass“¹⁰²⁴ legitimieren.

Auch hinsichtlich der Bekämpfung von Kindesmissbrauch und Kinderpornographie ändert sich das Tempo der Gesetzesänderungen nicht. So hatte die ehemalige Bundesjustizministerin *Lambrecht* zunächst Strafrechtschärfungen abgelehnt, dann aber dem politischen und öffentlichen Druck nachgegeben und die ‚Bazooka‘ ausgepackt.¹⁰²⁵ So wurden in diesem Zusammenhang diverse Gesetzestexte geändert, Strafraumen erheblich angehoben und weitere Normen, wie etwa die Strafbarkeit des Inverkehrbringens, Erwerbs und Besitzes von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild, § 184l StGB, geschaffen.¹⁰²⁶ Dass derartige Sexpuppen, wie in der Gesetzesbegründung zugrunde gelegt, den Wunsch nach sexualisierter Gewalt gegen Kinder wecken oder stärken würden, ist wissenschaftlich nicht belegt und es wird in gleicher Häufigkeit das Gegenteil behauptet, nämlich dass es sich bei dem nun unter Strafe stehenden Verhalten um ein Ventil handelt, um gerade nicht die Grenze zum strafbaren Bereich der sexualisierten Gewalt gegen Kinder zu übertreten.¹⁰²⁷

¹⁰²⁴ Vgl. *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 1.

¹⁰²⁵ Vgl. *Eisele*, LTO 06.07.2020.

¹⁰²⁶ *BGBI I*, 2021, 1810.

¹⁰²⁷ Vgl. *BRAK*, Stellungnahme Nr. 67 2020, 4.

Auch dort wird kritisiert, dass es sich um eine sittenbildende Norm handelt, die ein Strafrecht als Erziehungsrecht vorantreibt.¹⁰²⁸ Die Ähnlichkeit zu den oben dargestellten Fällen und einer „Symbolischen ad-hoc Gesetzgebung“¹⁰²⁹ muss nicht nochmals hervorgehoben werden.

Wenn die Strafrechtswissenschaft nun vorträgt, dass „in dem derzeitigen kriminalpolitischen Klima (...) eine Entkriminalisierung, so gut sie auch zu begründen sein mag, (...) nicht zu erwarten (ist)“¹⁰³⁰ könnte man zu dem Schluss kommen, dass einige Stimmen die Segel bereits gestrichen und die Hoffnung auf eine Veränderung zu Gunsten des *Ultima-Ratio*-Prinzips und damit zu Gunsten des Strafgesetzes selbst aufgegeben haben.

Diese Aufarbeitung intendiert aber mit anderen Autoren weiter Einsicht, Reflektion und darauffolgenden Aktivismus zu fordern, solange sich im Hinblick auf bestehende oder geplante Gesetze noch die oben genannten Fragen nach gesellschaftlichen Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen versus tatsächlicher strafrechtlicher Legitimation stellen. Die bereits realen und noch weiter zu erwartenden erheblichen Probleme eines ungebremsten Fortlaufens der aktuellen Entwicklung wurden in dieser Arbeit aufgezeigt.

Ein Vorgehen wie bisher wird nicht nur die Strafverfolgung und den gesamten Strafprozess in die Knie zwingen. Vielmehr ist zu erwarten, dass das gesamte Strafsystem ab einem gewissen Punkt von der Gesellschaft nicht mehr ernst genommen wird und seine besondere Stellung im Rechtssystem verliert.

Zum Schutz des gesamten strafrechtlichen Apparates muss ohne Zweifel dafür eingetreten werden, dass Strafgesetze strenger und engmaschigeren Kontrollen unterliegen, wobei es zu keinem Zeitpunkt darauf ankommen darf, ob man mit einer Entpönlisierung in den Medien oder bei den Wählern Lorbeeren einstreichen kann.¹⁰³¹

¹⁰²⁸ Vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 67 2020, 4.

¹⁰²⁹ Eisele, LTO 06.07.2020.

¹⁰³⁰ Sick/Renzikowski, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 616: mit Bezug auf die Entwicklung des Sexualstrafrechts.

¹⁰³¹ Vgl. Weigend, ZStW 2019, 528.

Wie eine solche Kontrolle unter dem Gesichtspunkt der *Ultima Ratio* aussehen kann, hat die vorliegende Arbeit gezeigt. Das Strafrecht sollte immer das letzte Mittel und schärfste Schwert des Staates sein, was es heute mehr denn je zu bewahren gilt. In Zeiten, in denen Politik mit prominenten Einzelfällen wie *Edathy*, *Fake News* oder medialem Aufbauschen gemacht wird, muss der Gesetzgeber die neutrale Stellschraube sein, der zu unterscheiden weiß, ob ein Strafgesetz tatsächlich notwendig und legitimierbar oder die betreffende gesellschaftspolitische Diskussion unabhängig vom dauernden Schrei nach Strafe fernab des Strafgesetzbuches fortzuführen ist.

Abschließend sei noch auf das eingangs aufgeworfene Entsetzen hinsichtlich der inhaftierten britischen Bürgerin für außerehelichen Sex in den Vereinigten Arabischen Emiraten einzugehen. Weder die betroffene Britin, noch sonst ein Ausländer, der in den Vereinigten Arabischen Emiraten lebt und sich wegen eines anderen als einem Kapitalverbrechen wie beispielsweise des Mordes strafbar gemacht hat, wurden je ausgepeitscht oder gesteinigt. Vielmehr werden die wegen Sexualdelikten wie dem außerehelichen Verkehr verurteilten Straftäter nach einer kurzen Zeit im Gefängnis entlassen und ihnen wird die erneute Einreise in die Vereinigten Arabischen Emirate auf Lebzeiten verweigert.

Eine Hilfskonstruktion der Legislativ- und Exekutivorgane, um den Besonderheiten, nicht muslimisch gläubiger Ausländer neben den eigenen religiösen Gesetzen gerecht zu werden. Eine Hilfskonstruktion, die eine offensichtlich ungerechte Handhabung und einen Ausgleich zur Divergenz des Strafgesetzes zu den tatsächlichen Umständen verhindern soll. Eine Hilfskonstruktion, ähnlich dieser des Bundesgerichtshofs, die verhindert, dass die über Jahrzehnte gedemütigte, geschlagene und vergewaltigte Witwe, im Haustyrannenfall ohne Ausnahme wegen Mordes zu einer lebenslangen Haftstrafe verurteilt wird.

LITERATURVERZEICHNIS

Abegg, Julius Friedrich Heinrich (Hrsg.), Kritische Betrachtung über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preussischen Staaten vom Jahre 1843, 1844, zitiert: *Abegg*, Kritische Betrachtung.

Albrecht, Hans Jörg, *Sieber*, Ulrich, Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern, Gutachten des Max-Planck-Instituts, zitiert: *Albrecht/Sieber*, MPI 2007.

Altenhain, Karsten, *Dietmeier*, Frank, *May*, Markus, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, Erscheinungsdatum 30.07.2013; zitiert: *Altenhain/Dietmeier/May*, Absprachen im Strafverfahren.

Altenhain, Hans Jörg, *Jahn*, Matthias, *Kinzing*, Jörg, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess, 1. Auflage 2020, zitiert: *Altenhain/Jahn/Kinzing*, Absprachen im Strafverfahren.

Amberger, Julia, Das Strafrecht Allheilmittel oder Krankmacher?, Anwaltsblatt 2016, S. 572.

Amelung, Knut, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1972, zitiert: *Amelung*, Rechtsgüterschutz.

ders., Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 155 – 183, zitiert: von *Amelung*, Der Begriff des Rechtsgüterschutzes.

Amos, Maximilian, Interview mit Elisa Hoven und Thomas Fischer: „Wir erleben eine Moralisierung des Rechts“, in: Legal Tribune Online, 31.10.2016, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/nutzungsbedingungen-der-internetseite-von-olympia-2012-anstoessige-kritik-und-verlinkung-unerwunscht/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Amos*, LTO 31.10.2016.

Appel, Ivo, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, zitiert: *Appel*, Verfassung und Strafe.

ders., Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1999, S. 278 – 311.

Arzt, Gunther, *Weber*, Ulrich, *Heinrich*, Bernd, *Hilgendorf*, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015; zitiert: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT.

Bacia, Peter Thoss Hubert, Reform des Sexualstrafrechts, in: Nedelmann/Bacia/Amman (Hrsg.), Kritik an der Strafrechtsreform, 1968, zitiert: *Bacia*, Reform des Sexualstrafrechts.

Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich, Mitsch, Wolfgang, Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage 2016, zitiert: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT.

Becker-Toussaint, Hildegard, Zur Einführung, in: Deutsche Richterakademie, Gewalt an Frauen - Gewalt in der Familie, 1990, S. 1 – 3.

Benthin, Sabine, Subventionspolitik und Subventionskriminalität, Zur Legitimität und Rationalität des Tatbestandes zum Subventionsbetrug (§ 264), 2010, zitiert: Benthin, Subventionspolitik.

Behrendes, Udo, Die Kölner Silvesternacht 2015/2016 und ihre Folgen, Neue Kriminalpolitik, 2016, S. 322 – 343.

Berwanger, Jörg, Reaktionismus – ein hilfloser Leviathan geht seinen Weg, Zeitschrift für Rechtspolitik 2016, S. 56 – 59.

Berghäuser, Gloria, Die Strafbarkeit des ärztlichen Anerbietens zum Schwangerschaftsabbruch im Internet nach § 219 a StGB – eine Strafvorschrift im Kampf gegen die Normalität, Juristenzeitung 2018, S. 497 – 504.

Binding, Karl, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 2, Teil 2, 1905, zitiert: Binding, Lehrbuch.

ders., Die Normen und Ihre Übertretung, Band 1, 4. Auflage 1922 (Nachdruck Aalen 1991); zitiert: Binding, Die Normen und Ihre Übertretung.

Bittles, Alan H., Consanguinity, Genetic Drift, and Genetic Diseases in Populations with Reduced Numbers of Founders, Vogel and Motulsky's Human Genetics, 2010, S. 507 – 528.

Bittmann, Volker, Wider ein Strafrecht als alltäglicher Begleiter, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2016, S. 249 – 263.

Bleyl, Henning, Niedrige Beweggründe sollten kein Maßstab mehr sein, Der Mord-Paragraf des Strafgesetzbuches muss dringend überarbeitet werden. Beileibe nicht nur, weil er von Nazi-Juristen formuliert wurde, Zeit Online 04.12.2013, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-11/rechtsprechung-gesetz-mord-paragraf-211>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Bleyl, Zeit Online 04.12.2013.

Bockemühl, Jan (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 7. Auflage 2017, zitiert: Bockemühl/Bearbeiter, Handbuch Fachanwalt Strafrecht.

*Bundesamt für Justiz, Richterstatistik, Zahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege der Bundesrepublik Deutschland am 31. Dezember 2016 *), Stand 11. Dezember 2017, https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal_node.html, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: BfJ, Richterstatistik 2017.*

Bundeskriminalamt, Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch 2017, zitiert: *Bundeskriminalamt*, Kriminalstatistik 2017.

das., Polizeiliche Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch 2018, Einzelne Straftaten/-gruppen und ausgewählte Formen der Kriminalität, zitiert: *Bundeskriminalamt*, Kriminalstatistik 2018.

Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2019, Ausgewählte Zahlen im Überblick, zitiert: *Bundeskriminalamt*, Kriminalstatistik 2019.

Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, Die Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik 2017, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2017.pdf;jsessionid=F96E0872889318863A27B7499E02AC20.2_cid287?__blob=publicationFile&v=5, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *BMI*, Polizeiliche Kriminalstatistik 2017.

Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu den Verfassungsbeschwerden des Herrn R. (2 BvR 2155/11), des Herrn S. (2 BvR 2628/10) und der Herren Sch. und G. (2 BvR 2883/10) mittelbar gegen § 257c StPO, August 2021, zitiert: *BRAK*, Stellungnahme Nr. 41 2012.

Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (RegE) eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 21.10.2020, zitiert: *BRAK*, Stellungnahme Nr. 67 2020.

Bundesregierung, Bericht über die im Jahr 2017 ergriffenen Maßnahmen zum Zweck der Löschung von Telemedienangeboten mit kinderpornografischem Inhalt im Sinne des § 184b des Strafgesetzbuchs, abzurufen unter: https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Statistiken/Download/Bericht_Loeschenstatt_sperren_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Bundesregierung*, Bericht 2017.

Bundeszentrale für politische Bildung, Jan Böhmermanns Erdogan-‘Schmähekritik‘ wird zum Politikum, Televisionen, Fernsehgeschichte in West und Ost, 2016, zitiert: *BPB*, Jan Böhmermanns Erdogan- ‘Schmähekritik‘ wird zum Politikum.

Burhoff, Detlef, “Richtervorbehaltsgötterdämmerung”, oder: Finger weg vom Richtervorbehalt bei der Blutentnahme!!!! <https://blog.burhoff.de/2016/02/37396/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Burhoff*, Richtervorbehaltsgötterdämmerung.

Braun, Julian, Ärztekorrption und Strafrecht – steht das ultima-ratio-prinzip der Schaffung eines neuen Straftatbestandes entgegen?, *Medizinrecht* 2016, S. 277 – 284.

Braun, Stefan, Gründe für das Auftreten von Absprachen im Strafverfahren, *Anwaltsblatt* 2000, S. 222 – 227.

Carter Daniel Lee, Prentky Robert Alan, Knight Raymond A., Vanderveer Penny L., Boucher Richard J., Use of pornography in the criminal and developmental histories of sexual offenders, *Interpersonal Violence*, vol. 2 no. 2 1987, S. 196 – 211.

Cirullies, Birgit, Stellungnahme zu dem Antrag der Abgeordneten Ulla Schauws, Katja Keul, Katja Dörner und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion des Deutschen Bundestags Bündnis 90 / Die Grünen: Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen (BT-Drucksache 18/1969), Stellungnahmen für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags vom 28.01.2015, abzurufen unter:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/357218/88a9617c670dbec8c9a34e3fe51f720/cirullies-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Cirullies*, Stellungnahme 26.01.2015.

Cornils, Matthias, Entscheidungsanmerkung BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05; BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2008, S. 85 – 90.

Deckers, Rüdiger, *Fischer*, Thomas, *König*, Stefan, *Bernsmann*, Klaus: Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – Überblick und eigener Vorschlag, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2014, S. 9 – 17.

Deutscher Anwaltverein, Plädoyer für die Aufwertung des Ultima-Ratio-Prinzips im materiellen Strafrecht, DAV-Stellungnahme des Strafrechtsausschusses und des Verfassungsrechtsausschusses, *Anwaltsblatt* 2016, S. 323 – 326.

ders., Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung Europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 07.04.2014; Stellungnahme Nr.: 50/2014, zitiert: *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr.: 50/2014.

ders., Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag, §§ 211, 212, 213; Stellungnahme Nr.: 1/2014, zitiert: *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr.: 1/2014.

Deutscher Bundestag, Vergewaltigung in der Ehe, Strafrechtliche Beurteilung im europäischen Vergleich, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 7 – 307/07, 2008; zitiert: *Deutscher Bundestag*, Vergewaltigung in der Ehe.

Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e.V., Eugenische Argumentation im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Inzestverbot Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik (GfH), https://www.gfhev.de/de/leitlinien/LL_und_Stellungnahmen/2008_05_20_GfH_Stellungnahme_Inzestverbot.pdf, 29.04.2008, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Deutsche Gesellschaft für Humangenetik*, Stellungnahme 29.04.2008.

Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 27. Juni 2018 zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Strafgesetzbuches – Einschränkung bzw. Aufhebung von § 219a StGB – BT-Drs. 19/820 (Gesetzentwurf der Fraktion der FDP), BT-Drs. 19/93 (Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke) und BT-Drs. 19/630 (Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis90/Die Grünen), Stellungnahme vom 14.08.2020, <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/ASRep/st18-09/>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme 26.06.2018.

Deutsche Strafverteidiger e.V., Stellungnahme des Deutsche Strafverteidiger e.V. zu dem Referentenentwurf über ein „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 27.05.2016; Zitiert: *Deutscher Strafverteidiger e.V.*, Stellungnahme 27.05.2016.

Dudeck, Manuela, *Freyberger*, Harald, J., Psychische Folgeschäden bei Delinquenzopfern, in: *Körper/Döllinger/Leygraf/Sass* (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie*, 2009, S. 256 – 286; zitiert: *Dudeck/Freyberger*, Psychische Folgeschäden bei Delinquenzopfern.

Duttge, Gunnar, Zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB): Kritische Betrachtung von Reformbedarf und Reformvorschlägen, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2016, S. 92 – 100.

Duttge, Gunnar, *Steuer*, Melanie, Die „res publica“ – in den richtigen Händen?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2019, S. 119 – 121.

Dreier, Horst, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, *Juristen Zeitung* 1997, S. 421 – 437.

Drohse, Franziska, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht von Kindern und Jugendlichen, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2018, S. 213 – 216.

Eisele, Jörg, *Franosch*, Rainer, Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2016, S. 519 – 526.

Eisele, Jörg, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahmen für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags vom 28.01.2015, abzurufen unter:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e%2040b030f4c7b20/eisele-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Eisele*, Stellungnahme 24.01.2015.

ders., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, abzurufen unter:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/CD06700/Anlage22.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Eisele*, Stellungnahme 12.09.2014.

Eisele, Jörg, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, abzurufen unter:
<https://www.bundestag.de/resource/blob/425524/a950a0666f21cb3e7b7f177118dec89b/eisele-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Eisele*, Stellungnahme 31.05.2016.

ders., Wortprotokoll der 28. Sitzung zu Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, <https://www.bundestag.de/resource/blob/356134/7c145e203d51c88fa9434e8999d3d067/wortprotokoll-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Eisele*, Protokoll-Nr. 18/28.

ders., Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, abzurufen unter:
<https://www.bundestag.de/resource/blob/338844/f833f1ea050bb7978ef55f06174ff16b/eisele-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Eisele*, Stellungnahme 10.10.2014.

ders., Die Bundesjustizministerin hat die Bazooka ausgepackt, in: Legal Tribune Online, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lambrecht-bekaempfung-kindesmissbrauch-kinderpornografie-strafen-gewalt-bmjbv-muenster-verbrechen/>, 06.07.2020, *Eisele*, LTO 06.07.2020.

Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO Spezialkommentar, 10. Auflage 2017, zitiert: *Eisenberg*, StPO.

El-Ghazi, Mohamad, Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F., Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2017, S. 157 – 168.

Ellbogen, Klaus, Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten, Ein Relikt aus der Vergangenheit, Zeitschrift für Rechtspolitik 2006, S. 190 – 192.

Elz, Jutta, Verurteilungsquoten und Einstellungsgründe Was wissen wir tatsächlich?, Sonderveröffentlichung aus: Rettenberger/Dessecker (Hrsg.): Sexuelle Gewalt als Herausforderung für Gesellschaft und Recht, Kriminologie und Praxis, 2017, S. 117 – 141.

Emmert, Reinhold. Bindungswirkung des Strafurteils im Schadensersatzprozess, Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 82 – 85.

Engländer, Armin, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2015, S. 616 – 625.

Epping, Volker, *Hillgruber*, Christian, Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, 43. Edition Stand 15.05.2020, zitiert: BeckOK/Bearbeiter, GG.

Erbel, Günther, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, 1971, zitiert: *Erbel*, Sittengesetz.

Eser, Albin, Reform der Tötungsdelikte, zum Abschlussbericht der amtlichen Expertengruppe, Zugleich im Gedenken an Günther Heine, in: Gropp, Walter, Hecker, Bernd, Kreuzer, Arthur, Ringelmann, Christoph, Witteck, Lars, Wolfslast, Gabriele, Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günther Heine, S. 69 – 91, zitiert: Eser, Reform der Tötungsdelikte.

ders., Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211-213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980 (DJT-Gutachten). zitiert: Eser, 53. DJT Gutachten.

Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, 57a StGB) dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/abschlussbericht-bmju-expertenkommission-toetungsdelikte.pdf>, zitiert: Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte.

Feuerbach, Paul J. A., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14. Auflage 1847, zitiert: Feuerbach, Lehrbuch 1847.

Fiebig, Peggy, Neue Polizeigesetze: Mehr Befugnisse – mehr Sicherheit?, Deutsche Richterzeitung 2019, S. 376 – 378.

Fischer, Thomas, Mord-Paragraf: Völkisches Recht, Der Mord-Paragraf ist eine Erfindung der Nazis. Wie konnte er sich so lange halten? Plädoyer für eine überfällige Rechtsreform, in: <http://www.zeit.de/2013/51/mord-paragraph-nationalsozialismus>, 12.12.2013, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Fischer, Zeit Online 12.12.2013.

ders., Bitte entschuldigen Sie, Herr Edathy, in: <https://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy>, 27.02.2014, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Fischer, Zeit Online 27.02.2014.

ders., Nein heißt Nein heißt Nein, in: <https://www.zeit.de/2014/42/strafrecht-vergewaltigung-missbrauch>, 09.10.2014, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Fischer, Zeit Online 09.10.2014.

ders., Die Schutzlückenkampagne, in: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht/komplettansicht>, 03.02.2015, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Fischer, Zeit Online 03.02.2015.

ders., Es gibt keinen Skandal, in: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht-schutzluecke>, 10.02.2015, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Fischer, Zeit Online 10.02.2015.

ders., Schuld und Sühne II, Das Gesetz der Rache, in: Fischer im Recht <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-03/schuld-suehne-schuldausgleich-und-abschreckung-fischer-im-recht>, 22.03.2016, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Fischer, Zeit Online 22.03.2016.

Fischer, Thomas, Zum letzten Mal: Nein heißt Nein, in: *Fischer im Recht* <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht>, 28.06.2016; zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Fischer*, *Zeit Online* 28.06.2016.

ders., Es gibt kein Strafrecht der Moral, in: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-128476243.html> www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy, 27.02.2014, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Fischer*, *Spiegel Online* 04.08.2014.

ders., Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, Entgegnung auf Hörnle, *ZIS* 2015, 206, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2015, S. 312 – 319.

ders., Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags vom 28.01.2015, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/357200/18bdafafc324ec0f4c09a339a13753ce/fischer-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Fischer*, Stellungnahme 14.01.2015.

ders., *Strafgesetzbuch: StGB*, 67. Auflage 2020; zitiert: *Fischer*, *StGB*.

Franke, Irina, Graf, Marc, Kinderpornographie: Übersicht und aktuelle Entwicklungen, in *Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie* 2016, S. 87 – 97.

Freyschmidt, Uwe, Ultima ratio? Wenn Straftatbestände die Optionen der Verwaltung beschränken, *Das Schwarzarbeitergesetz im Graubereich zwischen Prävention und Strafverfolgung*, *Anwaltsblatt* 2017, S. 37 – 38.

Frisch, Wolfgang, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 215 – 239, zitiert: *Frisch*, *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur*.

ders., Voraussetzungen und Grenzen des Strafens, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2016, S. 16 – 26.

Frommel, Monika, Das klägliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1988, S. 233 – 240.

dies., »Nein heißt nein« und der Fall Lohfink, in: *Novo Argumente* https://www.novo-argumente.com/artikel/nein_heisst_nein_und_der_fall_lohfink, 27.6.2016, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Frommel*, *Novo Argumente* 27.06.2016.

*Frommel, Monika, Wider die Remoralisierung des Strafrechts, Novo Argumente, https://www.novo-argumente.com/artikel/wider_die_remoralisierung_des_strafrechts, 13.7.2016, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Frommel, Novo Argumente* 13.07.2016.*

dies., Der Fall Edathy – Eine neue Sanktionsform gegen Prominente: die exkludierende öffentliche Beschämung, Neue Kriminalpolitik 2014, S. 205 – 211.

dies., Das Verbot des »Anbietens« von Diensten für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219 a Abs. 1 StGB (§ 219 a Abs. 1 StGB) – Bemerkungen zum Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag BT-Drucks 19/630 vom 2. 2. 2018 –, Juristische Rundschau 2018, S. 239 – 244.

Frommel, Monika, Verbot des öffentlichen „Anbietens“ zum Schwangerschaftsabbruch, Zeitschrift für Rechtspolitik 2019, S. 1.

*dies., Wo beginnt die Vergewaltigung?, in: <https://www.sueddeutsche.de/panorama/rechtsprechung-wo-beginnt-vergewaltigung-1.2331813>, 04.02.2015, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Frommel, Süddeutsche Zeitung* 04.02.2015.*

*dies., Muss der Verbrechenstatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung – § 177 StGB – reformiert werden?, in: Rotsch/Brüning/Schady (Hrsg.), Strafrecht - Jugendstrafrecht - Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015, S. 321 – 338, zitiert: *Frommel, FS für Ostendorf*.*

Gärditz, Klaus, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio – Grundsatz, Juristenzeitung 2016, S. 641 – 650.

Glaser, Fritz, Die Sittlichkeitsdelikte nach dem Vorentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2009, S. 379 – 401.

*Gesellschaft für Freiheitsrechte, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/06/GFF_Gutachten_219a_StGB.pdf, zuletzt aufgerufen 14.08.2020, zitiert: *Gesellschaft für Freiheitsrechte, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 219a StGB*.*

Goldbeck, Nino, Zur Verfassungskonformität des § 219a StGB, Zeitschrift für Lebensrecht 2007, S. 14 – 21.

Gössel, Karl Heinz, Parteiöffentlichkeit statt Verfahrensöffentlichkeit oder: der Rückzug aus der Kontrolle der Öffentlichkeit? Bemerkungen zum Gutachten von Satzger über Chancen und Risiken einer Reform des Ermittlungsverfahrens für den diesjährigen Deutschen Juristentag in Bonn, Juristische Rundschau 2004, S. 313 – 32.

Gössel, Karl Heinz, Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung, in: Schöch/Dölling/Helgerth/König (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 79 – 92, zitiert: Gössel, Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung.

Graf, Jürgen Peter, Beck'scher Online Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 37. Edition, Stand 01.07.2020, zitiert: BeckOK/Bearbeiter, StPO.

Greco, Luis, Ehrenmorde im deutschen Strafrecht, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2014, 309 – 319.

Groll, Tina, "Tausende Popo-Bilder als Trophäe" Die Bundesjustizministerin will Upskirting strafbar machen. Wie verbreitet ist das Phänomen? Und was treibt die Täter an? Eine Kriminologin gibt Antworten, in: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-09/upsirting-strafdelikt-christine-lambrecht-kriminaloberkommissarin?page=13#comments>, 12.09.2019, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Groll, Zeit Online 12.09.2019.

Grünwald, Anette, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2011, S. 313 – 322.

dies., Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, zitiert: Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt.

Grziwotz, Herbert, Späte Wiedergutmachung für Schwule, in: Legal Tribute Online <https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/spaete-wiedergutmachung-fuer-schwule-strafbarkeit-homosexualitaet-liebe-unter-maennern/>, 17.06.2012, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Grziwotz, LTO 17.05.2012.

Haas, Volker, Zur Notwendigkeit einer Reform der Tötungsdelikte. Zugleich eine kritische Würdigung des Abschlussberichts der Expertengruppe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2016, S. 316 – 369.

Hamm, Rainer, Richten mit und über das Strafrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 1537 – 1548.

dies., Strafrecht als ultima ratio 2.0., Neue Juristische Wochenschrift 2015, Editorial.

Hamm, Rainer, Gerhardt, Rudolf, Strafrecht als ultima ratio, Das Geständnis darf keine „Handelsware“ sein, Zeitschrift für Rechtspolitik 2016, S. 59 – 61.

Hanack, Ernst-Walter, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A., zitiert: Hanack, 47. DJT Gutachten

dies., Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik, 1969, zitiert: Hanack, Zur Revision des Sexualstrafrechts.

Hanssen, Otto, Das Freiheitsprinzip als Grenze inflationärer Strafnormenschaffung, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, S. 318 – 320.

Hantke, Christian, Juristischer Exzellenzkurz der Ruhr-Universität Bochum, Ausgabe 1, 2009, S. 60 – 65.

Hassemer, Winfried, Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main, 1973, zitiert: *Hassemer*, Theorie und Soziologie.

ders., Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 57 – 65, zitiert: *Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?

Hefendehl, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, zitiert: *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter.

ders., Das Rechtsgut als materieller Angelpunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 119 – 133, zitiert: *Hefendehl*, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm.

ders., Die Tagung aus der Sicht eines Rechtsgutsbefürworters, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 286 – 291, zitiert: *Hefendehl*, Die Tagung aus der Sicht eines Rechtsgutsbefürworters.

ders., Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2012, S. 506 – 512.

Heger, Martin, Baustellen des Strafrechts – Reform des Exhibitionismustatbestandes, Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 118 – 120.

Heine, Günther, *Höpfel*, Frank, u.a., Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben) Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), Goldtdammer's Archiv für Strafrecht 2008, S. 193 – 270.

Heinrich, Bernd, Zum heutigen Stand der Kriminalpolitik in Deutschland, Kriminalpolitische Zeitschrift 2017, S. 4 – 20.

Heinrich, Manfred, Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b Abs. 4 StGB im Lichte der Internetdelinquenz, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, S. 361 – 367.

Heintschel-Heinegg, Bernd von, Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, 46. Edition Stand 01.05.2020, zitiert: BeckOK/Bearbeiter, StGB.

Helmers, Gunnar, Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2 StGB) Der Maßstab der Bewertung; zugleich ein Vorschlag zur geplanten Reform des Mordtatbestands, Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2016, S. 90 – 101.

Helwig, Richard, Der Ultima-Ratio-Satz im Strafrecht – ein Scheinriese der Verfassung?, Deutsche Richterzeitung 2017, S. 92 – 97.

Herning, Lara, *Illgner*, Johannah, „Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2016, S. 77 – 84.

Herzog, Felix, Moralische Kreuzzüge auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts, Humanistische Union, http://www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-209/article/moralische-kreuzzuege-auf-dem-gebiet-des-sexualstrafrechts/, 11.08.2015, zuletzt aufgerufen 14.08.2020, zitiert: *Herzog*, Humanistische Union 11.08.2015.

Hilgendorf, Eric, Recht durch Unrecht? Interkulturelle Perspektiven, *Juristische Schulung* 2008, S. 761 – 767.

Hipp, Dietmar, Inzest-Urteil "Das Verbot ist nicht plausibel", Interview mit Prof. Dr. Tatjana Hörnle, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/inzest-urteil-das-verbot-ist-nicht-plausibel-a-541628.html>, 13.03.2008, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Hipp*, Spiegel Online 13.03.2008.

Hirsch, Andrew von, Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 12 – 26; zitiert: *von Hirsch*, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*.

Hirsch, Andrew von, *Wohlers*, Wolfgang, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 196 – 215; zitiert: *von Hirsch/ Wohlers*, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*.

Hobrach, Marlen, Paragraph 219a ist eine Zumutung, in: *Welt*, <https://www.welt.de/kultur/article171507046/Paragraf-219a-ist-eine-Zumutung.html>, 12.12.2017, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Hobrach*, *Welt* 12.12.2017.

Hochert, Judith, Die Abschaffung des Paragraphen 219a reicht nicht aus, in: *Spiegel Online* <http://www.spiegel.de/gesundheit/schwangerschaft/paragraf-219a-auf-dem-pruefstand-je-mehr-informationen-desto-besser-a-1199804.html>, 25.03.2018, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Hochert*, *Spiegel Online* 25.03.2018.

Hohmann, Olaf, Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des Strafrechtlichen Umweltschutzes 1991, zitiert: *Hohmann*, *Umweltdelikte*.

Honig, Richard, Martin, Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage 1919, zitiert: *Honig*, *Einwilligung des Verletzten*.

Hoven, Elisa, Die Grenzen des Anfangsverdachts – Gedanken zum Fall Edathy, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2014, S. 361 – 367.

Hoven, Elisa, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 71/19) und Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/7693) zur Verbesserung der Information übereinen Schwangerschaftsabbruch, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/02/stellungnahme-hoven-219a-2.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Hoven*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch.

Höhne, Michael, Die Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte Warum ist sie bisher gescheitert und wie könnte sie aussehen? Kritische Justiz 2014, S. 283 – 297.

Hörnle, Tatjana, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Habilitationsschrift Universität München, 2005, zitiert: *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten.

dies., Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, Neue Juristische Wochenschrift 2008, S. 2085 – 2088.

dies., Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 281 – 285, zitiert: *Hörnle*, Der Schutz von Gefühlen im StGB

dies., Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2017, S. 13 – 21.

dies., Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2015, S. 851 – 887.

dies., Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss am 13. Oktober 2014 zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht BT-Drucksache 18/2601, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/356134/7c145e203d51c88fa9434e8999d3d067/wortprotokoll-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Hörnle*, Protokoll-Nr. 18/28.

Isfen, Osman, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten, Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2015, S. 217 – 233.

Jahn, Matthias, Noch mehr Risiken als Nebenwirkungen – der Anti-Doping Gesetzesentwurf der Bundesregierung aus der Sicht des Strafverfassungsrechts, Zeitschrift für Sport und Recht 2015, S. 149 – 152.

Jahn, Matthias, Brodowski, Dominik, Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2017, S. 363 – 381.

Jahn, Matthias, Brodowski, Dominik, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, Juristenzeitung 2016, S. 969 – 980.

Jakobs, Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1985, S. 751 – 785.

Jansen, Scarlett, Werbung für Schwangerschaftsabbruch auf ärztlicher Homepage, Anmerkung zum Urteil des AG Gießen vom 24.11.2017 – 507 Ds 501 Js 15031/2015, Jurisprudence-Strafrecht, Heft 7, 2018, Anm. 2.

Jäger, Herbert, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Stuttgart 1957, zitiert: Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz.

Jellinek, Georg, Die Weltanschauungen Leibniz und Schopenhauers. Ihre Gründe und ihre Berechtigung. Eine Studie über Optimismus und Pessimismus, Leipzig 1872, zitiert: Jellinek, Weltanschauung.

Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996, zitiert: Jescheck/Weigend, AT.

Joecks, Wolfgang; Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1 (§§ 1 – 37 StGB), 4. Auflage 2020, zitiert: MüKo/Bearbeiter, StGB.

dies., Münchener Kommentar zum StGB, Band 2 – 8, 3. Auflage 2017, zitiert: MüKo/Bearbeiter, StGB.

Jung, Heike, Strafbarkeit des Inzests, in: Kerner/Göppinger/Streng (Hrsg.), Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht, Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 311 – 321, zitiert: Jung, FS für Leferenz.

Kammann, Nicola, Der Anfangsverdacht (Strafrecht in Forschung und Praxis), 2003, zitiert: Kammann, Der Anfangsverdacht.

Kaufmann, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik 1954, zitiert: Kaufmann, Bindings Normentheorie.

Kempf, Eberhardt, Ultima Ratio? – Ultima ratio! Der Beschluss des BVerfG vom 21. September 2026 zur Nichtigkeit einer Blankettstrafnorm, Anwaltsblatt 2017, S. 34 – 36.

Keß, Hartmut, Grenzlinien zwischen Recht und Ethik: Moralische Pflichten beruhen auf der eigenen Überzeugung. Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, S. 28 – 30.

Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, zitiert: NK/Bearbeiter, StGB.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2017, S. 382 – 389.

Kehl, Christoph, Verfassungsrechtliche Grenzen für eine Reform der Tötungsdelikte, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe Universität Frankfurt am Main, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, Erfahrungen Herausforderungen, Erwartungen, S. 317 – 333 zitiert: *Kehl*, Verfassungsrechtliche Grenzen für eine Reform der Tötungsdelikte.

Keller, Birgit, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, S. 522 – 524.

Knauer, Christoph, *Kudlich*, Hans, *Schneider*, Hartmut, Münchner Kommentar zum StPO, Band 1 – 3, 1. Auflage 2014, zitiert: MüKo/Bearbeiter, StPO.

Kornmeier, Claudia, Überlastete Justiz, „Ich wollte nicht enden wie meine älteren Kollegen“, in: Legal Tribute Online, <https://www.lto.de/recht/job-karriere/j/arbeitsueberlastung-justiz-strafquote/>, 27.04.2014, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Kornmeier*, LTO 27.04.2014.

Körner, Constantin, „Juristen haben von Sex keine Ahnung“, in: Legal Tribute Online, <https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/sex-strafrecht-vergewaltigung-missbrauch-moral-gesellschaft-justiz/>, 19.04.2016, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Körner*, LTO 19.04.2016.

Krause, Benjamin, Kinderpornographie im Internet, Alte und neue Rechtsprobleme nach der „Edathy-Affäre“, MultiMedia und Recht 2016, S. 665 – 670.

ders., Kinderpornographie - Plädoyer für eine differenzierte Verschärfung, Zeitschrift für Rechtspolitik 2019, S. 69 – 70.

Kudlich, Hans, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010 Band I: Gutachten / Teil C: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? Verständigung in Strafverfahren - Fristsetzung für Beweisanträge - Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien; zitiert: *Kudlich*, Gutachten C.

ders., Strafprozess – noch mehr Reformbedarf?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 9 – 13.

ders., Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2015, S. 635 – 654.

Kunz, Carlo, Was heißt noch ja?, Eine skeptische Betrachtung des neuen Sexualstrafrechts, Juris – die Monatszeitschrift 2016, S. 433 – 434.

Kubiciel, Michael, Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts? Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 13 – 16.

ders., Strafbare Werbung für Schwangerschaftsabbrüche- verfassungswidrig und reformbedürftig?, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 2017, S. 3 – 9.

Kubiciel, Michael, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Justiz und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 71/19) und Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/7693) zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/02/stellungnahme-kubiciel-219a-2.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Kubiciel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch.

Kühl, Kristian, Von der gerechten Strafe zum legitimierten Bereich des Strafbaren, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Packow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht.: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, S. 435 – 449, zitiert: *Kühl*, Von der gerechten Strafe zum legitimierten Bereich des Strafbaren.

ders., Zum Einfluss von Moral und Naturrecht auf das Strafrecht, Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V. 2017, S. 193 – 198.

ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, zitiert: *Kühl*, Strafrecht AT.

ders., Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, Juristische Arbeitsblätter 2009, S. 833 – 839.

Kühl, Kristian, Von der gerechte Strafe zum legitimen Bereich des Strafbaren, in: Bloy (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, zitiert: *Kühl*, Von der gerechten Strafe.

Kühne, Hans-Heiner, Gössel Karl Heinz, Lüderssen, Klaus, Jahn, Matthias, Erb, Volker, Siolek, Wolfgang, Graalman-Scheerer, Kirsten, Löwe/Rosenberg. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO (Großkommentar), 27. Auflage 2017, zitiert: Löwe/Rosenberg/Bearbeiter, StPO.

Krey, Volker, Windgätter, Oliver, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts – Wider die Überlastung, Überforderung und Überdehnung der Strafrechtspflege in: Hellmann, Uwe, Schröder, Christian (Bearb.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 233 – 251, zitiert: *Krey/Windgätter*, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts.

Lachmann. Günther, Bushido und die Banalisierung des Politischen, <https://www.welt.de/vermishtes/article107603397/Bushido-und-die-Banalisierung-des-Politischen.html>, 30.06.2012, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Lachmann*, Welt 30.06.2012.

Lackner, Karl, *Kühl*, Kristian, Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, 29. Auflage 2018; zitiert: *Lackner/Kühl*, StGB.

Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996, zitiert: *Lagodny*, Grundrechte.

Lagodny, Otto, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 83 – 89, zitiert: *Lagodny*, Materielles Strafrecht als Prüfstein.

Lamping, Frederike, Die Rationalisierung und Überregulierung der Sexualität Zur aktuellen Reform des Sexualstrafrechts, Juristische Rundschau 2017, S. 347 – 356.

Landau, Herbert, Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2014, S. 425 – 431.

ders., Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2015, S. 665 – 671.

ders., Das ultima-ratio-Prinzip im Strafrecht, in: Hadding/Herrmann/Krämer, Festschrift für Wolfgang Schlick zum 65. Geburtstag, 1. Auflage 2015, S. 523 – 535.

ders., Strafrecht nach Lissabon, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2011, S. 537 – 546.

Laudon, Mirko, Mord-Paragraph: Hanebüchene Verbiegung des Gesetzes, Strafakte 2013, <https://www.strafakte.de/strafrecht/hanebuechene-verbiegung-des-gesetzes/>, zitiert: *Laudon*, Strafakte 2013.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm, Überlegungen zur Diskussion über die Reform des Instanzenzuges in Strafsachen, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, S. 449 – 451.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm, *Tiedemann*, Klaus, *Rissing-van-Saan*, Ruth, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; 12. Auflage 2019; zitiert: LK/Bearbeiter, StGB.

Leible, Stefan, Es gilt das Grundgesetz und die Scharia, in: Universität Bayreuth (Hrsg.), Spectrum-Magazin der Universität Bayreuth 10. Ausgabe, 2014, S. 26 – 29, zitiert: *Leible*, Es gilt das Grundgesetz und die Scharia.

Leitmeier, Lorenz, Keine Ahnung haben aber empört sein, in: Legal Tribune Online, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/laien-prozess-empoerung-einmischung-meinung-laufende-verfahren-ohne-aktenkenntnis-sachverstand/>, 26.08.2016, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Leitmeier*, LTO 26.08.2016.

Linka, Katharina, Mord und Totschlag (§§ 211-213 StGB) Reformdiskussionen und Gesetzgebung seit 1870, Juristische Zeitgeschichte 2008, zitiert: *Linka*, Mord und Totschlag.

Liszt, Franz von, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1888, S. 133 – 156.

Liszt, Franz von, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1886, S. 663 – 680.

ders., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 22. Auflage 1919, zitiert: v. *Liszt*, Lehrbuch.

Lüdemann, Dagny, Gießener Ärztin vor Gericht: "Der Skandal ist, dass so was strafbar ist", Interview mit Prof. Dr. Ulrike Lembke, <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2017-11/giessener-aerztin-kristina-haenel-abtreibung-prozess-schwangerschaftsabbruch-anklage>, 24.11.2017, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Lüdemann*, Zeit Online 24.11.2017.

Maas, Heiko, Wenn das Strafrecht alles richten soll ...dann wären wir im autoritären Staat, Ein rationales Strafrecht als Ziel der Rechtspolitik bewahren, Anwaltsblatt 2016, 546 – 547.

ders., Wann darf der Staats strafen?, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2015, S. 305 – 309.

Matt, Holger, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 389 – 392.

Maunz, Theodor, *Dürig*, Günter, Grundgesetz – Kommentar, 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019, zitiert: *Maunz/Dürig/Autor*, GG.

Maurach, Reinhard, *Gössler*, Karl Heinz, *Zipf*, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat 2014, zitiert: *Maurach/Gössler/Zipf*, AT/1.

dies., Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 2014, zitiert: *Maurach/Gössler/Zipf*, AT/2.

Mangoldt, Hermann von, *Klein*, Friedrich, *Starck*, Christian, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 6. Auflage 2010, zitiert: *Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter*, Bonner GG.

McCloskey, H. J., Immortality, Indecency, and the Law, Political Studies VIII (1965), S. 366 ff., zitiert: *McCloskey*, Political Studies.

Merkel, Reinhardt, Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 18.02.2019 zudem Thema „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“, <https://www.bundestag.de/resource/blob/593848/4939049a0f9a7239bd1ccf3ce73299c9/merkel-data.pdf>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: *Merkel*, Stellungnahme Schwangerschaftsabbruch.

ders., „Wrongful birth – wrongful life“: Die menschliche Existenz als Schaden?, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, Referate der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2.–3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, 2000, S. 173 – 193, zitiert: *Merkel*, „Wrongful birth – wrongful life“.

Merkel, Reinhardt, Grundlagenprobleme der „Leitprinzipien“ und der „Motivgeneralklausel“ des Mordtatbestands, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2015, S. 429 – 444.

Meyer-Goßner, Lutz, Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung: StPO Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 63. Auflage 2020, zitiert: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO.

Mittermaier, Wolfgang, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, in: Birkmeyer/v. Calker/Frank/v. Hippel/Kahl/v. Lilienthal/v. Liszt/Wach (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform, Besonderer Teil, IV. Band, 1906, S. 147; zitiert: *Mittermaier*, Vergehen und Verbrechen wider die Sittlichkeit.

Mitsch, Wolfgang, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 2005; zitiert: *Mitsch*, OwiR.

Müssig, Bernd, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz: Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB, 1994, zitiert: *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter.

ders., Mord und Totschlag, Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, zitiert: *Müssig*, Mord und Totschlag.

Oberwittler, Dietrich, Kasselt, Julia, Ehrenmorde in Deutschland. Eine systematische Untersuchung ehrbezogener Tötungsdelikte in Familien und Partnerschaften zwischen 1996 und 2005 (Polizei + Forschung, Bd. 42, hrsg. vom Bundeskriminalamt), 2011; zitiert: *Oberwittler/Kasselt*, Ehrenmorde in Deutschland.

Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Bremer Erklärung: Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017, 41. Strafverteidigertag, 4. – 26. März 2017, Zitiert: *Strafverteidigervereinigung*, Rechtspolitische Forderungen des Strafverteidigertages zur Bundestagswahl 2017.

Ost, Suzanne, Criminalising fabricated images of child pornography: a matter of harm or morality?, legal studies 2010.

Otto, Harro, Neue Entwicklungen im Bereich vorsätzlicher Tötungsdelikte, Jura 2003, S. 612 – 622.

ders., Rechtsgutbegriff und BVerfGE 120, 224, Juristische Ausbildung 2016, S. 361 – 366.

Paetow, Barbara, Vergewaltigung in der Ehe - Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, 1987, zitiert: *Paetow*, Vergewaltigung in der Ehe.

Pieroth, Bodo, Schlink, Bernhard, Staatsrecht II, 35. Auflage 2019, zitiert: *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II.

Pieroth, Bodo, Schlink, Bernhard, Kniesel, Michael, Polizei -und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 10. Auflage 2018, Zitiert: *Pieroth/Schlink/Kiesel, POR*.

Prittowitz, Cornelius, Das Strafrecht, Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, Zugleich ein Kommentar zu den Beiträgen von Klaus F. Gärditz und Matthias Jahn, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2017, S. 390 – 400.

Rahe, Michael, Strafbare Werbung bei Hinweis auf legalen Schwangerschaftsabbruch, Juristische Reihe 2018, 232 – 243.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundrisse des Rechts, 11. Auflage 2019, zitiert: *Rengier, Strafrecht AT*.

Renzikowski, Joachim, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 3553 – 3558.

ders., Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 2539 – 2542.

ders., Öffentliche Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode am 24. September 2014 – schriftliche Stellungnahme Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie und Probleme ihrer Strafverfolgung, abzurufen unter:

https://www.bundestag.de/resource/blob/330666/d1b53af36bbe4da020e9119ef22b226b/stellungnahme_renzikowski-data.pdf, zuletzt aufgerufen am 11.08.2020, zitiert: *Renzikowski*, Stellungnahme 14.09.2014

Renzikowski, Joachim, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Stellungnahmen für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags vom 28.01.2015, abzurufen unter: <http://www.bundestag.de/blob/357202/87f20df8e8751bfb54b1ed22da85106a/renzikowski-data.pdf>, zitiert: *Renzikowski*, Stellungnahme 26.01.2015.

Riegel David L., Letter to the editor: effects on boy-attracted pedosexual males of viewing boy erotica. Archives of Sexual Behavior, issue 4 vol. 33, 2004, S. 321 – 323.

Roxin, Claus, Greco, Luis, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre 5. Auflage 2020, zitiert: *Roxin/Greco, Strafrecht AT/1*.

Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 2005, zitiert: *Roxin, Strafrecht AT/1*.

ders., Strafzweck und Strafrechtsreform, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 75 – 92; zitiert: *Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform*.

ders., Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, Juristische Schulung 1966, S. 377 – 387.

Roxin, Claus, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, Strafverteidiger 2009, S. 544 – 550.

Rudolf, Joerg, Vergewaltigung in der Ehe, Ein Beitrag zur Diskussion um die Änderung des § 177 StGB (Vergewaltigung) unter historischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten, Diplomarbeit aus dem Fachbereich Sozialarbeit an der Fachhochschule Frankfurt am Main WS 96/97, zitiert: Rudolph, Vergewaltigung in der Ehe.

Rudolphi, Hans-Joachim, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard Honig, 1970, S. 155 ff., zitiert: Rudolphi, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs.

Röder, Ralf, Nach der letzten Änderung des § 184b StGB: Ist das Verbreiten sog. „Posing“-Fotos weiterhin straflos?, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2010, S. 113 – 120.

Säcker, Jürgen, Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung, Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 2375 – 2380.

Schäfer, Christian, Widernatürliche Unzucht, 2006, zitiert: Schäfer, Widernatürliche Unzucht.

Scheerer, Sebastian, Neue soziale Bewegungen und das Strafrecht; in: Kritische Justiz 1985, S. 245 – 254.

Schellenberg, Ulrich, Respekt, Rücksicht und Toleranz machen unsere Gesellschaft lebenswerter, Anwaltsblatt 2016, 543 – 545.

Schöch, Gabriele, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2017, zitiert: Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, S.

Schönke Adolf, Schröder, Horst, Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, 30. Auflage 2019, zitiert: Schönke/Schröder/Bearbeiter, StGB.

Schroeder, Friedrich-Christian, Unaufrichtigkeit des Gesetzes, Zeitschrift für Rechtspolitik 1992, S. 409 – 410.

Schünemann, Bernd, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 133 – 155, zitiert: Schünemann, Rechtsgüterschutz.

ders., Der Gesetzesentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur, Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 68 – 71.

Schulz, Uwe, Gabriel García Márquez' „Chronik eines angekündigten Todes“ – Totschlag oder Mord? Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 551 – 554.

Schüssler, Rudolf, Moralisierung des Rechts, Verrechtlichung der Moral, in: Universität Bayreuth (Hrsg.), Spectrum-Magazin der Universität Bayreuth 10. Ausgabe, 2014, S. 14 – 17, zitiert: Schüssler, Moralisierung des Rechts.

Schwarzer, Alice, Einschüchterung und Bevormundung, EMMA Bleibt mutig, <https://www.emma.de/artikel/das-prinzip-einschuechterung-bevormundung-336493>, 30.01.2019, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Schwarzer, EMMA 30.01.2019.

Schweiger, Theresa, Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche – das nächste rechtspolitische Pulverfass? Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 98 – 101.

Seelmann, Kurt, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, in: Zaczek/Kohler/Kahlo (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, S. 481 – 494, zitiert: Seelmann, Festschrift für Wolff.

Sheldon, Kerry, Howitt, Dennis, Sex Offenders and Internet, 1. Auflage 2007, zitiert: Sheldon/Howitt, Sex Offenders.

Sick, Brigitte, Renzikowski, Joachim, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag 2008, S. 603 – 621, zitiert: Sick/Renzikowski, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung.

Sina, Peter, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, 1962; zitiert: Sina, Dogmengeschichte.

Sponsel, Rudolf, Niedrige Beweggründe in Gesellschaft, Recht und Leben mit einer Konstruktionsidee für eine Skalierung *niedriger Beweggründe* und einer Erörterung am Beispiel Günther Beckstein im Fall Ulvi Kulac, Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte, in: Internetpublikationen für Allgemeine und Integrative Psychologie, http://www.sgipt.org/forpsy/NBG_GRL.htm, 03.12.2017, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Sponsel, Internetpublikationen für Allgemeine und Integrative Psychologie 03.12.2017.

Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.3, 2017,

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Strafgerichte2100230177004.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafgerichte 2017.

Staudacher, Hans, Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests, 1974, zitiert: Staudacher, Bruder-Schwester-Inzest.

Sternberg-Lieben, Detlev, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 65 – 83, zitiert: Sternberg-Lieben, Verhältnismäßigkeit.

Stolle, Christa, Keine Privatsache: Vergewaltigung in der Ehe, http://www.humanistische-union.de/publikationen/grundrechte_report/online/artikel/grr_artikel_detail/back/artikel-3/article/keine-privatsache-vergewaltigung-in-der-ehe/, 22.02.1998, zuletzt aufgerufen am 14.08.2020, zitiert: Stolle, Humanistische Union 22.02.1998.

Stolle, Peer, Das Strafrecht, seine Zwecke und seine Alternativen, Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V. 2006, S. 27 – 44.

Stratenwerth, Günter, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 255 – 261, zitiert: *Stratenwerth*, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter.

ders., Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling, 1976, S. 301 – 315, zitiert: *Stratenwerth*, Inzest und Strafgesetz.

ders., Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner, zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1998, S. 377 – 392, zitiert: *Stratenwerth*, FS für Lenckner.

ders., Gibt es eigenhändige Delikte? In: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1997, S. 86 – 96.

Stratenwerth, Günter, Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Auflage 2011, zitiert: *Stratenwerth/Kuhlen*, AT.

Szibor, Reinhard, Inzest und Konsanguinität, Rechtsmedizin 2004, S. 387 – 395.

Taeger, Angela, Schetsche, Michael, Moralmodelle des 19. Jahrhunderts und ihr Einfluß auf das französische und deutsche Strafrecht, in: Maihofer/Schelsky (Hrsg.), Jahrbuch der Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1993, S. 281 – 295, zitiert: *Taeger/ Schetsche*, Moralmodelle des 19. Jahrhunderts.

Tepperwien, Ingeborg, Beschleunigung über alles? Das Beschleunigungsgebot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2009, S. 1 – 7.

Tiedemann, Klaus, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, zitiert: *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht.

Valerius, Brian, Moral, Multikulturalität und Strafrecht, zur Funktion und Legitimation von Strafvorschriften, in: Universität Bayreuth (Hrsg.), Spectrum-Magazin der Universität Bayreuth 10. Ausgabe, 2014, S. 22 – 25, zitiert: *Valerius*, Multikulturalität.

Votteler, Verena, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2 1. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, zitiert: *Votteler*, „sonst niedrigen Beweggründe“ im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen.

Warner, Bill, Scharia für Nichtmuslime, in: Zentrum für Studien zum politischen Islam (Hrsg.), 2010, S., zitiert: *Warner*, Scharia für Nichtmuslime.

Weigend, Thomas, Mehr Strafrecht – und alles wird gut?, Strafverteidiger 2016; Editorial.

ders., Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2019, S. 513 – 528.

Wilhelm, Endrik, Wahrheit im Strafprozess, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertages, 4.-6. März 2016, S. 267 – 285, zitiert: *Wilhelm*, Wahrheit im Strafprozess.

Wohlers, Wolfgang, Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 281 – 289, zitiert: *Wohlers*, Rechtsgutsskeptiker.

Wolff, Heinrich Amadeus, Getrennte Kreise, Moralität und Recht, in: Universität Bayreuth (Hrsg.), Spectrum-Magazin der Universität Bayreuth 10. Ausgabe, 2014, S. 10 – 14, zitiert: *Wolff*, Getrennte Kreise, Moralität und Recht.

Wollmann, Susanne, *Schaar*, Martin, Alles nur eine Frage der Kampagne? Das Schutzlückenprojekt „Nein heißt Nein!“, Neue Kriminalpolitik 2016; S. 268 – 283.

Zabel, Benno, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, Juristische Rundschau 2008, S. 453 – 457.

Zipf, Heinz, Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch, 2. Auflage 1980, zitiert: *Zipf*, Kriminalpolitik.