

# NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold

Kristina Peters

Nina Schrott

Thomas Steenbreker

## AUFSÄTZE

Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte und Art. 103 II GG  
– Teil 2 –  
WOLFGANG MITSCH

„From the river to the sea..“ – ein Fall des § 86a I Nr. 1 Var. 3 StGB?  
JOHANNES PETERSEN

Friedensherstellung durch Restorative Justice – Überlegungen zum Konzept aus  
rechtssoziologischer Perspektive  
GEORGIA STEFANOPOULOU

Die triadische Mutterschaft  
– Teil 2 –  
LIANE WÖRNER

## URTEILSANMERKUNG

NFC-Zahlung und unbefugtes Verwenden von Daten  
BayObLG, Beschluss vom 29.7.2024 – 201 StRR 49/24  
JANICK HAAS

## TAGUNGSBERICHT

Korruptionsstrafrecht: Grundfragen und aktuelle Probleme im  
deutsch-japanischen Rechtsvergleich  
FLORIAN BREITSAMETER, MERIMA HAYDU & ALINA PREIB

**Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte und  
Art. 103 II GG – Teil 2  
Der Konflikt des § 13 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot  
und dem Analogieverbot**

– Fortsetzung von Teil 1 (NSW 2025, S. 100 ff.) –

Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

**ABSTRACT**

Der wichtigste Maßstab für die Richtigkeit von Strafgesetzgebung und Strafrechtsanwendung ist Art. 103 II GG. Strafgesetze müssen hinreichend bestimmt sein und dürfen nicht zum Nachteil eines Beschuldigten analog angewendet werden. Dass vor allem dem Bestimmtheitsgrundsatz im Strafgesetzbuch an manchen Stellen nicht oder nicht optimal Rechnung getragen wird, ist jedenfalls in der Strafrechtswissenschaft einhellige Auffassung. Bei Bemühungen um Korrektur verfassungswidriger oder zumindest verfassungsrechtlich bedenklicher Bestimmtheitsmängel kann man vom Bundesverfassungsgericht leider wenig Unterstützung erwarten.<sup>1</sup> Wiederholt hat das höchste deutsche Gericht fragwürdige Bestimmtheits-Atteste erteilt. Dem Engagement für mehr Gesetzesbestimmtheit wird dadurch ein Dämpfer verpasst, der regelmäßig zu Resignation und Sichabfinden mit der unbefriedigenden Gesetzeslage führt. Diese Situation haben wir in Bezug auf die in § 13 StGB angeordnete Strafbarkeit der sogenannten „unechten Unterlassungsdelikte“ und deren Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG.<sup>2</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundgesetzkonformität des § 13 StGB bejaht und dies auf Begründungen gestützt, die schon zum Entscheidungszeitpunkt nicht tragfähig waren

---

\* Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, em. Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> *Schmitz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 54 ff.

<sup>2</sup> *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993, 277; *Schmitz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 61.



(näher dazu unter B. I., [Teil 1](#)). Sie sind es jetzt, nachdem 27 bzw. 22 Jahre seit den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen vergangen sind, erst recht nicht. Die gesetzlich angeordnete und von der Justiz praktizierte Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte verstößt in weiten Teilen gegen Art. 103 II GG. Die Art und Weise, wie von Rechtsprechung und Literatur § 13 StGB und das zentrale Tatbestandsmerkmal „Garantenstellung“ behandelt werden, stehen in Widerspruch zu Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot.

## B. II. Literatur

In der Parallelwelt der juristischen Fachliteratur ist Widerspruch gegen evident verfassungswidrige Rechtslagen die Ausnahme.<sup>3</sup> Das betrifft nicht nur § 13 StGB. Die Autoren der Leitmedien – Großkommentare und große Lehrbücher – äußern zwar recht einheitlich „Bedenken“ und machen „Zweifel“ geltend.<sup>4</sup> Am Ende wird der aktuellen gesetzlichen Situation aber überwiegend Grundgesetzkonformität attestiert<sup>5</sup> oder von einer klaren Stellungnahme ganz abgesehen.<sup>6</sup> Exemplarisch ist die Behandlung des Themas durch Kristian Kühl. In seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil bezeichnet er § 13 StGB als eine „bedenklich offene Formulierung“, teilt dem Leser aber anschließend zur Frage der Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG weder ein klares „ja“ noch ein klares „nein“ mit.<sup>7</sup> Im StGB-Kommentar „Lackner/Kühl“ hat derselbe Autor in der letzten von ihm bearbeiteten Auflage festgestellt,<sup>8</sup> dass

„die verfassungsrechtliche Problematik des unechten Unterlassungsdelikts im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz nicht voll ausgeräumt“

sei und das Gesetz

„alle wesentlichen Streitfragen, die für die Abgrenzung relevant sind, ungelöst gelassen“

<sup>3</sup> *Seebode* in *Seebode* (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 335.

<sup>4</sup> *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, S. 125; *Seebode* in *Seebode* (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 333: „Unbehagen“.

<sup>5</sup> *D. Albrecht*, Begründung von Garantienstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, S. 141.

<sup>6</sup> So auch in dem neuesten voluminösen Werk auf dem Markt der Ausbildungsliteratur, dem Buch „Strafrecht“ von *Wolfgang Frisch*, 2022, § 8 Rn. 17: Danach wurden durch § 13 I StGB die „Bedenken angesichts der Weite und Unbestimmtheit dieser Vorschrift nicht vollständig ausgeräumt“.

<sup>7</sup> *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 41.

<sup>8</sup> Der Text stammt ursprünglich von Karl Lackner, Kristian Kühl hat ihn unverändert übernommen.

habe. Gleichwohl behauptet er danach, dass

„nach den allgemeinen Grundsätzen, die in der verfassungsrechtlichen Rspr. entwickelt worden sind, die Verfassungsmäßigkeit nicht in Zweifel zu ziehen“

sei.<sup>9</sup> In seinem Beitrag zur Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg bezeichnete Kühl § 13 StGB als „nicht optimale Lösung“. Immerhin habe diese Vorschrift die Bemühungen der Strafrechtswissenschaft um

„die Systematisierung der Garantenstellungen jedenfalls nicht behindert“.<sup>10</sup>

Das ist wahrlich ein dürftiges Ergebnis. „Mühe allein genügt nicht!“ möchte man posthum auch Hans-Heinrich Jescheck zurufen, der seinen Beitrag zur Festschrift für Heribert Tröndle mit folgender Bemerkung abschloss:

„[...] wird man sagen dürfen, dass der Gesetzgeber sich jedenfalls bemüht hat, dem Art. 103 II GG gerecht zu werden, und dass man sich damit begnügen muss, solange etwas Besseres nicht in Sicht ist.“<sup>11</sup>

Etwas Besseres als § 13 StGB gibt es allemal. Statt zu resignieren, sollte die Literatur dem unhaltbaren Rechtszustand entschieden entgegenzutreten.<sup>12</sup>

Wieso angesichts dieses Urteils überhaupt „Bedenken“ begründet sein sollen, leuchtet schwer ein.<sup>13</sup> Wahrscheinlich soll angedeutet werden, dass man den Zustand als „gerade noch“ mit Art. 103 II GG in Einklang stehend erachtet,<sup>14</sup> sich aber eine bessere Normierung wünscht. In die Skala der Prüfungsnoten im juristischen Examen übertragen, erhält der Gesetzgeber ein „ausreichend“, hat also die verfassungsrechtliche Prüfung „so eben“ bestanden. Warum aber im Strafrecht, dem „schärfsten

<sup>9</sup> Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 13 Rn. 21; in der 30. Aufl. 2023 unverändert übernommen von Martin Heger.

<sup>10</sup> Kühl in Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), FS Herzberg, 2008, 177, 190.

<sup>11</sup> Jescheck in Jescheck/Vogler (Hrsg.), FS Tröndle, 1989, 795, 815. Zutreffende Kritik bei Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, S. 128, der die Widersprüchlichkeit von Jeschecks Bemerkungen in anderen Publikationen zu demselben Thema klar zutage fördert.

<sup>12</sup> Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, S. 131; Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 328.

<sup>13</sup> Konsequenterweise Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 5/6, nach dem der Einwand der Unbestimmtheit nicht erhoben werden könne.

<sup>14</sup> Gropp/Sinn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 20: „[...] wird man daher das Gesetzlichkeitsprinzip als noch gewahrt betrachten können“.

Schwert“ des Staates im Kampf gegen das Unrecht, nicht „sehr gut“, „gut“ oder wenigstens „befriedigend“ der Maßstab sein sollte, fragt sich der Bürger, dem es passieren kann, nach einem verhältnismäßig geringfügigen Verstoß gegen Regeln des Straßenverkehrs mit dem Vorwurf versuchten oder vollendeten Mordes durch Unterlassen konfrontiert zu werden,<sup>15</sup> mit Recht.<sup>16</sup>

## C. Auslegung und Analogie

### I. Auslegung des § 13 StGB

Zur Aufhellung des Schattens, den Art. 103 II GG auf die unechten Unterlassungsdelikte wirft, wird in der Literatur häufig eine „Auslegung“ empfohlen.<sup>17</sup> Damit wird eine pure Selbstverständlichkeit angesprochen. Gesetzestexte, deren Sinn sich nicht auf Anhieb durch Lesen erschließt und die mehrere Bedeutungsvarianten offerieren, bedürfen einer Auslegung. Typischer Gegenstand der Auslegung sind wortreiche Normtexte mit hohem Komplexitätsgrad und vieldeutigem Aussagegehalt. § 13 I StGB ist ein Text, der aus wenigen Worten besteht und trotz seiner verschachtelten Struktur unkompliziert ist. Was der Gesetzgeber mitteilen will, ist leicht zu verstehen: Wer es entgegen einer rechtlichen Pflicht unterlässt einen tatbestandmäßigen Erfolg zu verhindern, ist aus dem Straftatbestand mit diesem Erfolgsmerkmal strafbar. Um das zu begreifen, bedarf es keiner Auslegung. Auch das dürftige Ergebnis einer „Auslegung“, dass § 13 I StGB mit dem „rechtlichen Einstehenmüssen“ rein moralische Pflichten ausgrenze,<sup>18</sup> ist mit dem Wort „rechtlich“ unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden.<sup>19</sup> Dass „rechtlich“ nicht deckungsgleich ist mit „moralisch“, sollte jeder Jurist<sup>20</sup> wissen, ohne diese Worte mit

---

<sup>15</sup> BGH NSTz 1992, 125: Geringfügige Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, durch Unaufmerksamkeit auf die linke Fahrbahnseite geraten.

<sup>16</sup> *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, S. 133, 161; *Seebode* in *Seebode* (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 319 weisen darauf hin, dass nach geltendem Strafrecht Unterlassen mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden kann.

<sup>17</sup> *D. Albrecht*, Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, S. 151.

<sup>18</sup> *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 41: „Immerhin sind bloß moralisch gebotene Einstandspflichten für andere, deren Rechtsgüter in Gefahr sind, als Garantstellungen begründende Pflichten ausgeschlossen.“; ebenso *D. Albrecht*, Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, S. 152; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 609; *Maiwald* JuS 1981, 473, 480.

<sup>19</sup> *Seebode* JZ 2004, 305: „Eine Selbstverständlichkeit“.

<sup>20</sup> Normadressaten ohne juristisches Wissen werden zu einer Auslegung von Normtexten ohnehin nicht in der Lage sein; *Schmitz*, in *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 55.

dem Instrumentarium der Auslegungsmethoden zu durchleuchten.<sup>21</sup> Jede Auslegungsbemühung versagt hingegen bei dem Unterfangen, aus dem Text des § 13 I StGB heraus in Erfahrung zu bringen, unter welchen Voraussetzungen jemand eine strafbarkeitsbegründende rechtliche Einstandspflicht, also eine „Garantenstellung“, hat. Mehr als die Information, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers solche Garantenstellungen geben soll, ist dem Text des § 13 I StGB nicht zu entlocken.<sup>22</sup> Zutreffend wies Claus Roxin schon 1974 darauf hin, dass § 13 I StGB zu den Voraussetzungen der Garantenstellungen „nicht das geringste“ sagt.<sup>23</sup> Der Wortlaut des § 13 I StGB ist schlicht zu arm und nichtssagend, um Quelle von Auslegungsergebnissen zu sein.<sup>24</sup>

Welche Verwirrung der Umgang der Gerichte mit den unechten Unterlassungsdelikten vor Einführung des § 13 StGB stiftete, lässt sich an einer rätselhaften Bemerkung im Lehrbuch von Jescheck/Weigend ablesen. Die Anerkennung unechter Unterlassungsdelikte sei

„von der h.L. als gewohnheitsrechtlich zulässige Auslegung der Tatbestände der entsprechenden Begehungsdelikte verstanden“

worden.<sup>25</sup> Wahrscheinlich ist der Satz sprachlich verunglückt, denn zur Vornahme einer „Auslegung“ braucht der Rechtsanwender oder Rechtswissenschaftler keine rechtliche Erlaubnis, weder auf positivgesetzlicher noch auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage. Welche Bedeutung und Wirkung „Gewohnheitsrecht“ haben soll, wenn doch das Ergebnis durch Auslegung der existierenden positivrechtlichen Vorschriften des StGB Besonderer Teil gewonnen worden sei, ist rätselhaft. Wenn aus § 212 StGB durch Auslegung das Ergebnis abgeleitet werden kann, dass auch die Unterlassung der Todeserfolgsverhinderung eine „Tötung“ ist, bedarf es keines Gewohnheitsrechts. Sachlich abwegig oder sprachlich schief ist auch die Aussage, dass eine gefestigte Rechtsprechung

„eine ausreichend bestimmte Auslegung anhand der Gesamtrechtsordnung“

---

<sup>21</sup> Berster, Das unechte Unterlassungsdelikt, 2014, S. 53.

<sup>22</sup> D. Albrecht, Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, S. 133; Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, S. 124; Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 329; ebenso bereits Kaufmann JuS 1961, 173, 176 zum gleichlautenden § 13 StGB des E 1960.

<sup>23</sup> Roxin in Roxin/Stree/Zipf/Jung (Hrsg.), Einführung in das neue Strafrecht, 1974, 2.

<sup>24</sup> Herbertz, Die Ingerenz, 2020, S. 182.

<sup>25</sup> Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 609.

ermögliche.<sup>26</sup> Nicht die Auslegung hat „bestimmt“ zu sein, sondern die auszulegende Norm. § 13 StGB ist nicht auslegungsbedürftig. Die Informationen, derer es für eine rechtssichere Pönalisierung von Unterlassungen bedarf, sind aus § 13 StGB nicht zu gewinnen, weder durch Lesen noch durch Auslegung.

## II. Analogie zu BT-Tatbeständen

Beim Blick zurück in die Zeit vor Inkrafttreten des § 13 StGB wird der Rechtsprechung mitunter unterstellt, die Bestrafung unechter Unterlassungsdelikte beruhe auf einer analogen Anwendung der Strafvorschriften des StGB-BT, in denen Begehungsdelikte pönalisiert sind.<sup>27</sup> Sterbenlassen ist zwar kein „töten“ iSd § 212 I StGB, die Strafnorm ist aber auf die unterlassene Verhinderung des Todeserfolgs analog anwendbar. Das wäre zweifellos ein Verstoß gegen die Analogieverbots-Komponente des Nullum-crimen-Grundsatzes. Aber um analoge Gesetzesanwendung handelte es sich in Wahrheit nicht. Das per analogiam einer Strafvorschrift zu unterstellende Verhalten muss dem in dieser Vorschrift normierten Verhaltensmuster hinreichend ähnlich sein und den gleichen Unrechtsgehalt haben. Unterlassen und aktives Tun sind aber diametral verschieden, was eine Analogie bereits ausschließt.<sup>28</sup> Hinzukommt, dass das Unterlassen auch nicht begehungsgleichen Unrechtsgehalt hat.<sup>29</sup> Anderenfalls bedürfte es der Garantenstellung als Gleichstellungsmerkmal nicht. Auch gegenüber einem unterlassenden Nichtgaranten müsste Strafbarkeit z. B. aus § 212 StGB möglich sein, wenn diese Vorschrift auf die Unterlassung möglicher Todesabwendung analog anwendbar wäre. Hätte Verhungernlassen den gleichen Unrechtsgehalt wie Erschlagen, Erstechen oder Erschießen, wären die ihr Kind verhungern lassende Mutter und ihr dies zulassender Nachbar gleich strafwürdig. Dass nur die Untätigkeit der Mutter, nicht aber die Untätigkeit des Nachbarn ein „Töten“ im Sinne des § 212 I StGB ist, lässt sich nicht durch einen Analogieschluss erzwingen. Tatsächlich war die Praxis der Gerichte also keine unzulässige Analogie im Verhältnis zu den Begehungsdeliktsvorschriften. Ihr Mangel bestand darin, dass sie an überhaupt keine Strafvorschrift anknüpfen konnte. Wie die unzulässige Analogie ist die

---

<sup>26</sup> So *Utz*, Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2016, S. 36.

<sup>27</sup> *Roxin* in *Roxin/Stree/Zipf/Jung* (Hrsg.), Einführung in das neue Strafrecht, 1974, 2.

<sup>28</sup> *Kuhlen* in *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), FS Puppe, 2011, 669.

<sup>29</sup> *Böhm* JuS 1961, 177, 178.

Bestrafung ohne jede gesetzliche Grundlage eine Missachtung des verfassungsrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes.

### III. Analogie und § 13 StGB

Claus Roxin attestiert dem Gesetzgeber in seinem Lehrbuch zum Strafrecht Allgemeiner Teil, dass es ihm gelungen sei, mit Einführung des § 13 StGB die bis dahin bestehenden Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit der Bestrafung von unechten Unterlassungsdelikten mit dem Analogieverbot des Nullum-crimen-Grundsatzes zu beseitigen.<sup>30</sup> Dem ist schon deswegen zu widersprechen, weil – wie oben gesehen – die Rechtsprechungspraxis überhaupt nicht als analoge Anwendung der Strafvorschriften zu den Begehungsdelikten qualifiziert werden kann. Die Behauptung, eine Mutter, die ihr Kleinkind verhungern lässt, „töte“ es und erfülle daher den Tatbestand des § 212 I StGB, lässt sich nicht mittels eines Analogieschlusses verifizieren. Deshalb beseitigt auch die Einführung des § 13 I StGB Verstöße gegen das Analogieverbot nicht, sofern der Rechtsprechung ein solcher Verstoß angelastet werden kann. Tatsächlich beruht ein erheblicher Teil der Gerichtspraxis und der wissenschaftlichen Lehre vom unechten Unterlassungsdelikt auf Analogien, die nach Art. 103 II GG unzulässig sind. Zu dieser dem Grundgesetz zuwiderlaufenden Vorgehensweise hat der Gesetzgeber des 2. Strafrechtsreformgesetzes ausdrücklich aufgefordert, als er der Rechtsprechung und Wissenschaft überließ, wozu er selbst sich nicht in der Lage sah:<sup>31</sup> Garantstellungen zu entwickeln, in fortdauernder Rechtsprechung zu verfestigen und zu einer „jahrzehntelangen“ Rechtsprechung werden zu lassen, die – so das Bundesverfassungsgericht – den Legislativorganen des Staates die Arbeit abnimmt, Gesetze zu schaffen, die in jeder Hinsicht mit Art. 103 II GG in Einklang stehen. Damit hat sich der „einfache“ Gesetzgeber die Befugnis zur faktischen Änderung des Art. 103 II GG ohne Wortlautänderung (Art. 79 I 1 GG) und unter Umgehung des Zweidrittel-Mehrheit-Erfordernisses (Art. 79 II GG) angemahnt: Wenn es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, hinreichend bestimmte Strafvorschriften herzustellen, darf von Art. 103 II GG abgewichen werden, darf die Konkretisierung der

---

<sup>30</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 31 Rn. 32; ebenso Gaede, in Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 3; unklar z. B. Gropp/Sinn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19, nach deren Ansicht die Bedenken hinsichtlich des Analogieverbotes „in den Hintergrund getreten“ sind, also dort – im „Hintergrund“ – noch vorhanden sind?

<sup>31</sup> Grünwald ZStW 76 (1964), 1, 7: „Analogiegebot“.

Strafbarkeitsvoraussetzungen der Rechtsprechung überlassen werden. Selbstverständlich darf der Gesetzgeber das nicht.<sup>32</sup> Bestrafung unechter Unterlassungsdelikte ist nicht nur ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, sondern auch ein Verstoß gegen das Analogieverbot. Nur ist letzteres nicht so klar erkennbar wie ersteres. Durch Verletzung des Bestimmtheitsgebotes wird zugleich die Schutzwirkung des Analogieverbotes geschwächt, dieses wird unterlaufen. Je weiter und unbestimmter Strafgesetze sind, desto weniger ist die Praxis zur Befriedigung von Bestrafungsbedürfnissen auf Analogie angewiesen. Der sehr weite Wortlaut steht der Subsumtion nicht entgegen. Je konkreter und enger dagegen der Gesetzestext gefasst ist, desto größer ist die Gefahr, dass gleichstrafwürdige Fälle neben der Norm stehen und unter diese nur per analogiam gebracht werden können. Den geringsten Widerstand leistet das Analogieverbot verständlicherweise, wenn es überhaupt keinen Gesetzestext gibt, an dessen Grenzen die Subsumtion scheitern könnte. So kann man den gegenwärtigen Gesetzeszustand charakterisieren. Wo nur noch „Grundsätze“ erforderlich sind, entfällt die Prüfung, ob eine Rechtsanwendung dem „Gesetz“ entspricht.

#### D. Schluss

Verurteilung und Bestrafung wegen „unechter Unterlassungsdelikte“ geht mit der Missachtung des Art. 103 II GG einher.<sup>33</sup> Das gilt nicht für alle Fälle. Soweit sich das „rechtliche Einstehenmüssen“ auf Gesetze wie z. B. § 1626 BGB<sup>34</sup> oder § 1004 BGB (Ingerenz)<sup>35</sup>, sowie auf vertragliche Vereinbarungen<sup>36</sup> stützen lässt, ist dem Bestimmtheitsgebot genüge getan und es findet weder gewohnheitsrechtliche noch analoge Rechtsanwendung statt. § 13 I StGB verweist auf diese Gesetze und Vereinbarungen und bildet mit diesen eine positivgesetzliche Einheit. Insbesondere bei vertraglich begründeten Beschützer- und Überwacherstellungen haben es die Beteiligten selbst in der Hand, für die gewünschte

---

<sup>32</sup> Grünwald ZStW 76 (1964), 1, 16.

<sup>33</sup> Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 42-44.

<sup>34</sup> Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 60; Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spendel, 1992, 317, 340.

<sup>35</sup> Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 70; aA Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spendel, 1992, 317, 344.

<sup>36</sup> D. Albrecht, Begründung von Garantienstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, S.155; Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 64; Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spendel, 1992, 317, 341.

Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Konsequenzen zu sorgen. Dagegen existiert z. B. für Garantenstellungen aus enger persönlicher Verbundenheit<sup>37</sup> oder tatsächlicher Übernahme<sup>38</sup> keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustands gibt es nur zwei Wege: Entweder der Gesetzgeber schließt die Regelungslücke oder die Rechtsprechung vermeidet zukünftig Verurteilungen, die gegen Art. 103 II GG verstoßen. Die pessimistische Prognose des Verfassers lautet: Beides wird auf absehbare Zeit nicht geschehen.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 79; Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 344.

<sup>38</sup> Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 66; Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 341.

<sup>39</sup> Wenn schon die h.M. – in der Literatur – vor den Konsequenzen der eigenen Forderung zurückschreckt (so der zutreffende Befund bei Schmitz, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 50), wird man von der Rechtsprechung und der an dem Thema desinteressierten Politik nichts erwarten können.

**„From the river to the sea...” –  
ein Fall des § 86a I Nr. 1 Var. 3 StGB?**

Zugleich Anmerkung zu LG Mannheim, Beschluss v. 29.5.2024 –  
5 Qs 42/23 und LG Berlin I, Urteil v. 8.11.2024 – 502 KLS 21/24

Johannes Petersen, Würzburg\*

**ABSTRACT**

Stellt die „From the river to the sea“-Parole eine strafbare Verwendung von Kennzeichen terroristischer Organisationen gemäß § 86a I Nr. 1 StGB dar? Dies ist zu verneinen, weil nach hiesiger Auffassung kein Kennzeichen der Hamas vorliegt. Daneben ist Art. 5 I 1 GG bei der Auslegung des § 86a StGB zu berücksichtigen, wodurch ebenfalls eine Straflosigkeit im Einzelfall begründet werden kann. Ein besonderer Fokus liegt ferner auf der nach hiesiger Auffassung unwirksamen Verweisung in § 86 II StGB.

**A. Einleitung**

Seit dem Überfall der Hamas auf Israel am 7.10.2023 erfährt der Nahostkonflikt auch in der deutschen Öffentlichkeit neue Aufmerksamkeit. In diesem Kontext taucht im Rahmen von propalästinensischen Kundgebungen verstärkt der Slogan „From the river to the sea – Palestine will be free“ auf. Nachdem sich die Verwaltungsgerichte im Hinblick auf versammlungsrechtliche Fragestellungen bereits mit der möglichen Strafbarkeit dieser Parole befasst haben und zu divergierenden Ergebnissen

---

\* Der Autor ist Akademischer Rat auf Zeit am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Prof. Dr. Frank Zieschang).  
Kontakt: [johannes.petersen@uni-wuerzburg.de](mailto:johannes.petersen@uni-wuerzburg.de).



gekommen sind,<sup>1</sup> liegen mit dem Beschluss des LG Mannheim vom 29.5.2024 und dem Urteil des LG Berlin I vom 8.11.2024 auch strafgerichtliche Entscheidungen vor. Der Verteidiger im Berliner Verfahren hatte zwar Revision zum BGH eingelegt,<sup>2</sup> diese aber zwischenzeitlich zurückgezogen, sodass es weiterhin an einer höchstrichterlichen Entscheidung fehlt.<sup>3</sup> In diesem Beitrag sollen die Entscheidungen der beiden Landgerichte gegenübergestellt und geprüft werden, ob die Verwendung des Slogans von § 86a I Nr. 1 Var. 3 StGB erfasst wird. Auf die ebenfalls in Betracht kommenden §§ 130, 140 StGB wird aus Rücksicht auf den Umfang des Beitrags nicht eingegangen.

## **B. Der Beschluss des LG Mannheim v. 29.5.2024<sup>4</sup>**

Der Angeschuldigte soll bei einer Kundgebung anlässlich des Nakba-Tages am 21.5.2023 unter dem Motto „Free Palestine“ ein Plakat mit dem Schriftzug „From the river to the sea – Palestine will be free“ hochgehalten haben.

Auf Grundlage dieses Sachverhalts beantragte die Staatsanwaltschaft Ende August 2023 den Erlass eines Strafbefehls wegen des Verwendens von Kennzeichen terroristischer Organisationen gemäß § 86a I Nr. 1 StGB. Der Antrag wurde vom AG Mannheim mangels hinreichenden Tatverdachts aus rechtlichen Gründen abgelehnt, da es die Parole nicht für strafbar erachtete. Das LG Mannheim hatte daher über die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft nach §§ 408 II, 210 II, 311 StPO zu entscheiden.

Das LG Mannheim verwarf die sofortige Beschwerde, da es eine Strafbarkeit des Angeschuldigten aus rechtlichen Gesichtspunkten verneinte.

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu VGH Kassel NVwZ 2024, 847, das an einer Strafbarkeit der Parole zweifelt; dagegen eine Strafbarkeit nach § 86a StGB für möglich erachtend OVG Bremen BeckRS 2024, 9836; VGH Mannheim NVwZ 2024, 1183; VGH Mannheim BeckRS 2024, 7173; etwas uneindeutig BayVGH NVwZ 2024, 1187.

<sup>2</sup> NVwZ Nachrichten v. 18.11.2024, <https://rsw.beck.de/zeitschriften/nvwz/startseite/2024/11/18/from-the-river-to-the-sea---umstrittene-parole-wird-fall-f%C3%BCr-bgh> (zuletzt abgerufen am 11.2.2025).

<sup>3</sup> Kolter, LTO v. 10.3.2025, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-berlin-502kls2124-hamas-from-river-to-sea-rechtskraeftig> (zuletzt abgerufen am 29.4.2025).

<sup>4</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543.

### C. Das Urteil des LG Berlin I v. 8.11.2024<sup>5</sup>

Der Angeklagten lag zur Last, dass sie im Jahr 2023 mehrmals in einem sozialen Netzwerk ihre Sympathie für die Hamas und ihre Taten bekundete und dabei zweimal auch den Slogan „From the river to the sea Palestine will be free“ öffentlich sichtbar postete. Weiterhin veröffentlichte sie in diesem Netzwerk ein Propagandavideo der Hamas.

Das LG Berlin I verurteilte die Angeklagte wegen des Verwendens von Kennzeichen terroristischer Organisationen (§ 86 I, II StGB) in zwei Fällen und wegen des Verbreitens von Propagandamitteln terroristischer Organisationen (§ 86a I Nr. 1 StGB) zu einer Geldstrafe.

### D. Bewertung

In beiden Entscheidungen steht die Frage im Vordergrund, ob die Verwendung der „From the river“-Parole gemäß § 86a I StGB strafbar ist. Im Folgenden werden daher die Erwägungen beider Landgerichte im Rahmen der einzelnen Tatbestandsmerkmale gegenübergestellt und einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Bei § 86a I Nr. 1 StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt (abstraktes Gefährlichkeitsdelikt), da ein Taterfolg nicht vorausgesetzt ist.<sup>6</sup> Der Tatbestand setzt voraus, dass der Täter Kennzeichen einer in § 86 I Nr. 1, 2, 4 oder II StGB bezeichneten Organisation verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in einem von ihm verbreiteten Inhalt i.S.d. § 11 III StGB verwendet.

#### I. Tathandlung

§ 86a I Nr. 1 StGB erfordert, dass der Täter das Kennzeichen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in einem von ihm verbreiteten Inhalt nach § 11 III StGB verwendet.

Im Fall des LG Mannheims kommt eine Verwendung in einer Versammlung in Betracht. Eine Versammlung ist ein nicht nur zufälliges, zeitweiliges Beisammensein von mehr als drei Personen zu einem gemeinsamen

---

<sup>5</sup> LG Berlin I BeckRS 2024, 30717.

<sup>6</sup> BGH NSStZ 2015, 81, 82 (Rn. 8); Fischer, StGB, 72. Aufl. 2025, § 86a Rn. 2; anders Zimmermann HRRS 2015, 441, 447 hinsichtlich der Begehungsvariante des Verbreitens.

Zweck.<sup>7</sup> Bei der Kundgebung handelt es sich somit um eine Versammlung. Das Hochhalten des Plakats stellt eine Verwendung dar.<sup>8</sup>

In dem Sachverhalt, der dem Urteil des LG Berlin I zugrunde lag, kommt ein öffentliches Verwenden in Betracht. Entscheidend ist damit die Wahrnehmbarkeit durch einen größeren Personenkreis.<sup>9</sup> Die Angeklagte veröffentlichte ihre Posts so, dass sie für jeden anderen Nutzer des sozialen Netzwerks einsehbar waren. Auf die tatsächliche Wahrnehmung durch viele Personen kommt es nicht an.<sup>10</sup> Die Wahrnehmbarkeit für einen größeren Benutzerkreis ist jedenfalls gegeben und somit auch ein öffentliches Verwenden.<sup>11</sup>

## II. Hamas als terroristische Organisation

Sowohl das LG Berlin I als auch das LG Mannheim nehmen an, dass es sich bei der Hamas um eine terroristische Vereinigung im Sinne des § 86a I Nr. 1, 86 II StGB handelt.<sup>12</sup> Tatsächlich ist die Hamas in II. Nr. 9 des Anhangs zur Durchführungsverordnung (EU) 2021/138<sup>13</sup> genannt, auf den § 86a I Nr. 1 i.V.m. § 86 II StGB verweist. Interessanterweise thematisierten aber beide Landgerichte nicht, inwieweit diese Verweisung, die erst 2021 eingeführt wurde, überhaupt wirksam ist, da die Durchführungsverordnung als Verweisungsobjekt zwischenzeitlich außer Kraft getreten und durch eine Nachfolgeverordnung ersetzt worden ist.

§ 86 II StGB begegnet zwar insoweit keinen Bedenken, dass es sich um einen statischen Verweis handelt, also auf eine bereits erlassene Verordnung in der damals gültigen Fassung verwiesen wird. Denn auf diese Weise wird dem EU-Gesetzgeber gerade keine ihm nach den Verträgen

---

<sup>7</sup> RGSt 21, 71, 73; *Anstötz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 86a Rn. 24.

<sup>8</sup> Ebenso LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 7).

<sup>9</sup> *Sternberg-Lieben/Weißer*, in Tübinger Kommentar StGB, 31. Aufl. 2025, § 86a Rn. 18.

<sup>10</sup> Die Followerzahlen, die das LG Berlin I BeckRS 2024, 30717 (Rn. 52) einbezieht, spielen nur dann eine Rolle, wenn die Postings nicht auch für andere Nutzer einsehbar gewesen wären.

<sup>11</sup> Siehe zur öffentlichen Verwendung in sozialen Netzwerken auch BGH NSTZ 2015, 81, 83.

<sup>12</sup> LG Berlin I BeckRS 2024, 30717 (Rn. 50); LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 13).

<sup>13</sup> Anhang zur Durchführungsverordnung (EU) 2021/138 des Rates vom 5. Februar 2021 zur Durchführung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) 2020/1128.

nicht zustehende Kompetenz zur Strafrechtssetzung eröffnet.<sup>14</sup> Als Problem könnte sich jedoch erweisen, dass die Durchführungsverordnung und damit auch ihr Anhang zwischenzeitlich außer Kraft getreten und durch eine neue Verordnung ersetzt worden ist.<sup>15</sup> Dies könnte zur Folge haben, dass der Verweis in § 86 II StGB nunmehr ins Leere führt.

In einer unveröffentlichten Entscheidung geht das LG Mainz davon aus, dass die Ersetzung einer Verordnung durch eine inhaltlich identische dazu führe, dass die Blankettnorm nun auf die neue Verordnung verweise.<sup>16</sup> Folgt man dieser Auffassung, so wäre auch im Fall des § 86 II StGB die aktuelle Durchführungsverordnung taugliches Verweisungsobjekt. Zwar könnte man dafür anführen, dass bei einer inhaltlich identischen Nachfolgeverordnung es bloßer Formalismus sei, eine Anpassung der Blankettnorm zu fordern. Allerdings kann diese Ansicht vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 II GG nicht bestehen. Denn für den Bürger als Adressaten der Strafnorm ist nicht erkennbar, dass der Straftatbestand nun auf eine andere Verordnung als die ausdrücklich zitierte verweist.<sup>17</sup> Somit kommt lediglich eine Ausfüllung des § 86 II StGB durch die außer Kraft getretene Verordnung in Betracht.

### 1. Zulässiger Verweis auf ungültiges Recht?

Es stellt sich somit die Frage, ob eine Verweisung auf ungültiges Recht wirksam sein kann. Dies ist in Rechtsprechung und Schrifttum strittig. Manche Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass eine Verweisung nur auf gültiges Recht zulässig sei und eine Aufhebung des

---

<sup>14</sup> Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung, 1998, S. 194; für die Zulässigkeit auch dynamischer Verweisungen im Strafrecht Böse in Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, 2010, 7, 25; siehe allerdings auch seine Bedenken in Böse, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 439 f.; zu dynamischen und statischen Verweisungen auf europarechtliche Verordnungen siehe auch Reinbacher, Strafrecht im Mehrebenensystem, 2014, S. 514 f.; Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 329 ff.

<sup>15</sup> Tatsächlich wurden seither acht neue Durchführungsverordnungen erlassen und der jeweilige Vorgänger aufgehoben. Die aktuelle Fassung ist die Durchführungsverordnung (EU) 2025/206 des Rates vom 30. Januar 2025 zur Durchführung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) 2024/2055.

<sup>16</sup> So LG Mainz v. 21.9.1989 – 8 Js 13278/84 – W – 5 Ns, zitiert nach Koch, Weinrecht, 4. Aufl., Stand: Dez. 1995, Stichwort „Strafe und Bußgeld“, Anm. 2.2.4.2.

<sup>17</sup> So auch Dannecker/Schuhr, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 146; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 273; Schmahl, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke GG, 15. Aufl. 2022, Art. 103 GG Rn. 66; Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 83 f.

Verweisungsobjekts stets zum Leerlaufen der Strafnorm führe.<sup>18</sup> Die Rechtsprechung bis hin zum BVerfG ist der Auffassung, dass auch auf eine noch nicht oder nicht mehr gültige Rechtsnorm verwiesen werden kann.<sup>19</sup> Erforderlich sei lediglich, dass die Normen, auf welche Bezug genommen wird, ordnungsgemäß veröffentlicht und damit für den Normadressaten einsehbar sind.<sup>20</sup> Hierfür spricht, dass sich der Gesetzgeber über eine statische Verweisung lediglich erspart, alle Tatbestandsmerkmale der Bezugsnorm erneut aufzuführen.<sup>21</sup> Jüngst hat auch der BGH ausdrücklich die Wirksamkeit des Verweises in § 86 II StGB bejaht.<sup>22</sup>

Zuzugeben ist der Rechtsprechung, dass der EU bei einem anderen Verständnis ein sehr weitgehender Einfluss auf das deutsche Strafrecht zuzufiele. Nach den Europäischen Verträgen kommt ihr im Bereich des Strafrechts nur eine sehr begrenzte Rechtssetzungskompetenz zu.<sup>23</sup> Wäre nun aber die Wirksamkeit der Verweisung in § 86 II StGB von der Gültigkeit der Durchführungsverordnung abhängig, so könnte die EU insoweit auf das nationale Strafrecht Einfluss nehmen, als sie durch die Aufhebung der Verordnung eine Entkriminalisierung im deutschen Recht herbeiführt, sofern der nationale Gesetzgeber den Verweis nicht schnell genug anpasst.<sup>24</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass der Verweis auf eine Rechtsnorm nicht gleichgesetzt werden kann mit einem Verweis auf sonstige Texte. Denn dem *ius scriptum*, also dem von einem Gesetzgeber geschaffenen Recht, kommt gerade die Besonderheit einer zeitlich begrenzten Gültigkeit zu.

---

<sup>18</sup> Speziell zu § 86 II StGB, *Paeffgen/Kleszczewski*, in *Nomos Kommentar StGB*, 6. Aufl. 2023, § 86 Rn. 23a; *Sternberg-Lieben/Weißer*, in *Tübinger Kommentar StGB*, 31. Aufl. 2025, § 86 Rn. 16; anders dagegen *Albrecht* in *Dietrich/Fahrner/Gazeas/von Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Hdb. Sicherheits- und Staatsschutzrecht*, 2022, § 37 Rn. 54, die in § 86 II allerdings einen dynamischen Verweis sieht; allgemein für die Unwirksamkeit bei Wegfall des Verweisungsobjekts, *Gaede wistra* 2017, 41, 43 für den Fall einer Verweisung auf Handlungsverbote bzw. -gebote, die allein außerhalb der Sanktionsnorm aufgestellt werden; *Remmert*, in *Dürig/Herzog/Scholz GG*, 106. EL Oktober 2024, Art. 103 Abs. 2 Rn. 115; *Schmitz*, in *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 1 Rn. 75; *Schuster*, *Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten*, 2012, S. 335.

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2018, 3091, 3092 (Rn. 24); BVerfGE 11, 203, 218; BVerfGE 8, 274, 302 f.; OLG Köln NJW 1988, 657, 658; ebenso *Köpferl ZIS* 2017, 201, 219; *Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, S. 270.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2018, 3091, 3092 (Rn. 24); BVerfG NVwZ-RR 1992, 521; BVerfGE 47, 285, 311.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2018, 3091, 3092 (Rn. 24).

<sup>22</sup> BGH BeckRS 2024, 40718 (Rn. 8).

<sup>23</sup> Eine solche besteht nach überwiegender Auffassung lediglich im Bereich der Bekämpfung von Betrugstaten gegen die finanziellen Interessen der Union, des Zollwesens und des Menschenhandels, siehe *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 9. Aufl. 2020, § 8 Rn. 22 f.

<sup>24</sup> Siehe zu diesem Argument bereits BVerfG NJW 1978, 1475, 1477; *Lienert HRRS* 2017, 265, 270.

Dieses Recht kann und wird immer wieder geändert, neu geschaffen oder aufgehoben. Diesen Umstand macht sich der Gesetzgeber – außerhalb des Strafrechts – mit der dynamischen Verweisung zunutze, indem er eine Änderung der Ausfüllungsnorm nicht eigens durch Anpassung der hierauf Bezug nehmenden Normen nachvollziehen muss. Anders stellt sich dies jedoch bei einer Änderung der Ausfüllungsnorm im Fall eines statischen Verweises dar. Schon dogmatisch gesehen bedeutet die Aufhebung einer Rechtsnorm eine erhebliche Zäsur, da die aufgehobene Norm hierdurch kein Teil der Rechtsordnung mehr ist.<sup>25</sup> Auch die Bürgerinnen und Bürger als Adressaten der Norm empfinden ein aufgehobenes Gesetz als unverbindlich, da es grundsätzlich keine Rechten und Pflichten mehr zu begründen vermag. An diesem Umstand ändert es auch nichts, dass die Ausfüllungsnorm veröffentlicht und weiterhin auffindbar ist. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei den §§ 86, 87 StGB – anders als bei anderen Strafnormen, die ins EU-Recht verweisen – gerade um kein „Expertenstrafrecht“ handelt, sodass nicht von einer besonderen Fach- und Rechtskunde des Normadressaten ausgegangen werden kann.<sup>26</sup> Damit ist für den Fall des Verweises auf eine nicht mehr oder noch nicht gültige Rechtsnorm die Strafbarkeit für den Normadressaten nicht mehr ersichtlich und der Verweis damit gemäß Art. 103 II GG mangels hinreichender Bestimmtheit nicht verfassungskonform.<sup>27</sup>

## **2. Weitere Erwägungen auf Grundlage der Auffassung der Rechtsprechung**

Selbst wenn man der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgt und den Verweis auf ungültiges Recht zulässt, ist zu beachten, dass der Gesetzgeber einen solchen Verweis nicht in jedem Fall will.<sup>28</sup> Vielmehr kann es auch gerade seiner Intention entsprechen, nur auf eine noch in Kraft befindliche Norm Bezug zu nehmen.<sup>29</sup> Gerade bei Verweisen auf EU-Verordnungen im Rahmen der Durchführungsgesetzgebung liegt es nahe, dass der Gesetzgeber nur auf gültige Normen Bezug nehmen will, da hier

---

<sup>25</sup> Die Rechtsordnung erfasst alle Rechtsvorschriften, die verfassungsgemäß erlassen und in Geltung sind, *Holzner*, in BeckOK PolR Bayern, 15.10.2024, Art. 11 PAG Rn. 71.

<sup>26</sup> Siehe zu dieser Erwägung allgemein BVerfGE 75, 329, 345; BVerfGE 48, 48, 57; kritisch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 9 Rn. 75.

<sup>27</sup> Ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 103 II GG annehmend, *Theune* StV 2024, 416, 418, bei dem aber unklar bleibt, woraus genau er diesen ableitet.

<sup>28</sup> BVerfG NVwZ-RR 1992, 521, 522.

<sup>29</sup> Zur Notwendigkeit der Auslegung solcher Verweisungen, *LK/StGB-Dannecker/Schuhr*, § 1 Rn. 257.

in der Regel eine Rechtsangleichung innerhalb der Europäischen Union bezweckt ist. Die Blankettgesetzgebung soll insoweit im Sinne des Assimilierungsgrundsatzes dafür sorgen, dass Verstöße gegen EU-Rechtsgüter gleichermaßen geahndet werden wie Verstöße gegen innerstaatliche Rechtsgüter.<sup>30</sup> Dem stünde eine Bezugnahme auf „veraltetes“ Unionsrecht gerade entgegen.<sup>31</sup>

Diese Vermutung greift vorliegend jedoch nicht. Denn bei § 86 II StGB handelt es sich gerade nicht um die Ausführungsgesetzgebung zu der genannten Durchführungsverordnung oder der ihr zugrundeliegenden Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates vom 27. Dezember 2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus. Diese Verordnungen dienen ausweislich der Erwägungsgründe – zumindest unmittelbar – nicht der Bekämpfung terroristischer Propaganda, sondern dem Einfrieren der Gelder terroristischer Organisationen. Dem Gesetzgeber ging es also gerade nicht darum, die von den Verordnungen verfolgten Zwecke mit den Mitteln des nationalen Strafrechts effektiver umzusetzen. Vielmehr wollte er sich bloß der im Anhang der Durchführungsverordnung normierten Auflistung bedienen.

Vor diesem Hintergrund ist der Wille des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 86 II StGB zu ermitteln. Dies gestaltet sich kompliziert. Der zweite Absatz wurde durch das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten, Strafbarkeit der Verbreitung und des Besitzes von Anleitungen zu sexuellem Missbrauch von Kindern und Verbesserung der Bekämpfung verhetzender Inhalte sowie Bekämpfung von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen vom 14.9.2021“ eingeführt.<sup>32</sup> Im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung war er noch nicht enthalten,<sup>33</sup> er findet sich erstmals in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags.<sup>34</sup> Auch in der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss am

---

<sup>30</sup> Siehe zum Assimilierungsgrundsatz, *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 9 Rn. 28 f.

<sup>31</sup> OLG Hamburg NZV 2007, 372; BayObLGSt 1992, 121, 124; OLG Köln NJW 1988, 657, 658; ebenso *Cornelius* NZWiSt 2014, 173, 176; wohl auch *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2441: Ein anderes Ergebnis „missachtete den Willen des europäischen Ordnungsgebers und damit den Anwendungsvorrang des Unionsrechts“; BGH BeckRS 2024, 40718 geht auf diesen Gesichtspunkt dagegen nicht ein.

<sup>32</sup> BGBl. I, S. 4250.

<sup>33</sup> BT-Drs. 19/28678.

<sup>34</sup> BT-Drs. 19/30943, S. 5.

19.5.2021 wurde § 86 II StGB nicht thematisiert.<sup>35</sup> Somit ist nicht ersichtlich, woher die Initiative zu seiner Einführung herrührt. Eine Begründung findet sich nur im Bericht des Rechtsausschusses zu seiner Beschlussempfehlung.<sup>36</sup> Auch bei der Bundestagsdebatte zur zweiten Lesung findet dieser Aspekt der Beschlussempfehlung nur eine einmalige knappe Erwähnung.<sup>37</sup>

Der Rechtsausschuss begründet die geplante Einführung des § 86 II StGB mit der Notwendigkeit, auch solche terroristischen Organisationen zu erfassen, gegen die noch kein Vereinsverbot erlassen wurde, weil es beispielsweise an Organisationsstrukturen oder einem Tätigwerden in der Bundesrepublik Deutschland fehlt.<sup>38</sup> Zu der Frage, ob nur auf eine gültige Verordnung verwiesen werden soll, findet sich keine ausdrückliche Aussage. Vielmehr werden lediglich das Verfahren der Listung beschrieben und einige Beispiele gelisteter Organisationen genannt.

Als Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers könnte noch dienen, dass die genannte Durchführungsverordnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen § 86 II StGB am 22.9.2021 bereits aufgehoben war. Dies könnte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber auf eine ungültige Norm verweisen wollte. Berücksichtigt man allerdings den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens, ist ebenso wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber schlicht und ergreifend übersehen hat, dass die Verordnung am 20.7.2021 außer Kraft getreten ist.

Somit kann man nur darauf abstellen, dass der Gesetzgeber den § 86 II StGB seit seiner Einführung unangetastet gelassen und gerade nicht durch einen Verweis auf die aktuell gültige Verordnung ersetzt hat. Auch dies könnte sich darauf zurückführen lassen, dass der Gesetzgeber das Außerkrafttreten der Verordnung übersehen hat; mangels anderer Anhaltspunkte wird man diesen Umstand heranziehen müssen.

---

<sup>35</sup> Wortprotokoll der 155. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll Nr. 19/155.

<sup>36</sup> BT-Drs. 19/31115, S. 9 f.

<sup>37</sup> Die Abgeordnete Bayram bezeichnet den geplanten Verweis in ihrer zu Protokoll gegebenen Rede als „rechtsstaatlich im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot bedenkliche Kaskadenverweisung“, Plenarprotokoll 19/236, S. 30837 (C).

<sup>38</sup> BT-Drs. 19/31115, S. 9.

### 3. Zwischenfazit

Folgt man der Auffassung der Rechtsprechung, so bleibt der Verweis in § 86 II StGB wirksam. Richtigerweise ist eine Verweisung auf ungültiges Recht aber mangels hinreichender Bestimmtheit, Art. 103 II GG, unzulässig, sodass der Verweis in § 86 II StGB ins Leere führt und die Norm so keine Strafbarkeit begründen kann.

Zu beachten ist jedoch, dass das vom BMI erlassene Betätigungsverbot gegen die Hamas zum 20.12.2023 unanfechtbar geworden ist.<sup>39</sup> Nachdem ein Betätigungsverbot ein vollwertiges Vereinsverbot darstellt,<sup>40</sup> sind Kennzeichen der Hamas somit unabhängig von der Wirksamkeit des § 86 II StGB seitdem von § 86 I Nr. 2 StGB erfasst, auf den § 86a I Nr. 1 StGB ebenfalls verweist. Vor diesem Hintergrund sollen die übrigen Anforderungen an eine Strafbarkeit im Folgenden gleichwohl betrachtet werden.

### III. Kennzeichen der Hamas

Unter Kennzeichen versteht man optisch oder akustisch wahrnehmbare Symbole oder Sinnesäußerungen, durch die die Vereinigung einerseits auf sich und ihre Zwecke hinweist und die dem Zusammengehörigkeitsgefühl der Mitglieder und Anhänger dienen.<sup>41</sup> Gemäß § 86a II 1 StGB können gerade auch Parolen Kennzeichen von Organisationen sein. Das LG Mannheim verneint schon die Paroleneigenschaft des hier in Rede stehenden Slogans. Eine juristische Definition des Begriffs Parole findet sich in der Rechtsprechung und – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht, auch das LG Mannheim bezieht sich insoweit nur auf die Wortbedeutung nach dem Duden.<sup>42</sup> Geht man von dem allgemeinen Sprachgebrauch aus, so ist eine Parole ein „kurzer, einprägsamer Spruch, in dem ein Grundsatz, eine Absicht, eine Forderung, ein Ziel o. Ä. formuliert ist“.<sup>43</sup> Das LG Mannheim führt aus, dass zwar in der Hamas-Charta von 2017 von der „full and complete liberation of Palestine, from the river to

---

<sup>39</sup> BAnz AT 29.08.2024 B1.

<sup>40</sup> Siehe hierzu BGH NStZ 1996, 340, 341; Köbler NStZ 1995, 531, 532 f.; Reuter, Verbotene Symbole, 2005, S. 111.

<sup>41</sup> BGH NStZ 2016, 86, 87; BayObLG BeckRS 2022, 36844 (Rn. 8); LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 8); LK/StGB-Steinsiek, § 86a Rn. 5.

<sup>42</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 12).

<sup>43</sup> <https://www.dwds.de/wb/Parole> (zuletzt abgerufen am 27.1.2025).

the sea” gesprochen werde, allerdings im Zusammenhang damit, dass die Hamas jegliche Alternative zur vollständigen Befreiung Palästinas ablehne.<sup>44</sup> Eine bloß beschreibende Verwendung der Worte „from the river to the sea“ als Definition des Gebiets führe aber nicht dazu, dass es sich um ein Kennzeichen der Hamas handle. Das LG Berlin I hingegen bejaht die Paroleneigenschaft mit dem naheliegenden Argument,

„dass das Skandieren geographischer Beschreibungen auf weltweiten Demonstrationen eher fernliegt.“<sup>45</sup>

Auch vernachlässigt das LG Mannheim, dass mit der Aussage, die vollständige Befreiung vom Fluss Jordan bis zum Mittelmeer anzustreben, gleichzeitig die Botschaft transportiert wird, dass der Staat Israel in seiner heutigen Form beseitigt werden soll.<sup>46</sup> Vor diesem Hintergrund kann es sich bei dem Slogan durchaus um ein Kennzeichen handeln, dient er den Skandierenden doch gerade dazu, ihr gemeinsames Ziel zum Ausdruck zu bringen.

Der Slogan müsste weiterhin in Verbindung mit der Hamas stehen. Dies wurde vom LG Berlin I bejaht,<sup>47</sup> vom LG Mannheim jedoch verneint.<sup>48</sup> Eine solche Verbindung setzt voraus, dass sich die Organisation die Worte entweder durch formalen Widmungsakt oder durch Übung zu eigen macht.<sup>49</sup> Nicht ausreichend ist, wenn lediglich eine Zuschreibung durch Außenstehende erfolgt.<sup>50</sup> Vor diesem Hintergrund hat die Verbotsverfügung des Bundesministeriums des Innern und für Heimat vom 3.11.2023, in die das Ministerium die Worte „from the river to the sea“ als Kennzeichen der Hamas aufnahm, keine weitere Relevanz.<sup>51</sup> Zwar ist in der Verfügung ausdrücklich die Parole „Vom Fluss bis zum Meer“ (auf Deutsch oder anderen Sprachen) als vom Verbot erfasst aufgeführt.<sup>52</sup> Bei § 86a StGB handelt es sich jedoch gerade um kein Blankettgesetz,

---

<sup>44</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 12).

<sup>45</sup> LG Berlin I BeckRS 2024, 30717 (Rn. 44); so auch im Ergebnis VGH Mannheim NVwZ 2024, 1183, 1185 (Rn. 18).

<sup>46</sup> So ebenfalls *Fischer*, LTO v. 16.10.2023, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-fische-jubel-terror-hamas/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2025).

<sup>47</sup> LG Berlin I BeckRS 2024, 30717 (Rn. 43 ff.).

<sup>48</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 7 ff.).

<sup>49</sup> BayObLG BeckRS 2022, 36844 (Rn. 8).

<sup>50</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 8); MüKo/StGB-*Anstötz*, § 86a Rn. 9.

<sup>51</sup> Ebenso LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 12); unzutreffend daher *Schwarz* ZRP 2024, 95.

<sup>52</sup> BAnz AT 02.11.2023 B10.

welches durch Verfügungen der Exekutive ausgefüllt werden könnte.<sup>53</sup> Entscheidend für die Kennzeicheneigenschaft bleibt damit, ob es sich tatsächlich um einen Slogan der Hamas handelt oder nicht. Unerheblich für diese Frage ist der Ursprung des Satzes, den das LG Mannheim auf die Fatah zurückführt,<sup>54</sup> und die alternativen Interpretationsmöglichkeiten. Vielmehr kommt es einzig und allein darauf an, ob ihn sich die Hamas zu eigen gemacht hat.<sup>55</sup>

Das LG Mannheim erachtete es als nicht hinreichend belegt, dass der Slogan tatsächlich durch die Hamas oder die mit ihr in Verbindung stehenden Qassam-Brigaden Verwendung findet.<sup>56</sup> Dagegen argumentiert das LG Berlin I, die Hamas habe sich

„die Wortfolge „From the river to the sea“ durch Übung, insbesondere durch Aufnahme in die Charta 2017 sowie durch vielfache Verwendung in offiziellen Verlautbarungen und bis hinein in die weltweiten Kontroversen nach dem 7.10.2023, zu eigen gemacht“<sup>57</sup>

ohne diese „vielfache Verwendung“ aber weiter zu belegen. Ohne Nachweise stellt sich dies aber als bloße Behauptung dar. Nach hiesiger Wahrnehmung erscheint es vielmehr so, dass der Slogan bei der öffentlichen Debatte zum Nahostkonflikt zwar omnipräsent ist, aber nicht als Erkennungszeichen einer bestimmten Organisation, sondern vielmehr als Zeichen der Identifikation mit den Anliegen der Palästinenser. In diesem Sinne wird er zwar auch von der Hamas verwendet, aber ebenso von anderen propalästinensischen Aktivisten und Organisationen. Selbst israelische Politiker, welche sich gegen eine Zwei-Staaten-Lösung aussprechen, machen von ihm Gebrauch.<sup>58</sup> Somit spricht viel dafür, dass die Hamas den Slogan zwar durchaus nutzt, ihn aber nicht als eigenes Kennzeichen verwendet. Damit überzeugt die Auffassung des LG Mannheim,

<sup>53</sup> Siehe dazu auch BVerwG NVwZ 2018, 1485, 1487 f.; BayVGH NVwZ 2024, 1187, 1188 f. (Rn. 27). Selbst wenn der Gesetzgeber den § 86a StGB als Blankettstrafgesetz ausgestaltet hätte, könnte eine solche Verfügung im Übrigen auch keine Rückwirkung entfalten.

<sup>54</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 11).

<sup>55</sup> VGH Mannheim NVwZ 2024, 1183, 1185; VGH Mannheim BeckRS 2024, 7173 (Rn. 9).

<sup>56</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 12).

<sup>57</sup> LG Berlin I BeckRS 2024, 30717 (Rn. 45).

<sup>58</sup> So verwendete beispielsweise 2018 auch der frühere israelische Außenminister Sa’ar die Phrase, *Roth*, Jerusalem Post v. 30.4.2018, <https://www.jpost.com/israel-news/ex-minister-gideon-saar-rejects-two-state-solution-trap-553081> (zuletzt abgerufen am 17.2.2025); siehe auch *Goldberg/Confino*, From the River to the Sea gibt’s viel Raum für Interpretationen, <https://geschichtedergewenwart.ch/from-the-river-to-the-sea-gibts-viel-raum-fuer-interpretationen/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2025).

dass sich die Hamas den Slogan nicht zu eigen gemacht hat.

Folgt man dagegen der Ansicht des LG Berlin I, so wäre nach Ansicht der Rechtsprechung unerheblich, ob das Kennzeichen von der Allgemeinheit auch tatsächlich als Kennzeichen der jeweiligen Organisation verstanden wird.<sup>59</sup> Dem widersprechen Teile der Literatur, da es anderenfalls an der kennzeichnenden Wirkung fehle.<sup>60</sup> Insoweit ist allerdings der Rechtsprechung beizupflichten. Denn das Erfordernis einer gewissen Bekanntheit des Zeichens wird einerseits dem Telos des § 86a StGB als abstraktes Gefährlichkeitsdelikt nicht gerecht und führt andererseits zu großen Unsicherheiten über die Reichweite der Strafbarkeit, was vor dem Hintergrund des Art. 103 II GG zu Bedenken führt.<sup>61</sup>

#### IV. Teleologische Reduktion des § 86a StGB?

Damit ist weiterhin zu überlegen, ob die Verwendung des Kennzeichens den Schutzzweck des § 86a StGB wohlmöglich nicht berührt.<sup>62</sup> Das LG Mannheim ist der Auffassung, die Verwendung der Worte „from the river to the sea“ sei jedenfalls sozialadäquat, weswegen die Tatbestandsmäßigkeit gemäß § 86a III StGB i.V.m. § 86 IV StGB entfalle. Denn unter den „ähnlichen Zweck“ seien insbesondere auch solche Verhaltensweisen zu subsumieren, bei denen der Schutzzweck der Vorschrift offensichtlich nicht beeinträchtigt werde. Dies sei aufgrund des hohen Stellenwerts des Art. 5 I 1 GG gerade auch dann der Fall, wenn durch die Verwendung nicht lediglich auf die terroristische Vereinigung hingewiesen werde, sondern ein anderer Sachverhalt zum Gegenstand der öffentlichen Meinungsbildung gemacht werden solle.<sup>63</sup> Nachdem der Angeeschuldigte das Plakat auf einer Kundgebung zum Nakba-Tag hochhielt, sollte mit den Worten gerade auf die andauernde fehlende Autonomie Palästinas hingewiesen werden.<sup>64</sup>

Im Unterschied zur Ansicht des LG Mannheims handelt es sich bei der Möglichkeit einer teleologischen Reduktion allerdings um eine der

---

<sup>59</sup> BGHSt 47, 354, 358 ff.; ebenso VGH Mannheim NVwZ 2024, 1183, 1185 (Rn. 18); ebenso *Ellbogen*, in BeckOK StGB, 65. Ed. 1.5.2025, § 86a Rn. 4; NK/StGB-Paeffgen/Kleszczewski, § 86a Rn. 7.

<sup>60</sup> *Hörnle* NSTZ 2002, 113, 115; *Kett-Straub* DRiZ 2011, 325, 328; *Reuter*, Verbotene Symbole, 2005, S. 129 ff.; ebenso BayObLGSt 1998, 202, 203.

<sup>61</sup> So auch die Argumentation von NK/StGB-Paeffgen/Kleszczewski, § 86a Rn. 7.

<sup>62</sup> Siehe hierzu auch *Reuter*, Verbotene Symbole, 2005, S. 202.

<sup>63</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 13); dies lässt wohl auch der BayVGH NVwZ 2024, 1187, 1189 (Rn. 29) ausreichen.

<sup>64</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 15).

„Sozialadäquanzklausel“ vorgelagerte Fragestellung, da beispielsweise eine scherzhafte Verwendung, bei der eine Schutzzweckbeeinträchtigung fraglich ist, keineswegs sozialadäquat sein muss.<sup>65</sup> Somit fragt sich, ob die Verwendung der Parole auch vom Schutzzweck des § 86a StGB erfasst ist.

Entgegen der Auffassung des LG Mannheim ist sein Fall auch vom Schutzzweck des § 86a StGB erfasst. Dieser bezweckt nämlich gerade auch ein kommunikatives „Tabu“,<sup>66</sup> um dem Eindruck entgegenzuwirken, in der Bundesrepublik betätigten sich ungestört terroristische oder verfassungswidrige Organisationen.<sup>67</sup> Diesem Schutzzweck liefe es gerade entgegen, wenn Kennzeichen solcher Vereinigungen verwendet werden dürften, weil – angeblich – auch weitere Themen kommuniziert werden sollen.<sup>68</sup> Vielmehr kann ein Tatbestandsausschluss nur dann erfolgen, wenn offensichtlich ist, dass Kennzeichen in einem

„nachdrücklich ablehnenden Sinne gebraucht werden, und bei denen ein Beobachter die Gegnerschaft somit auf Anhieb zu erkennen vermag.“<sup>69</sup>

Zu denken wäre dabei beispielsweise an ein durchgestrichenes Hakenkreuz. Weiterhin ist der Schutzzweck nicht tangiert, wenn gar kein Bezug zur jeweiligen Organisation vorliegt, da nur in diesen Fällen vermieden werden kann, dass sich die Verwendung des jeweiligen Kennzeichens wieder einbürgert.<sup>70</sup> Bei einer Kundgebung zum Nahen Osten besteht dieser Bezug aber, da die Hamas gerade zentraler Akteur des Nahostkonflikts ist.

<sup>65</sup> Siehe dazu BGHSt 25, 30, 33 f.

<sup>66</sup> BVerfG NJW 2009, 2805, 2806; BVerfG NJW 2006, 3050, 3051; BGHSt 25, 30, 32 f.; kritisch dagegen NK/StGB-Paeffgen/Kleszczewski, § 86a Rn. 2.

<sup>67</sup> BGHSt 51, 244, 246; Gallandi, Staatsschutzdelikte und Pressefreiheit, 1983, S. 63; Kindhäuser/Hilgendorf, LPK, 10. Aufl. 2025, § 86a Rn. 1.

<sup>68</sup> Diese Überlegung findet sich auch bei Otto in Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Amelung, 2009, 225, 244.

<sup>69</sup> VGH Mannheim NVwZ 2024, 1183, 1185 (Rn. 22); ebenso BGHSt 51, 244, 248 f.; Heger, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 86a Rn. 4; TüKo/StGB-Sternberg-Lieben/Weißer, § 86a Rn. 15 ff.; anders dagegen Zöller, in Systematischer Kommentar StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 86a Rn. 9: Die Verwendung muss als Bekenntnis zu den Zielen der Organisation aufgefasst werden können.

<sup>70</sup> BGHSt 25, 30, 33.

## V. Sozialadäquanzklausel, § 86a III i.V.m. § 86 IV StGB

Damit stellt sich des Weiteren die Frage, ob vorliegend die „Sozialadäquanzklausel“ des § 86 IV StGB, auf die § 86a III StGB verweist, einschlägig ist. Nach der herrschenden Auffassung würde dies zu einem Tatbestandsausschluss führen.<sup>71</sup> Das LG Mannheim bejaht einen solchen aufgrund des starken Stellenwerts des Art. 5 I 1 GG und stellt darauf ab, dass der Angeschuldigte in seinem Verfahren lediglich auf die fehlende Autonomie Palästinas aufmerksam machen wollte.<sup>72</sup> Das LG Berlin I lehnte einen Tatbestandsausschluss dagegen ab, da die Richter es für erwiesen erachteten, dass die Angeklagte gerade ihre Sympathien und Unterstützung für die Hamas kundtun wollte.<sup>73</sup>

Somit ist zu klären, ob Fälle, in denen „nur“ die allgemeine Meinungsfreiheit betroffen ist, überhaupt von § 86 IV StGB erfasst werden können.<sup>74</sup> Dagegen spricht der Wortlaut der Klausel, da der Gesetzgeber ausdrücklich nur auf bestimmte Meinungsäußerungen und die Ausübung anderer Grundrechte rekurriert. Andererseits könnte man angesichts des Umstands, dass § 86 IV StGB gerade „grundrechtskonformes Verhalten“ straffrei stellt,<sup>75</sup> den Anwendungsbereich auch auf andere von Art. 5 I 1 GG erlaubte Verhaltensweisen ausdehnen. Im Ergebnis kann diese Frage jedoch dahinstehen, da auch ohne die Klausel § 86a StGB vor dem Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt werden muss. Denn der § 86a StGB, der eine Schranke der Meinungsäußerungsfreiheit im Sinne des Art. 5 II GG darstellt, muss unter Berücksichtigung derselben so ausgelegt werden, dass das Grundrecht gewahrt bleibt.<sup>76</sup> Entscheidend ist somit, ob das strafrechtliche Verbot im Einzelfall verhältnismäßig ist.<sup>77</sup> Dabei ist einerseits die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit für den demokratischen Diskurs zu berücksichtigen.<sup>78</sup> Denn die Freiheit, die

---

<sup>71</sup> BGHSt 47, 278, 282; BGHSt 46, 36, 43; *Hartmann*, in Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, §§ 84-92b Rn. 7; *Reuter*, Verbotene Symbole, 2005, S. 249; LK/StGB-*Steinsiek*, § 86a Rn. 26; kritisch *Fischer*, StGB, § 86 Rn. 17; anders auch NK/StGB-*Paeffgen/Kleszczewski*, § 86 Rn. 39, die der Klausel in Bezug auf die „Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen“ eine rechtfertigende, weil notstandsähnliche Dimension zusprechen.

<sup>72</sup> LG Mannheim BeckRS 2024, 12543 (Rn. 15).

<sup>73</sup> LG Berlin I BeckRS 2024, 30717 (Rn. 47).

<sup>74</sup> Dagegen *Ambos* JZ 2024, 620, 623, da die Klausel nur bestimmte unter die Meinungsfreiheit fallende Verhaltensweisen erfasse.

<sup>75</sup> Siehe hierzu NK/StGB-*Paeffgen/Kleszczewski*, § 86 Rn. 38.

<sup>76</sup> BVerfGE 7, 198, 208; siehe hierzu auch *Ambos* JZ 2024, 620, 623.

<sup>77</sup> *Britz* JuS 2024, 905, 908 f.

<sup>78</sup> *Paulus*, in Huber/Voßkuhle GG, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 5 GG Rn. 1.

eigene Meinung auch dann kundzutun, wenn diese nicht mit der politisch oder gesellschaftlich vorherrschenden Auffassung übereinstimmt, ist gerade konstitutiv für eine plurale Demokratie. Dabei sind auch überspitzte, andere verletzende Äußerungen grundsätzlich zulässig. Auf der anderen Seite ist der mit dem § 86a StGB verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Wie bereits ausgeführt, soll durch das strafbewehrte Verbot gerade dem Eindruck entgegengewirkt werden, dass in der Bundesrepublik verfassungsfeindliche Organisationen in der Öffentlichkeit weiterhin präsent sind. Vor allem angesichts der deutschen Historie ist dieser Zweck auch nachvollziehbar, da § 86a StGB ursprünglich gerade der Bekämpfung neonazistischer Organisationen dienen sollte.<sup>79</sup>

Hier erscheint es nun geboten, zwischen den zugrundeliegenden Sachverhalten der beiden Entscheidungen zu differenzieren. In dem Fall, den das LG Berlin I zu entscheiden hatte, war es aus dem Kontext ersichtlich, dass es der Angeklagten gerade darum ging, ihre Unterstützung für die Hamas und deren Ziele kundzutun, da sie in den jeweiligen Beiträgen explizit auf die Hamas rekurrierte und ihre Sympathie für die Terrororganisation bekundete. Somit überwiegt aber das staatliche Interesse an der Herstellung des „kommunikativen Tabus“ das Interesse der Angeklagten, auf diese Weise ihre Auffassung zum Nahostkonflikt zum Ausdruck zu bringen.

Anders gestaltet es sich in der Konstellation, die dem LG Mannheim vorlag. Die Versammlung, auf der der Angeschuldigte das Plakat zeigte, erinnerte an die Vertreibung und Flucht der Palästinenser während des Palästina-Kriegs im Jahr 1948.<sup>80</sup> Damit ist die Parole hier vorwiegend als Kritik an der israelischen Besetzung palästinensischer Gebiete zu sehen, insbesondere da keine unmittelbare Verbindung mit der Hamas besteht. Vor allem fand die Kundgebung zeitlich vor dem Angriff der Hamas auf Israel statt und damit zu einem Zeitpunkt, als diese viel weniger im Fokus der Öffentlichkeit stand. Zwar könnte man erwägen, das strafbewehrte Verbot, eine einzelne Parole zu gebrauchen, stelle nur eine geringfügige Einschränkung der Meinungsfreiheit dar und ermögliche die Kritik an der Siedlungspolitik Israels und der Situation der palästinensischen Bevölkerung vollumfänglich.<sup>81</sup> Damit würde jedoch verkannt, dass alleine

---

<sup>79</sup> Zur Historie der Norm siehe *Reuter*, Verbotene Symbole, 2005, S. 51 ff., S. 65 ff.

<sup>80</sup> Siehe dazu <https://de.wikipedia.org/wiki/Nakba> (zuletzt abgerufen am 29.1.2025).

<sup>81</sup> OVG Bremen BeckRS 2024, 9836 (Rn. 23).

schon durch das Risiko, durch Gebrauch eines Slogans in Unkenntnis seiner Kennzeicheneigenschaft auf einer Versammlung den objektiven Tatbestand des § 86a StGB zu verwirklichen und deshalb Beschuldigte in einem Ermittlungsverfahren zu werden, dazu führen könnte, von der Kundgabe der eigenen Meinung Abstand zu nehmen. Es besteht also das Risiko einer einschüchternden Wirkung („chilling effect“),<sup>82</sup> sodass der Tatbestand des § 86a StGB entsprechend einzuschränken ist.

## E. Fazit

Nach hiesiger Sicht erfüllt die Verwendung des Slogans „From the river to the sea – Palestine will be free“ nicht den Tatbestand des § 86a I Nr. 1 StGB. Für den Zeitraum vor dem vom BMI erlassenen Betätigungsverbot gegen die Hamas resultiert dies schon daraus, dass der Verweis in §§ 86a I Nr. 1, 86 II StGB wegen der Aufhebung der zitierten Verordnung vor dem Hintergrund des Art. 103 II GG nunmehr keine Strafbarkeit mehr begründen kann. De lege ferenda sollte der Gesetzgeber den § 86 II StGB daher so umgestalten, dass dieser unmittelbar die erfassten Organisationen aufzählt.

Weiterhin hat sich die Hamas nach hiesiger Auffassung den Slogan nicht zu eigen gemacht, sodass es sich bei ihm nicht um ein Kennzeichen der Terrororganisation handelt. Selbst wenn man dem nicht folgen will, so muss man jedenfalls bei der Auslegung des § 86a StGB die Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG berücksichtigen, die im Einzelfall dazu führen kann, dass die Verwendung des Slogans nicht tatbestandsmäßig ist.

Es ist bedauerlich, dass aufgrund der Rücknahme der Revision im Berliner Verfahren weiterhin eine höchstrichterliche Klärung aussteht. Angesichts der Präsenz des Slogans bei Kundgebungen und in den sozialen Medien ist aber davon auszugehen, dass sich der BGH früher oder später mit den hier erörterten Fragen befassen muss. Wünschenswert wäre es jedenfalls, dass er seine letzte Entscheidung vom 18.12.2024<sup>83</sup> zur Wirksamkeit der Verweisung in § 86 II StGB überdenkt.

---

<sup>82</sup> Zur Gefahr eines „chilling effect“ bei Versammlungen, siehe bspw. *Hong* in Peters/Janz (Hrsg.), *Hdb. Versammlungsrecht*, 2. Aufl. 2021, B Rn. 103 ff.

<sup>83</sup> BGH BeckRS 2024, 40718.

## Friedensherstellung durch Restorative Justice – Überlegungen zum Konzept aus rechtssoziologischer Perspektive

Georgia Stefanopoulou, Berlin\*

### ABSTRACT

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Konzept von Restorative Justice aus einer rechtssoziologischen Perspektive. Positivrechtliche und praxisbezogene Aspekte des Themas spielen dabei nur indirekt eine Rolle. Zunächst wird das Konzept mit Blick auf die drei von Georg Simmel analysierten soziologischen Kategorien Sieg/Niederlage, Kompromiss und Versöhnung als Modi der Streitbeendigung diskutiert. Gezeigt wird, dass das Konzept der Restorative Justice Elemente aller drei Kategorien vereinigt. Anschließend wird dargestellt, was Restorative Justice im Vergleich zum herkömmlichen Strafsystem auszeichnet: Ihre soziologische/kollektive Sichtweise von Verantwortung. Auf die Bedeutung und Berechtigung dieser Sichtweise im Strafjustizsystem hat zuletzt Geoffroy de Lagasnerie aufmerksam gemacht, dessen Argumente hier aufgegriffen werden.

### A. Einleitung

Sieg/Niederlage, Kompromiss und Versöhnung sind Georg Simmel zufolge die drei Modi einer Streitbeendigung.<sup>1</sup> Sieg sei die „einfachste und radikalste Art, vom Kampf zum Frieden zu kommen“, und er kommt entweder durch das „Übergewicht der einen Partei“ zustande oder durch

---

\* Die Autorin ist Strafrechtsprofessorin an der BSP Business & Law School Berlin.

Kontakt: [georgia.stefanopoulou@businessschool-berlin.de](mailto:georgia.stefanopoulou@businessschool-berlin.de).

<sup>1</sup> *Simmel*, Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung. Gesamtausgabe. Band 11, 1992, S. 373 ff.



„Resignation“ der anderen.<sup>2</sup> Als voraussetzungsreicher beschreibt Simmel den Kompromiss, dem die Logik des Tausches innewohnt. („Aller Tausch um Dinge ist ein Kompromiss“).<sup>3</sup> Der Kompromiss setzt die Fungibilität der Streitgegenstände voraus sowie, dass sich Interessen objektivieren lassen.<sup>4</sup> Auf einen „bewerteten Gegenstand“ wird verzichtet, weil man einen Ersatzwert dafür erhält.<sup>5</sup> Entgegengesetzte Interessen, deren Wert von allen Konfliktparteien bestimmt wird, können so ohne Kampf durchgesetzt werden.<sup>6</sup> Ohne Kampf wird der Streit auch im Falle einer Versöhnung beendet. Hier wird auf „Rache“ gegen den „Feind“ verzichtet.<sup>7</sup>

Vergegenwärtigt man sich, dass Rechtskonflikte, die (vermeintliche) Straftaten hervorrufen, auch soziale Konflikte sind,<sup>8</sup> lassen sich die soziologischen Beobachtungen Simmels in das System der Strafjustiz übertragen. Die jeweiligen Logiken der drei Arten von Streitbeendigung, Sieg/Niederlage, Kompromiss, Versöhnung, könnte man zunächst in den folgenden drei justiziellen Reaktionen verwirklicht sehen: Strafe, Verständigung (Deal) und Maßnahmen restaurativer Gerechtigkeit. Strafe verspricht Friedensherstellung, indem der konkrete soziale Konflikt zwischen Täter und Opfer im Sinne eines „Kampfes“ gegen die Rechtsordnung als solche universalisiert wird<sup>9</sup> und der Täter als besiegte Partei dieses Kampfes hingestellt wird. Die Verständigung hat, anders als die Strafe, einen Kompromisscharakter. Das Geständnis einer Konfliktpartei (Beschuldigte) wird zum

„bewerteten Gegenstand, weil man das in ihm enthaltene Wertquantum in anderer Form erhält“,<sup>10</sup>

in einer Strafmilderung. Durch den Tausch verspricht man sich eine beschleunigte Rückkehr in den Friedenszustand. Was nun die Maßnahmen restaurativer Gerechtigkeit (Restorative Justice) betrifft, wird von ihnen Wiederherstellung von Frieden durch Versöhnung erwartet. Das, was

---

<sup>2</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 373.

<sup>3</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 376.

<sup>4</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 376.

<sup>5</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 376.

<sup>6</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 376.

<sup>7</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 377.

<sup>8</sup> Vgl. *Hagemann/Magiera* in Bartsch/Hoven/Limberg/Maelicke/Merckle (Hrsg.), *Resozialisierung, Opferschutz, Restorative Justice. Grundlagen und Rahmenbedingungen*, 2023, 64.

<sup>9</sup> Vgl. *Lagasnerie*, *Verurteilen. Der strafende Staat und die Soziologie*, 2017, S. 206.

<sup>10</sup> *Simmel* (Fn. 1), S. 376.

Simmel Verzicht auf „Rache“ gegen den „Feind“ nennt, lässt sich im Justizsystem zunächst einmal so übersetzen: Verzicht des Opfers einer Straftat auf die „Schmerzzufügung“ gegen den Täter. Dies soll faktisch das Ergebnis einer konstruktiven Mediation zwischen Opfer und Täter im Kontext restaurativer Gerechtigkeit sein.

Im Folgenden soll dieser letzte Modus der Streitbeendigung, die restaurative Gerechtigkeit, genauer in den Blick genommen und im Zusammenhang mit den zwei anderen Arten der Friedensherstellung kritisch beleuchtet werden. Geht es hier tatsächlich um reine Versöhnung oder sind nicht vielmehr Elemente des Kompromisses oder sogar des Sieges und der Niederlage aufzuspüren? Sollten solche Elemente vorhanden sein: Was spricht gleichwohl für das Aufrechterhalten dieses dritten Weges der Konfliktbewältigung als eigenständige Reaktion auf Straftaten im Justizsystem?

## **B. Versöhnung, Kompromiss oder Sieg?**

Zunächst gilt es, den Begriff der Versöhnung als Art der Konfliktbewältigung zu bestimmen. Simmel nennt als wesentliches Moment der Versöhnung die Versöhnlichkeit.<sup>11</sup> Damit stellt die Versöhnung einen „rein subjektiven“ Vorgang dar.<sup>12</sup>

„Die Versöhnlichkeit ist eine primäre Stimmung, die, ganz jenseits objektiver Gründe, den Kampf ebenso zu beenden sucht, wie die Streitlust, nicht weniger ohne sachliche Veranlassung, ihn unterhält.“<sup>13</sup>

erklärt Simmel. Die Versöhnlichkeit kann sich dann im Modus der Verzeihung bzw. der Vergebung äußern.<sup>14</sup> Damit hat die Konfliktpartei „Opfer“ die zentrale Rolle bei der Streitbewältigung inne. Verzeihung und Vergebung kann nur das Opfer leisten.<sup>15</sup> Die zwei Vorgänge sind zwar unterschiedlich konnotiert, sie lassen sich aber als Synonyme verwenden. Svenja Flaßpöhler weist auf die passive Dimension des Verzeihens hin, die verzeihende Person verzichtet auf Vergeltung, Wiedergutmachung, Begleichung.<sup>16</sup> Die Vergebung setzt anders als das Verzeihen auch ein

---

<sup>11</sup> Simmel (Fn. 1), S. 376 f.

<sup>12</sup> Simmel (Fn. 1), S. 376.

<sup>13</sup> Simmel (Fn. 1), S. 377.

<sup>14</sup> Simmel (Fn. 1), S. 377.

<sup>15</sup> Vgl. Ottendörfer in Muhl/G. Pickel/S. Pickel (Hrsg.), Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, 2018, 66 f.

<sup>16</sup> Flaßpöhler, Verzeihen. Vom Umgang mit Schuld, 4. Aufl. 2022, S. 19 ff.

aktives Moment des Schenkens (der Gabe) voraus, ein Akt, den man von einer Gottheit erwartet.<sup>17</sup> Gleichwohl lässt sich auch der Verzicht auf die Schmerzzufügung als Ausgleich für erfahrenes Unrecht, wie Flaßpöhler erklärt, als Geschenk verstehen.<sup>18</sup> In diesem Sinne ist auch Verzeihung „eine Geste der Transzendenz“ und damit kann sie vom Vergeben nicht abgegrenzt werden.<sup>19</sup>

Dass dem Konzept restaurativer Gerechtigkeit ein Versöhnungsverständnis, das Verzeihung und Vergebung voraussetzt, nicht zugrunde liegt, ist mehr als offensichtlich, wenn man an seine häufigste Form,<sup>20</sup> den Täter-Opfer-Ausgleich (TOA), denkt. Der TOA ist ein außergerichtliches Verfahren, bei dem die Kommunikation und der Austausch zwischen Beschuldigten und Verletzten gefördert werden soll.<sup>21</sup> Dabei soll eine positive Beziehung zwischen den zwei Konfliktparteien hergestellt werden,<sup>22</sup> auf deren Basis die Folgen der Straftat ausdiskutiert und geregelt werden.<sup>23</sup> Nach § 155a StPO sollen die Staatsanwaltschaft und das Gericht in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeiten prüfen, einen Ausgleich zwischen Beschuldigtem und Verletztem zu erreichen. Die außergerichtliche Wiederherstellung von Frieden kann, wenn die Deliktsschwere dies zulässt, mit einer Verfahrenseinstellung oder Absehen von Strafe verbunden sein.<sup>24</sup>

Die Befriedungsfunktion soll durch Zurückdrängung des Vergeltungsprinzips geleistet werden – es wird seitens des Opfers auf „Rache“ verzichtet – aber nicht ohne Kompensationen.<sup>25</sup> Materieller Ausgleich durch Schadensersatz und Schmerzensgeld, Entschuldigung oder Eingeständnis der Tat seitens des Beschuldigten sind hierbei erforderlich,<sup>26</sup> um die „Versöhnlichkeit“ des Verletzten anzuregen. Die „primäre Stimmung“

---

<sup>17</sup> Flaßpöhler (Fn. 16), S. 22.

<sup>18</sup> Flaßpöhler (Fn. 16), S. 22.

<sup>19</sup> Flaßpöhler (Fn. 16), S. 22 f.

<sup>20</sup> Der Täter-Opfer-Ausgleich wird als das „Aushängeschild“ von restaurativer Gerechtigkeit in Deutschland bezeichnet, Hommel Freilaw 2020, 37.

<sup>21</sup> Dazu ausführlich Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 6. Aufl. 2025, S. 411 ff.

<sup>22</sup> Ottendörfer (Fn. 15), S. 67.

<sup>23</sup> Meier (Fn. 21), S. 411.

<sup>24</sup> Dazu Meier (Fn. 21), S. 417.

<sup>25</sup> S. Schlickum/Weiler in Kaspar/Weiler/Schlickum (Hrsg.), Der Täter-Opfer-Ausgleich. Recht, Methodik, Falldokumentation, 2014, 1.

<sup>26</sup> Mit Blick auf die Breite der Kompensationen (materielle und immaterielle Leistungen des Täters) spricht man vom TOA im weiten Sinne, Kaspar in Kaspar/Weiler/Schlickum (Hrsg.), Der Täter-Opfer-Ausgleich. Recht, Methodik, Falldokumentation, 2014, 7. Stehen immaterielle Leistungen des Täters im Vordergrund, dann ist die Rede vom TOA im engen Sinn, Kaspar (Fn. 26), S. 7.

(Simmel) der Versöhnlichkeit ist zum Teil das Produkt eines Kompromisses, einer Art „Tausch“. Wenn man also von Versöhnung im Rahmen der restaurativen Gerechtigkeit spricht, meint man keinen „rein subjektiven“ Vorgang „jenseits objektiver Gründe“.<sup>27</sup> Die Verwandtschaft des TOA mit dem Deal, vor allem wenn dieser im Ermittlungsverfahren stattfindet, lässt sich nicht übersehen. Damit ergeben sich Probleme, die aus dem Bereich der Verständigung bekannt sind: Probleme bezüglich der Selbstbelastungsfreiheit und der Unschuldsvermutung.<sup>28</sup> In der Versöhnungs-Kompromiss-Kommunikation zwischen den Konfliktbeteiligten kommt es zu einer frühen Rollenzuweisung von Täter und Opfer.<sup>29</sup> Daher ist es wichtig, dass die beschuldigte Person mit der Rollenverteilung einverstanden ist.<sup>30</sup> Allein die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung aufgrund der Beweislage sollte nicht die Rollenzuweisung des Täters rechtfertigen.<sup>31</sup>

Neben diesem kompromisshaften Versöhnungsansatz, der im TOA und in anderen Formen der Schadenswiedergutmachung zum Ausdruck kommt, lässt sich noch ein weiteres Verständnis von Versöhnung beobachten. Dieses ist besonders im Kontext von Transitional-Justice-Prozessen ausgearbeitet.<sup>32</sup> Mit dem Begriff Transitional Justice werden juristische sowie politische Aufarbeitungsprozesse von begangenen Unrecht und Menschenrechtsverletzungen innerhalb von makrokriminellen Kontexten (Diktaturen, Bürgerkriege) gemeint.<sup>33</sup> Transitional-Justice-Prozesse zielen auf eine kollektive Vergangenheitsbewältigung durch Versöhnung auf Gruppenebene ab.<sup>34</sup> Versöhnung soll hier nicht allein durch Strategien der Wiedergutmachung, sondern durch psychologisch konnotierte Heilungsprozesse erreicht werden.<sup>35</sup> Es wird angenommen, dass die Offenlegung von Wahrheit seitens des Täters sowie die Möglichkeit über das eigene Leid in der Öffentlichkeit zu berichten, Opfern hilft, die Unrechtserfahrungen hinter sich zu lassen.<sup>36</sup> So soll gesellschaftliche

---

<sup>27</sup> So Simmel über die Versöhnung, *Simmel* (Fn. 1), S. 376.

<sup>28</sup> Dazu *Hommel* *Freilaw* 2020, 37, 39.

<sup>29</sup> S. *Kaspar* (Fn. 26), S. 7, 9; *Meier* (Fn. 21), S. 419 f.

<sup>30</sup> *Meier* (Fn. 21), S. 420.

<sup>31</sup> *Meier* (Fn. 21), S. 420.

<sup>32</sup> *Ottendörfer* (Fn. 15), S. 67.

<sup>33</sup> *Mihr/G. Pickel/S. Pickel* in *Mihr/G. Pickel/S. Pickel* (Hrsg.), *Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung vom Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*, 2018, 3.

<sup>34</sup> *Ottendörfer* (Fn. 15), S. 66.

<sup>35</sup> *Ottendörfer* (Fn. 15), S. 67.

<sup>36</sup> *Ottendörfer* (Fn. 15), S. 67.

Versöhnung gefördert werden. Es handelt sich hier um einen opferzentrierten Ansatz von Versöhnung, der an psychologische Trauma-Bewältigungskonzepte anknüpft. In der kompromisshaften Versöhnungsausrichtung von TOA sind Elemente dieses Ansatzes stark vertreten. In der Situation des TOA soll dem Opfer ermöglicht werden, über seine Belastungen, Sorgen, Ängste zu sprechen, um sie abzubauen.<sup>37</sup> Noch deutlicher als im TOA kommt das psychologisch konnotierte Versöhnungskonzept der Transitional Justice in Formen von restaurativer Gerechtigkeit, wie den Peacemaking bzw. Sharing Circles oder den Gemeinschaftskonferenzen, zum Ausdruck.<sup>38</sup> Kreise und Gemeinschaften bilden hier einen Ausschnitt der Öffentlichkeit, in dem Konflikte ausgetragen werden und Opferleid kommuniziert wird. Das Leid des Opfers wird öffentlich anerkannt, dies fungiert als Bedingung der Versöhnung.

Fasst man das bisher Gesagte zusammen, lässt sich feststellen: Praktiken von restaurativer Gerechtigkeit stellen auf Kompromiss und Heilung ab. Daher überrascht es nicht, dass in der Literatur folgende drei Fragen als zentrale Aspekte von Restorative Justice genannt werden: „Wer wurde verletzt?“, „Was benötigen diese Menschen?“ und „Wessen Verpflichtung und Verantwortung ist das?“.<sup>39</sup> Dies soll ein Paradigmenwechsel im Hinblick auf die Vergeltungsfunktion der Strafe sein.<sup>40</sup> Dort stellen sich drei andere Fragen: „Welche Gesetze wurden übertreten?“, „Wer hat es getan?“ und „Was verdienen sie [welche Sanktionen]?“.<sup>41</sup> Diese Fragen folgen, so die verbreitete Auffassung, anders als die restaurative Gerechtigkeit, der Vergeltungslogik.<sup>42</sup> Ob allerdings zwischen einer nicht vergeltenden (nicht schmerzzufügenden) restaurativen Gerechtigkeit und einer vergeltenden (schmerzzufügenden) Strafe so eindeutig abgegrenzt werden kann, lässt sich hinterfragen.

Sind die Aussetzung des vermeintlichen Täters gegenüber einem Kollektiv (Friedenskreis oder einer erweiterten TOA-Konstellation) und die Erwartung von Verantwortungsübernahme nicht eine Art Schmerzzufügung, die mit Schamgefühlen und Beschämungsmomenten verbunden

---

<sup>37</sup> S. etwa *Meier* (Fn. 21), S. 412.

<sup>38</sup> Zu den Gemeinschaftskonferenzen und den Circles s. etwa *Malzahn*, *Restorative Justice. Eine radikale Vision*, 2022, S. 63 ff.

<sup>39</sup> *Zehr*, *Fairsöhnt. Restaurative Gerechtigkeit. Wie Opfer und Täter heil werden können*, 2010, S. 80; s. auch *Hagemann/Magiera* (Fn. 8), S. 63.

<sup>40</sup> *Hagemann/Magiera* (Fn. 8), S. 63; vgl. *Zehr* (Fn. 39), S. 75 ff.

<sup>41</sup> *Zehr* (Fn. 39), S. 80; *Hagemann/Magiera* (Fn. 8), S. 63.

<sup>42</sup> *Hagemann/Magiera* (Fn. 8), S. 63.

ist? Das „Shaming“ (vorausgesetzt, es wird hierbei die Würde des Beschuldigten geachtet, was in einer Gruppensituation ein besonders schwieriges Unterfangen ist) kann möglicherweise den Täter zur Einsicht in das begangene Unrecht bewegen (re-integrative shaming).<sup>43</sup> Gleichwohl ist die Schmerzzufügung hierbei kaum zu übersehen. Gerade in der Konstellation der restaurativen Gerechtigkeit zeigt sich, worin die eigentliche Schmerzzufügung einer Strafe bestehen kann: In dem sozialetischen Unwerturteil selbst. Es ist auch kein Zufall, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht als ein milderes Sanktionssystem als das Strafsystem wahrgenommen wird, auch wenn Geldbußen hoch ausfallen können. Setzt man sich daher für den Verzicht auf Strafschmerz ein und fordert nach Alternativen zur Strafe, sollte man sich nicht allein auf die Inhaftierung im Rahmen einer Freiheitsstrafe oder auf die Vermögenseinbuße bei einer Geldstrafe fokussieren. Das Shaming-Moment ist Teil des zugefügten Strafschmerzes. Vor diesem Hintergrund ist das Versöhnungskonzept der restaurativen Gerechtigkeit keine echte Alternative zur Strafe, wie oft vertreten wird, sondern eine Strafvariante. Findet diese Strafvariante nicht unter Bedingungen statt, die die Würde der beschuldigten Person schützen, kann eine desintegrative und stigmatisierte Wirkung entfaltet werden, die mit derjenigen der herkömmlichen Strafe vergleichbar ist.<sup>44</sup>

Kommen wir nun auf die oben aufgeworfene erste Frage zurück: Geht es bei der restaurativen Gerechtigkeit tatsächlich um reine Versöhnung oder sind nicht vielmehr Elemente des Kompromisses oder sogar des Sieges und der Niederlage aufzuspüren? Nach den obenstehenden Ausführungen dürfte die hiesige Antwort bereits deutlich geworden sein: Im Konzept der restaurativen Gerechtigkeit lässt sich die Unterscheidung von Sieg/Niederlage, Kompromiss und Versöhnung als Streitbeendigungsmodi nicht aufrechterhalten. Restorative Justice nimmt alle drei Arten in sich auf und lässt sich als eine Strafvariante mit kompromisshaft-versöhnendem Charakter definieren.

---

<sup>43</sup> *Malzahn* (Fn. 38), S. 34 f.

<sup>44</sup> Vgl. *Malzahn* (Fn. 38), S. 34 f. Vgl. zu diesem Problem auch die in der Strafrechtsphilosophie diskutierte Frage, ob sich mit dem von Klaus Günther und anderen vertretenen Konzept einer Entkopplung des Schuldspruchs von der Übelszufügung das Problem des Strafschmerzes lösen lässt, s. dazu *Zabel*, Kritik der strafenden Vernunft, 2025, S. 297 ff., der sich mit Miranda Frickers performativer Analyse moralischer Beschuldigungspraktiken auseinandersetzt, die auf die Schmerzkomponente im Schuldvorwurf hinweist.

### C. Was macht die Restorative Justice anders als das herkömmliche Bestrafungssystem?

Nachdem wir zunächst das Konzept definiert haben, wenden wir uns nun der in der Einleitung aufgeworfenen zweiten Frage zu: Was spricht für den Einsatz von Restorative Justice als eigenständige Reaktion auf Gesetzesübertretungen im Strafjustizsystem? Was leistet das Konzept anderes als die herkömmliche Strafe? Die Antwort auf diese Frage lässt sich erst gewinnen, wenn man weniger opferzentriert denkt und die „restaurative Brille“<sup>45</sup> stärker auf die Konfliktpartei „Täter bzw. Beschuldigte“ richtet. Der Ertrag des restaurativen Ansatzes mit Blick auf den Täter ist dann mit demjenigen der herkömmlichen strafenden Gerechtigkeit zu vergleichen. Sowohl die restaurative als auch die herkömmliche strafende Gerechtigkeit gehen, wie gezeigt wurde, von derselben Prämisse aus, dass der Täter/die Täterin etwas schuldet, etwas auszugleichen hat.<sup>46</sup> Beide Ansätze zielen darauf, dass der Täter Verantwortung für den errichteten Schaden übernimmt und Reue zeigt.

Was allerdings die Strafe betrifft, wird nicht selten angezweifelt, ob sie diesen Erwartungen gerecht wird, ob sie beim Täter Reue und Gefühle der Schuld tatsächlich erwecken kann. Eine der jüngeren Kritiken stammt aus dem Bereich der kritischen Soziologie. Geoffroys de Lagasnerie argumentiert in seinem Buch „Verurteilen“, dass, wenn der Staat auf Gesetzesverletzungen durch Gewaltakte reagiert, die den Handlungen des Straftäters in ihrer Gewaltförmigkeit ähnlich sind, dies eher Verhärtung als Reue beim Straftäter hervorruft.<sup>47</sup> Lagasnerie bezieht sich hierbei auf Nietzsches bekannte Strafkritik in der Genealogie der Moral:

„Die Strafe soll den Werth haben, das Gefühl der Schuld im Schuldigen aufzuwecken, man sucht in ihr das eigentliche instrumentum jener seelischen Reaktion, welche „schlechtes Gewissen“, „Gewissenbiss“ genannt wird. [...] Denken wir aber gar an jene Jahrtausende vor der Geschichte des Menschen, so darf man unbedenklich urtheilen, dass gerade durch die Strafe die Entwicklung des Schuldgefühls am kräftigsten *aufgehalten* worden ist [...]. Unterschätzen wir nämlich nicht inwiefern der Verbrecher gerade durch den Anblick der gerichtlichen vollziehenden Prozeduren selbst verhindert wird, seine That, die Art seiner Handlung, *an sich* als verwerflich zu empfinden: denn er sieht genau die gleiche Art von Handlungen im Dienst der

---

<sup>45</sup> Zehr (Fn. 39), S. 44.

<sup>46</sup> So Zehr (Fn. 39), S. 76.

<sup>47</sup> Lagasnerie (Fn. 9), S. 81.

Gerechtigkeit verübt und dann gut geheissen, mit gutem Gewissen verübt; also Spionage, Überlistung, Bestechung, Fallenstellen, die ganze knifflische und durchtriebene Polizisten- und Anklägerkunst, sodann das grundsätzliche, selbst nicht durch den Affekt entschuldigte Berauben, Überwältigen, Beschimpfen, Gefangennehmen, Foltern, Morden, wie es in den verschiedenen Arten der Strafe sich ausprägt, - Alles somit von seinen Richtern keineswegs *an sich* verworfene und verurteilte Handlungen, sondern nur in einer gewissen Hinsicht und Nutzenanwendung. Das „schlechte Gewissen“, diese unheimlichste und interessanteste Pflanze unsrer irdischen Vegetation, ist nicht auf diesem Boden gewachsen.“<sup>48</sup>

Lagasnerie macht sich Nietzsches Kritik zu eigen und sieht, wie dieser, einen „Antagonismus zwischen der Logik der Bestrafung und der Logik der Reue [...]“.<sup>49</sup>

Lagasnerie sucht daher nach Arten der Überwindung der Bestrafungslogik, die das Gegenteil von Reue hervorbringen. Die Lösung sieht er darin, den Rechtskonflikt „in einem nichtindividualisierenden Rahmen zu denken“.<sup>50</sup> Das Strafsystem ist ein System der individualisierten Verantwortlichkeit, der Individualhaftung.<sup>51</sup> Es geht immer darum, schuldige Subjekte zu finden.<sup>52</sup> Werden die individuellen Akteure genannt, werden Kollektive von der Verantwortungszuschreibung entlastet.<sup>53</sup>

„Das soziologische Denken schlägt [...] eine andere Sichtweise der ‚Verantwortlichkeit‘ vor“<sup>54</sup>

meint Lagasnerie. Die „andere Sichtweise“ sei eine kollektive, d.h. die wechselseitige Verstricktheit in der Gesellschaft wird wahrgenommen.<sup>55</sup> Aus der wechselseitigen Verstricktheit ergibt sich, gibt Lagasnerie zu, „ein[e] nahezu unbegrenzte Verantwortlichkeit“ aller.<sup>56</sup> Das Individualisierungskonzept der Strafe ermöglicht es, die Zurechnungskette abzubauen. Für Lagasnerie geht es aber hier über den Zurechnungsabbruch hinaus vor allem darum,

---

<sup>48</sup> Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral*, 2019, S. 73; zit. auch bei *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 80 ff.

<sup>49</sup> Nietzsche (Fn. 48), S. 74; *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 80 ff.

<sup>50</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 106. Zu Lagasneries Dekonstruktion individualisierender Zurechnung s. *Zabel* (Fn. 44), S. 239 ff.

<sup>51</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 107 ff., 114 f.

<sup>52</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 118 f.

<sup>53</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 119.

<sup>54</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 124.

<sup>55</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 118.

<sup>56</sup> *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 118.

„nicht alle anderen zu bestrafen. Es geht darum, jedem von uns die Möglichkeit einzuräumen, sich nicht für das verantwortlich zu fühlen, was in der Welt geschieht.“<sup>57</sup>

Erst die kollektive Wahrnehmung eines strafrechtlich relevanten Geschehens ermöglicht es, auch kollektive Verantwortung zu empfinden und zu übernehmen.

Fühlt sich die Gemeinschaft mitverantwortlich für die Tat des Einzelnen, kann dem Täter der Weg zur Reue erleichtert werden. Der Soziologe Howard Zehr berichtet darüber, dass Täter oft die Selbstwahrnehmung des Opfers haben.<sup>58</sup> Wenn dieses Empfinden, selbst Opfer zu sein, anerkannt wird, wenn ihre eigenen Verletzungen angesprochen werden, sind sie schneller bereit, Verantwortung für das dem Opfer zugefügte Leid zu übernehmen.<sup>59</sup> Dies kann und soll Restorative Justice leisten. Vor allem in solchen Formen der Restorative Justice, die die Gemeinschaft einbeziehen (immer vorausgesetzt, dass Bedingungen eines diskriminierungssensiblen und menschenwürdigen Umgangs mit den Betroffenen gewährleistet sind), kann der Rechtskonflikt, wie Lagasnerie vorschlägt, in einem nichtindividualisierenden Rahmen gedacht werden.<sup>60</sup> Sharing Circles und Conferencing bieten sich als solche Rahmen an. Diese gruppenzentrierten Ansätze gehen auf indigenes Erfahrungswissen bei der Entwicklung von Unterstützungsstrategien und Problemlösungen zurück und basieren auf einem Wir-Denken.<sup>61</sup> Sharing Circles und Conferencing signalisieren die Bereitschaft der Gemeinschaft ihre eigene Verstrickung in den Konflikt anzuerkennen und Verantwortung zu übernehmen.

„Das ‚schlechte Gewissen‘, diese unheimlichste und interessanteste Pflanze unsrer irdischen Vegetation“<sup>62</sup>

kann möglicherweise auf diesem Boden besser wachsen.

---

<sup>57</sup> Lagasnerie (Fn. 9), S. 119. In der Begründung seines Konzepts der Nichtverantwortlichkeit greift Lagasnerie auf Paul Fauconnet zurück, einem Schüler Durkheims, der in seiner Schrift *La Responsabilité* (1920) die Kontingenz und die Künstlichkeit von Verantwortungszuschreibungen hervorhebt, s. dazu Zabel (Fn. 44), S. 239 ff., 242 ff.

<sup>58</sup> Zehr (Fn. 39), S. 40.

<sup>59</sup> Zehr (Fn. 39), S. 40.

<sup>60</sup> Vgl. Malzahn (Fn. 38), S. 11.

<sup>61</sup> Straub in socialnet, Indigene Ansätze in der Sozialen Arbeit, abrufbar unter: <https://www.social-net.de/lexikon/Indigene-Ansaetze-in-der-Sozialen-Arbeit>, zuletzt abgerufen am 15.7.2025.

<sup>62</sup> Nietzsche (Fn. 48), S. 74.

## D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen: In soziologischer Hinsicht lassen sich drei Arten der Streitbeendigung unterscheiden: Sieg/Niederlage, Kompromiss und Versöhnung als reiner subjektiver Modus des Verzeihens. Diese soziologischen Kategorien, könnte man auf den ersten Blick meinen, korrespondieren jeweils mit den rechtlichen Instituten der Strafe, des Deals und der restaurativen Gerechtigkeit. Die Parallelität geht allerdings nicht ganz auf. Das Konzept der restaurativen Gerechtigkeit nimmt alle drei Arten in sich auf. Es wurde gezeigt, dass es sich hier eigentlich um eine Strafvariante mit kompromisshaft-versöhnendem Charakter handelt. Als wesentlicher Vorteil von restaurativer Gerechtigkeit gegenüber der herkömmlichen strafenden Gerechtigkeit wurde die ihr zugrunde liegende erweiterte Sichtweise auf „Verantwortlichkeit“ genannt. Man geht über das individualisierende Verständnis von Verantwortung hinaus und nimmt so kollektive Verantwortung wahr. Dem Konzept Restorative Justice liegt daher eine soziologische Sichtweise i.S. von Lagasnerie zugrunde.<sup>63</sup> Die soziologische Sichtweise erlaubt es, dass im Rahmen der restaurativen Gerechtigkeit die Gemeinschaft besser als bei der herkömmlichen strafenden Gerechtigkeit kommuniziert, dass sie Mitverantwortung nicht nur gegenüber dem Opfer, sondern auch gegenüber dem Täter trägt. Es ist daher zutreffend, wenn Zehr im Zusammenhang mit Praktiken von Restorative Justice Opfer und Täter als „fair-söhnt“<sup>64</sup> bezeichnet.

---

<sup>63</sup> S. *Lagasnerie* (Fn. 9), S. 127; vgl. *Mahlzahn* (Fn. 38), S. 11.

<sup>64</sup> So der Titel des Buches von *Zehr* (Fn. 39).

**Die triadische Mutterschaft**  
– Nicht „Leihe der“, sondern „Hilfe zur Mutterschaft“ –  
**Teil 2**

– Fortsetzung von Teil 1 ([NSW 2025, S. 129 ff.](#)) –

Liane Wörner, Konstanz\*

**ABSTRACT**

Die „Leihmutterschaft“ ist in Deutschland nach § 1 I Nr. 7 ESchG als „Ersatzmutterschaft“ strafbar. Das ist nicht weiter haltbar. Gerade hier, bei der Leihmutterschaft, wirken sich die derzeit noch weiträumig fehlende Koordination der Rechtsordnungen und die fehlende Kooperation zwischen den Staaten zu Lasten des Kindeswohls aus. Die Vorschriftenlagen reichen vom vollständigen Verbot bis zur regulierungsfreien Zulassung. Doch das Austragen eines Kindes durch eine andere Frau wird seit jeher praktiziert. Familie ist, wenn Eltern sich sozial für Kinder verantwortlich zeigen. Rechtliche Regelungen dürfen präventiv, auch mit Mitteln des Strafrechts, das Entstehen von Familienkonzepten unterbinden, die dem Schutz der Familie zuwiderlaufen. Für das Konzept des „Austragens eines Kindes durch eine andere Frau bzw. gebärfähige Person“, das bestätigt nun auch der Bericht der Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin (2024), ist ein solches strafbewehrtes Verbot nicht angezeigt. In zwei Teilen befasst sich der Beitrag mit dem Konzept sog. „Leihmutterschaft“, stellte zunächst die vom aktuellen Recht gewählte Konzeption grundlegend in Frage ([Teil 1](#)), um nun

---

\* Die Autorin ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz sowie dort auch Direktorin des Zentrums für Human | Data | Society. 2023/24 war sie wissenschaftliche Koordinatorin der Arbeitsgruppe 1 (Schwangerschaftsabbruch) der von der Bundesregierung eingesetzten Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin. Gegenstand dieses Beitrags ist ausschließlich die persönliche Sicht der Verfasserin. Kontakt: [liane.woerner@uni-konstanz.de](mailto:liane.woerner@uni-konstanz.de).

Die Autorin dankt Alexandra Windsberger, Anna Renda und Laila Haug für die Diskussionen in Konstanz zu diesem Papier.



anschließend zu erfragen, ob es einer Neugestaltung der strafrechtlichen Absicherung bedarf (Teil 2). Das wird verneint.

## Teil 2: Die triadische Mutterschaft, zulässig, nicht strafbar

Ist im Ergebnis der Untersuchung aus Teil 1 die Mutterschaft also viel weniger eine (vorübergehend, zeitlich begrenzte) nur in der Form des Tragens des Kindes (geliehene, gemietete), sondern gerade eine zusammen mit der nach der Geburt hinzutretenden sozialen Mutter *triadische Mutterschaft*, muss also noch gefragt werden, ob eine solche Vorstellung des Hinzutretens einer Mutter dem Kindeswohl insgesamt oder konkret widerspräche (A.) und ob die Konstruktion den aktuellen globalen Herausforderungen (B.) standhielte. Beides fortentwickelt, führt im Ergebnis (C.) dazu, dass es jedenfalls eines nicht bedarf: eines strafrechtlichen Verbots.

### A. Triadische Mutterschaft und Kindeswohl

In den aktuellen Entwicklungen familiärer Lebensverhältnisse – bei erkennbar zurückgehenden Heiratsneigungen, zunehmend nichtehelichen Partnerschaften, Single-Haushalten, in getrennten Wohnungen zusammenlebenden Paaren, Zwei-Karriere-Paaren, alternativen Wohngemeinschaften, bei sinkenden Geburtenzahlen, ansteigend kinderlosen Ehen, Stieffamilien, Adoptivfamilien und Patchworkfamilien – ist zwar einerseits eine erkennbare Steigerung von Diversitäten der Familiengestaltung deutlich erkennbar, aber dennoch nicht das „Ende der Familie“.<sup>1</sup> Während man sich also gewandelten Familienstrukturen und veränderten Wertekonzepten des Zusammenlebens sozial kaum verschließen kann<sup>2</sup> und seit geraumer Zeit Folgen für die Erziehung intensiv diskutiert werden,<sup>3</sup> hat dies nicht dazu geführt, dass Verantwortung für das Haben

<sup>1</sup> Aus theologischer Sicht etwa deutlich hierzu: *Schockenhoff*, Die Zukunft der Familie, 2014, S. 69 f., wonach jedenfalls 85 % der minderjährigen Kinder noch zusammen mit ihren eigenen Eltern aufwachsen.

<sup>2</sup> Siehe nur *Bünning* NZFam 2018, 304, 305, wonach das Vorhandensein von Kindern ein zentrales Kriterium für Familie bildet; *Konietzka/Kreyenfeld* NZFam 2015, 1100, 1101 ff. zum Hinzutreten neuer Lebensformen zur klassischen Kernfamilie im Wege soziokultureller Modernisierung; Begrifflich: *Münch*, Familienrecht, 4. Aufl. 2023, § 11 Rn. 1, 2; *Allmendinger/Wetzel* NZFam 2018, 308, 309, 311 mit Betonung der Familie und Entscheidungen iSv Eltern und Kindern; siehe auch die kommentierten Ergebnisse einer Befragung (2012), durchgeführt von *Allmendinger/Haarbrücker*, WZB Discussion Paper No. P 2013-002; bereits *Maihofer/Böhnisch/Wolf*, Wandel der Familie, 2001; *Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling* (Hrsg.), Familien mit multipler Elternschaft, 2017.

<sup>3</sup> Siehe nur *Entleitner-Phleps/Walper* Z Erziehungswiss 23 (2020), 323, 325 ff. mwN; *Gabriel/Keller* Z Erziehungswiss 23 (2020), 295, 299 ff.

und für das Erziehen von Kindern zunehmend allein – im Single-Haushalt-Kontext – beobachtet würde; ganz im Gegenteil: Kindschaftsverhältnisse sind heute durch das „Phänomen multipler Elternschaft bestimmt“.<sup>4</sup>

Wenn nun aber mit neuen Formen des Zusammenlebens in Partnerschaftsneugründungen, Patchwork- und Adoptivfamilien, Zwei-Karriere-Paaren oder auch in getrennten Wohnungen zusammenlebenden Paaren gehäuft multiple Elternschaften auftreten, ohne dass dies dem Kindeswohl von vornherein widerspräche oder schade und ohne dass wir die Verantwortung für Kinder hier absprechen würden, so drängt die Frage: Mit welcher Begründung soll das Austragen eines Kindes durch *eine* Frau, während eine *andere* Frau oder Mann mit Partner:in die Elternverantwortung übernehmen möchten, von vornherein ein dem Kindeswohl widersprechendes Handeln sein?<sup>5</sup>

Als dem Kindeswohl entgegenstehende Gefahren werden insbesondere aufgeführt, dass das Auseinanderfallen von biologischer und sozialer Mutter die Identitätsfindung des Kindes erheblich erschwere und psychische Konflikte für alle Beteiligten schaffe.<sup>6</sup> Allein die gebärende Mutter entwickle zu dem Kind während der Schwangerschaft und unmittelbar nach der Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung; das sei Ziel der Schwangerschaft und mit „geliehener“ Mutterschaft nicht erreichbar.<sup>7</sup> Das Zulassen der vorab bestellten, gar vertraglich geregelten,

---

<sup>4</sup> Schon *Schockenhoff* selbst, *Die Zukunft der Familie*, 2014, S. 71 mwN. Siehe auch *Bünning* NZFam 2018, 304, 305.

<sup>5</sup> Vorgetragen wird freilich auch, dass eine Zulassung anderer Mutterschaftsformen auch die Gefährdung der Frau, die das Kind austrägt, bedeuten würde und deshalb jener Zulassung entgegenstünde. Sie müsse vor dem bevorstehenden eigenen seelischen Schaden bewahrt, Angebote nur aus finanzieller Not von vornherein unterbunden und damit ein Schutz vor einer Instrumentalisierung (siehe weichen Paternalismus) installiert werden, siehe nur *Knoepffler/Münch* in Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 235 ff., 238; Deutscher Ethikrat, *Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein?*, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-leihmutterschaft.pdf> (3.7.2025); für die Schweiz und letztlich auch die Kindesrechte für vordringlich haltend: *Hausammann/Quenon* SKMR Nr. 25 (2015), S. 3.

In der dahingehenden Diskussion wird freilich übersehen, dass sich jener weich paternalistische Schutz nicht mit arbeitsrechtlichen Schutzregelungen auf eine Stufe stellen lässt oder jedenfalls nur dann, wenn die Schutzmaßnahmen dann etwa auch positivrechtlich regelnd jenen des Arbeitsschutzrechts ähneln würden, nicht aber die Durchführung insgesamt bei Strafe verbieten. Das vollständige, strafbewehrte Verbot geht darüber weit hinaus. Die darin gerade liegende Instrumentalisierung der Frau ist ein wesentlicher, jedoch an anderer Stelle zu vertiefender Gedanke.

<sup>6</sup> *Schramm* in Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 68.; dies nicht bestätigend Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin (KOMrSF), Abschlussbericht, Teil 2, Kap. 1.4.1.3., S. 411 ff., Kap. 2.1.2.1.3.1., S. 445 f.

<sup>7</sup> Diese Begründung trägt maßgeblich § 1591 BGB (1998), BT-Drs. 13/8511, S. 69 (re.Sp.). Sie wird ebenso in vielen Rechtsordnungen als tragend angeführt, siehe rechtsvergleichend *Gruenbaum* *American Journal of Comparative Law* 60 (2012), 475, 476 ff. sowie 486 f. zu den USA.

Austragung eines Kindes gehe zugleich mit seiner Objektivierung einher.<sup>8</sup> Kindeswohlschützende Adoptionsvorschriften würden umgangen.<sup>9</sup> Weil zudem eine Schwangerschaft mit gesundheitlichen Risiken für die austragende Mutter einhergehe, sei eine Herbeiführung derselben, im Wege künstlicher Befruchtung, im Wissen um alle Risiken, nicht zu verantworten.<sup>10</sup> Das Gebären eines Kindes gilt damit im deutschen Recht bis heute als nicht vertretungsfähiger, höchstpersönlicher Vorgang mit der unabwendbaren Folge einer Mutterschaft.<sup>11</sup>

Was bleibt tatsächlich, wenn man jene Gefahren entblättert? Droht mit Thomale die „totale Vermarktung“<sup>12</sup>? Wohl kaum. Vielmehr erscheinen die erkennbaren Gefahren der Kapitalisierung des Uterus<sup>13</sup> bis hin zu einer Leihmutterindustrie<sup>14</sup> (nach Thomale) nach allein utilitaristischer Logik<sup>15</sup>, teils als Argumentationen mit zu verhindernden Dammbrochen<sup>16</sup>, teils als auflösbare bzw. regelbare<sup>17</sup>, damit auch steuerbare Szenarien. Genau besehen, handelt es sich eher um deontologische Narrative, weil die Folgenbewertung der Leihmutterschaft (utilitaristisch) nicht allein negativ ausfällt. So mag man gerne bezweifeln wollen, dass

---

<sup>8</sup> Deutlich *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11–14; zur Argumentation auch: *Hausmann/Quenon* SKMR Nr. 25 (2015), S. 3 f.; Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, Einleitung, 18; *Wapler* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 118, 123. Siehe nun auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.3.1., S. 446, Kap. 2.1.2.3.2.2., S. 458 ff.

<sup>9</sup> *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 17; auch *Koch* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 153 ff., 156 f. Insbesondere auch zum deshalb bestehenden dringenden Regelungsbedürfnis *Reinhardt*, Rechtliche Grundlagen des Adoptionswesens, 2017, S. 55 ff.

<sup>10</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 15. § 1591 BGB diene idS gerade auch zur Verhinderung von sog. Leihmutterschaften, weil damit die Wunschmutter nicht Mutter werden kann, BT-Drs. 13/8511, S. 69; idS auch OLG Stuttgart FamRZ 2012, 1740 f.; vgl. auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 1.4.1.1., S. 408 ff., Kap. 1.4.2., S. 413 ff.; rechtsvergleichend *Gruenbaum* American Journal of Comparative Law 60 (2012), 475, 478 f.

<sup>11</sup> So eindeutig das Gesetz in § 1591 BGB, § 1 I Nr. 7 ESchG, § 13c AdVerMiG; zustimmend *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 2; kritisch a.A. wie hier *Wellenhofer*, in Münchener Kommentar BGB, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1591 Rn. 21 f., s.a. Rn. 10 f.; jedenfalls Umgangsrechte einfordernd, so über § 1686a BGB analog (ebd. Rn. 23); für eine Anwendung von § 1686a BGB analog für die Eizellspendlerin und aus Gründen des Art. 3 GG *Löhnig* FamRZ 2015, 806, 807.

<sup>12</sup> *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11 mit Fn. 35.; zu diesem grds. bestehenden Problem auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 1.4.4., S. 425, Kap. 2.1.2.1.2.3., S. 444, Kap. 2.1.2.3.4.2., S. 462 f., Kap. 2.2.3.2., S. 479 f.

<sup>13</sup> Insoweit kritisch mit der Aufforderung zur Debatte und Entwicklung gerade auch erforderlicher feministischer Ansätze, siehe nur *E. Neumann* GiD 243 (2017), 29 ff. mwN.

<sup>14</sup> So *Schewtschuk*, Ukraine: Leihmutter-Industrie bringt Land in Verruf, sagt Großerzbischof, Vatican News v. 26.6.2020, <https://www.vaticannews.va/de/welt/news/2020-06/ukraine-leihmutterschaft-schewtschuk-video-skandal-kirche-bischo.html> (3.7.2025); vgl. auch *Apitzsch* Feministische Studien 2016, 341.

<sup>15</sup> *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11 f.

<sup>16</sup> Zu Recht kritisch *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021, schon S. 13 ff.

<sup>17</sup> Statt vieler siehe nur *Benicke* StAZ 2013, 101, 111; ausführend *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021.

es Frauen gibt, die aus eigenverantwortlicher, freier Entscheidung „ihren Uterus vermieten“<sup>18</sup>, allein als Grundlage für ein strafbewehrtes, umfassendes Verbot in einem freien, inklusiven Diskurs genügt dies nicht. Vielmehr ist festzuhalten, dass sich die Ausbeutung Einzelner und damit einhergehende Gefahren kaum mit strafbewehrten, umfassenden Verboten bekämpfen lassen. Es bedarf dazu vielmehr rechtlicher Gleichstellung der Ausgebeuteten.<sup>19</sup> Schlicht nicht nachweislich ist, dass sich körperliche und psychosoziale Verbindungen während der Schwangerschaft nicht aufbauen ließen; hier werden die Umstände des Schwangergehens in der Diskussion zu wenig beachtet.<sup>20</sup> Diskurse nicht empirischer, sogenannter reflektierter Plausibilitätsbetrachtung, die in Formen der triadischen Mutterschaft allein Not, Armut und Zwang zur „Selbstveräußerung“ sehen,<sup>21</sup> sind letztlich selbst (ergebnisorientiert) mit „Voreinstellungen“ belastet.<sup>22</sup> Schließlich verletzt alleine der Umstand der Durchführung einer sog. „Leihmutterschaft“, besser triadischen Mutterschaft, die Menschenwürde der Schwangeren, die gebärt,<sup>23</sup> und erst recht jene des Kindes, das ohne die Schwangerschaft nicht geboren wäre,<sup>24</sup> nicht. Verletzungen der Rechte sind vielmehr erst durch die Art und Weise der

---

<sup>18</sup> So *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, eingangs S. 10, allerdings ohne, dass er hierfür Nachweise oder mit dieser Aussage jedenfalls zu erwartende empirische Befunde liefern würde. Vorsichtig anzumerken ist, dass diese Aussage selbst schon nur vor dem Hintergrund einer nicht wertfreien Grundeinstellung plausibel klingen mag.

<sup>19</sup> Wenn der teils angeführte Vergleich mit dem Verbot der Prostitution an einer Stelle passend geführt werden kann, dann hier (*Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 11, argumentiert freilich gegen Sexdienstleisterinnen ebenso wie gegen „Gebärdienstleisterinnen“, ohne die darin schon begrifflich verankerte Degradierung zu bemerken). So hat das umfassende strafbewehrte Verbot der Prostitution, die Prostitution selbst nur insgesamt in den Bereich der Illegalität verdrängt, die Prostituierten (idR Frauen) entrechtlicht und ihnen Krankenversicherungsschutz und Einkommenschutz verwehrt. Erst mittels Legalisierung ließ sich der Ausbeutung entgegenzutreten. Übertragen auf die hiesige Grundkonstellation bedeutet dies, dass sich der Ausbeutung von austragenden Müttern durch deren umfassenden rechtlichen und statusmäßigen Schutz entgegenzutreten ließe, ergänzt um den rechtlichen Schutz auch der sozialen (genetischen) Mutter. Ganz in diesem Sinne fordert *Majer* NJW 2018, 2294, 2297 f. eine vertraglich gerade ähnliche Gestaltung – einschließlich einer entsprechenden Entlohnung – auch für die gebärende Mutter.

<sup>20</sup> Es geht hier weniger um einen ein- und wieder abzustellenden Zustand, als um einen Prozess des Veränderns, Werdens und Wachsens, den jede Frau individuell anders und jeweils mit dem Kind erlebt, betont u.a. von *B. Duden* in *Duden/Schlumbohm/Veit* (Hrsg.), *Geschichte des Ungeborenen*, 2002, 11, 12, 45 ff.

<sup>21</sup> Bestimmte Entscheidungen von Marktteilnehmern sind deshalb nie freiwillig, vgl. nur *Sandel*, *Gerechtigkeit*, 2013, Kap. 4, S. 107, 129, 139-143.

<sup>22</sup> Damit wird nicht ignoriert, dass das Angebot einer Mutterschaft mit finanzieller Not einhergehen kann, dazu etwa *Rothman*, *Recreating Motherhood*, 1989, S. 237. Dass beides nicht zwangsweise verbunden sein muss, zeigt aber etwa *Peng* *Journal of Gender, Social Policy & Law* 3/21 (2013), 555 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Starck*, Gutachten A für den 46. Deutschen Juristentag 1986, 41 f., 56 f. So auch BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 Rn. 49.

<sup>24</sup> Vgl. *Coester-Waltjen*, Gutachten B für den 46. Deutschen Juristentag 1986, 46 sowie BGH ebd. (Fn. 23); zustimmend BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 Rn. 49.

Durchführung und sie begleitender Umstände möglich. Sie können aus einem mangelnden rechtlichen Schutz der austragenden Mutter und des von ihr zu gebärenden Kindes folgen.<sup>25</sup> Darin sind die Beeinträchtigung des Kindeswohls bei der Geburt eines Kindes, ohne dass dessen personenrechtlicher Status samt seiner Elternschaft rechtlich geklärt sind, ebenso Fakt,<sup>26</sup> wie der Eingriff in die Rechte der Frau, wenn ihr das Austragen eines Kindes (gebärende Schwangere) von vornherein<sup>27</sup> oder/und wenn Lebenspartnern die gewünschte elterliche Verantwortung – sei es eine soziale oder iVm einer Eizellspende eine genetische – gegenüber dem (genetischen) Vater, der seine Vaterschaft über § 1592 BGB anerkennen kann, versagt wird.<sup>28</sup> In seiner freilich umstrittenen, wenn auch zu meist begrüßten Entscheidung hat der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs deshalb in der Zuweisung der Elternstellung an die Wunscheltern bei genetischer Verwandtschaft eines Wunschelternteils mit dem Kind keinen *ordre public*-Verstoß erkennen können, sondern vielmehr allein in der Zuweisung eine Grundrechtewahrung erblickt.<sup>29</sup> Insbesondere hat das Kind aus Art. 2 I iVm Art. 6 II GG und aus Art. 8 I EMRK ein Recht auf rechtliche Zuordnung, das im Sinne des Kindeswohls eine Zuordnung zu beiden Eltern einschließt.<sup>30</sup> Zu diesem Kindeswohl, darin ist dem BGH ausdrücklich zuzustimmen, „gehört die verlässliche rechtliche

---

<sup>25</sup> BVerfG Beschluss v. 22.8.2012 – 1 BvR 573/12 = NJW-RR 2013, 1, 2 mit Rn. 15. Zur Eintragung einer Lebenspartnerin in die Geburtsurkunde des von der anderen Partnerin während der Partnerschaft geborenen Kindes ohne vorherige Adoption vgl. auch BVerfG Beschluss v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 = NJW 2011, 988. Zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner BVerfG, Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847. Allein die Individualität der Prüfung der Lebensumstände im Einzelnen verdeutlicht das Erfordernis einer grundlegenden Ordnungsregelung durch den Gesetzgeber.

<sup>26</sup> Deutlich BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 482 ff. Rn. 46, 56, 58.

<sup>27</sup> BVerfG Beschluss v. 22.8.2012 – 1 BvR 573/12 = NJW-RR 2013, 1; s.a. BGH, Beschluss v. 26.8.2009 – XII ZB 169/07 (OLG Köln) = NJW 2009, 3306.

<sup>28</sup> Darin liegt insbesondere ein Verstoß gegen Art. 3 II GG.

<sup>29</sup> BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479 (insbesondere Rn. 30-43 ausführend; Rn. 45 f. zum Zurücktreten des Widerspruchs mit der grundlegenden Regelung des § 1591 BGB nach deutschem Recht).

<sup>30</sup> Ebenso BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 mit Rn. 54-56; EGMR Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96. Da im deutschen Recht der Grundrechtsschutz des sog. Familiengrundrechts in Art. 6 I GG den Bestand rechtlicher Verwandtschaft nicht voraussetzt, sondern auf den Schutz der spezifisch psychologischen und sozialen Funktion familiärer Bindungen zielt, schließt der Schutz auch Familiengemeinschaften im weiteren Sinne ein, die als „soziale Familien“ vom Bestehen rechtlicher Elternschaft unabhängig sind. Zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner (insoweit auch zur Verletzung von Art. 3 I GG) vgl. nur BVerfG Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847, 850 mwN gerade auch aus der weiteren Rspr. des BVerfG.

Zuordnung zu den Eltern als den Personen, die für sein Wohl und Wehe kontinuierlich Verantwortung übernehmen“.<sup>31</sup>

Die Gefahr ist damit letztlich darauf reduziert, dass mittels einer triadischen Mutterschaft ein reguläres Adoptionsverfahren – nach der Geburt – umgangen und dessen Prüf- und Schutzvorschriften zum Wohl des Kindes ausgeschaltet würden.<sup>32</sup> Jene Gefahr verbleibt freilich bereits dann vergleichsweise gering, wenn ein Elternteil, der Vater (denn ihm ist dies rechtlich möglich, § 1592 BGB), vor der Geburt die Vaterschaft anerkennt und die Annahme durch den Partner den vereinfachten Prüfvorschriften der Stiefkindadoption unterliegt.<sup>33</sup> Dennoch geht mit dem Verweis auf die Adoptionsregelungen iVm der individuellen Prüfung des Kindeswohls die Gefahr einher, dass die Wunscheltern selbst das Kind nicht adoptieren können, sondern es anderen zugesprochen wird.<sup>34</sup> Die Besonderheiten des Verfahrens der triadischen Mutterschaft nimmt das herkömmliche Adoptionsverfahren also nicht (jedenfalls nicht vollständig) auf. Das Fehlen von spezifischen Adoptions- bzw. Annahmeregeln vor der Geburt birgt somit letztlich die Gefahr der rechtlichen Nichtregelung von Kindschaftsverhältnissen. Es lässt sich durch zivilrechtliche Regelungen beheben, die dem Kindeswohl entsprechen und dessen Prüfung zulassen. Eines strafbewehrten Verbots bedarf es insoweit nicht; vielmehr entspräche der Gesetzgeber mit positivrechtlichen Annahmeregeln vor der Geburt gerade seiner Schutzpflicht aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 484 mit Rn. 57 und Verweisen auf BVerfG NJW 2013, 847 (s.o.); EGMR Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96; EGMR FamRZ 2007, 1529, 1530 = BeckRS 2007, 31615.

<sup>32</sup> Dazu: AG Berlin-Schöneberg, Beschluss v. 25.10.2012 – 70 III 70/12; ebenso, jedoch im Detail differenzierend, Engel ZEuP 2014, 538, 559; s.a. Benicke StAZ 2013, 101, 111, der wegen des Verweises auf das Adoptionsrecht ebenfalls dringend eine neue gesetzliche Regelung anmahnt.

<sup>33</sup> Ebenso BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 mit Rn. 56: Die Anerkennung ließe sich letztlich nur mit der Begründung versagen, nicht eine neuerliche Umgehung des inländischen Verbots der Ersatzmutterchaft nachträglich zu legalisieren. Steht das Kindeswohl im Zentrum, so kann aber das Kind nicht für von ihm nicht verantwortete Umstände seiner Entstehung zur Verantwortung gezogen werden, s.a. Sturm in Baur/Sandrock/Scholtka/Shapira (Hrsg.), FS Gunther Kühne, 2009, 919, 931 f.; Dethloff JZ 2014, 922, 931.

<sup>34</sup> Auch gesehen von BGH Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 483 mit Rn. 52, 56; zu Recht krit. auch Benicke StAZ 2013, 101 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur BVerfG Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847 = FamRZ 2013, 521 Rn. 44 f.; EGMR Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96; vgl. auch EGMR FamRZ 2007, 1529, 1530 = BeckRS 2007, 31615. Zu Recht Regelungen fordernd: siehe schon § 8 AME-FoMedG, dazu in der Begründung ab S. 37 („nicht mehr zeitgemäß“); analysierend kritisch zu Recht auch Dorneck, Das Recht der Reproduktionsmedizin, 2018, S. 335; A. Esser, Leihmutterchaft, 2021, mit einem Gesetzentwurf (Vorschlag) ab S. 282 ff.; Benicke StAZ 2013, 101 ff., 111.

## B. Aktuelle Herausforderungen in der globalisierenden Welt

Etwas anderes könnte jedoch noch daraus folgen, dass vor dem Hintergrund eines sich ausbreitenden transnationalen Fortpflanzungstourismus<sup>36</sup> und ohne, dass sich eine Verständigung über gemeinsame Mindeststandards abzeichnete,<sup>37</sup> allein ein strafbewehrtes Verbot des Schwangerschens für andere (weitere) Eltern die Nichtdurchführung auch im Ausland aufgrund mit ihr einhergehender Nichtanerkennung im Inland sicherstellte. Schon Coester-Waltjen hat ausgeführt, dass das Gegenteil der Fall ist: So habe vielmehr gerade das nationale Verbot der Leihmutterschaft „fatale Folgen: Es fördert den Fortpflanzungstourismus, unterbindet durch die Strafbarkeit der Beihilfe eine vernünftige Beratung und liefert die geborenen Kinder einem ungewissen Schicksal aus. In einer globalen Gesellschaft ist dieser Problematik nur angemessen beizukommen, wenn man innerstaatlich legitimen Bedürfnissen Raum gibt und dazu beiträgt, auf internationaler Ebene eine Verständigung über gemeinsame Standards zu erreichen und Grundprinzipien als Voraussetzung für die Akzeptanz des transnationalen Vorgehens zu entwickeln“.<sup>38</sup> Es gehört mithin gerade zu den aktuellen Herausforderungen, die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von sog. „Leihmüttern“ durch eine entsprechend national präventiv-steuernde Regelung triadischer Mutterschaft einzudämmen und gerade dadurch die Entwicklung von global geltenden Mindeststandards des Verfahrens mit Rechten für alle Kinder zu fördern.

Dass dies der richtige, zumal vielerorts längst eingeforderte,<sup>39</sup> Weg ist, zeigt wiederum der Blick in die Judikatur: Ausgehend von der Faktenlage

---

<sup>36</sup> Dazu etwa *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, S. 81 ff.; *Diel*, Leihmutterschaft, 2014, de lege ferenda ab S. 210 ff.; zu den USA *Voß FamRZ* 2000, 1552 ff.; *Benicke StAZ* 2013, 101 ff.; präzisierend auch *Dethloff JZ* 2014, 922 ff.; vgl. auch KOMrSF-Bericht (Fn. 6), Teil 2, Kap. 1.3.4., S. 389.

<sup>37</sup> Statt vieler nur *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 4 ff.

<sup>38</sup> *Coester-Waltjen*, Was erlaubt das Recht?, Referat anlässlich der Jahrestagung des Deutschen Ethikrats am 22.5.2014, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-coester-waltjen.pdf> (3.7.2025).

<sup>39</sup> Dazu bereits oben A./B. vgl. nur *Benicke StAZ* 2013, 101 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin, 2018, S. 335 mit einer Analyse zu § 8 AME-FoMedG; *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, S. 173 ff.; *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 321 ff.; *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021, mit Gesetzesentwurf ab S. 282 ff. Auf die teils umfassenden rechtsvergleichenden Studien kann an dieser Stelle schon aus Platzgründen nur verwiesen werden, siehe statt vieler nur *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, mwN. Es kommt auch vorliegend argumentativ weniger darauf an, nochmals zu verdeutlichen, dass die Regelungswerke international noch zu unterschiedlich sind und von weitumfassenden Verboten bis hin zur freien Zulassung reichen, dazu nur *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 4 ff. Entscheidend sind vielmehr, die aus einer im Ausland durchgeführten triadischen Mutterschaft resultierenden Folgen für Kind und Wunscheltern im Inland.

kann man sich dem Umstand heute kaum verschließen, dass ein Bedarf an der Durchführung einer „Leihmutterschaft“, möglichst in Gestalt einer triadischen Mutterschaft, besteht.<sup>40</sup> Beobachten lässt sich auch, dass jenes Bedürfnis seitens der Betroffenen am ehesten dort befriedigt wird, wo der Widerstand, meint die rechtlichen Hindernisse, am geringsten ist.<sup>41</sup> Die dadurch in der Existenz von Kindern geschaffene Faktenlage geht gerade mit teils erheblichen Risiken für die betroffenen Frauen, Kinder und Wunscheltern einher, jedenfalls sobald das Verfahren in einem transnationalen Kontext stattfindet und die Wunscheltern das Kind mit in ein anderes, anderen Regelungen unterliegendes Land mitnehmen möchten.

Weil nun dem geborenen Kind nicht die Verantwortung für seine Existenz angelastet werden kann,<sup>42</sup> entsteht aus der geschaffenen Faktenlage – mit ungesicherten Rechtsfolgen international – bei zugleich präventivem, ggf. (so in Deutschland) strafbewehrtem Verbot national – eine Paradoxie nachträglicher Anerkennungspflicht ausländischer Zuordnungsentscheidungen. Mit anderen Worten, der nationale Gesetzgeber kann dem Kind den Status als Kind der Wunscheltern ohne Verstoß gegen seine Grundrechte und Menschenrechte kaum verweigern.<sup>43</sup> Deshalb hat der BGH in seiner vielzitierten und diskutierten Entscheidung einem Elternpaar die Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei „Ersatzmutterschaft“ deshalb nicht verweigern können, weil dem Kind selbst seine Existenz nicht vorzuwerfen war und darin allein und in dem Verfahren kein *ordre public*-Verstoß festgestellt werden konnte; letzteres letztlich, weil dem Kindeswohl entsprechend eine Zuordnung rechtlich zu den Wunscheltern auch dem Wertedenken des deutschen Rechts entspricht.<sup>44</sup> Der EGMR betont, dass zum Kindeswohl die inländische Zuordnung auch zum zweiten Wunschelternteil gehört, andernfalls mithin

---

<sup>40</sup> Eindrücklich etwa *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 3 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu nur den Forschungsbericht von *K. Duden/J. Basedow*, Internationale Leihmutterschaft: Das Kind im juristischen Niemandsland (2015), MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, DOI [10.17617/1.1Z](https://doi.org/10.17617/1.1Z).

<sup>42</sup> Siehe schon oben B. mit BGH, Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479, 482 f.

<sup>43</sup> Zur vormaligen Annahme eines *ordre public*-Verstoßes siehe *Lipp* in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, VIII./Rn. 49 mwN; dazu auch *Benicke* StAZ 2013, 101, 109.

<sup>44</sup> BGH, Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = NJW 2015, 479; dazu auch oben unter B.

ein Eingriff in sein Recht aus Art. 8 I EMRK vorläge.<sup>45</sup> Die Aufgabe jener Paradoxie ist mit Schramm allein mittels national präventiver Regelungen zugunsten der Zulassung einer triadischen Mutterschaft, unter Aufgabe des § 1591 BGB also, möglich.<sup>46</sup> Denn eine Argumentation, die dem Kind zu seinem Wohl die inländische Zuordnung zu seinen Wunscheltern versagte, ist vor dem Hintergrund der Entwicklung der nationalen wie der Rechtsprechung des EGMR nicht denkbar. Dass dennoch ein international gültiges Agreement zur Zulassung jedweder bis auch nur bestimmter Formen der triadischen Mutterschaft vor dem Hintergrund der bestehenden Meinungspluralität nicht erreichbar erscheint, mag teils unbefriedigend erscheinen.

Es bleibt aber, dass die vollständige Verdrängung in die Illegalität keine wirklichen Lösungen böte, sondern vielmehr mittels vollständiger Rechtslosigkeit der Beteiligten eben nur mehr Gefahren insbesondere für die Gebärende und für das zu gebärende Kind bedeutete. Die dringend erforderliche Einhaltung medizinischer Standards im In- und Ausland, die geschützte und entscheidend verbesserte Rechtsstellung im Gleichklang für alle Beteiligten sowie eine europarechtsfreundliche, notwendige Anerkennung ausländischer Statusentscheidungen lassen sich nur mittels geregelter, präventiver Zulassung erwirken,<sup>47</sup> nicht mittels Strafrechts.

### C. Ausblick

Die fehlende Koordination der Rechtsordnungen und die fehlende Kooperation zwischen den Staaten wirken sich aktuell zu Lasten des Kindeswohls aus.<sup>48</sup> Kooperation und Koordination fehlen aber vor allem deshalb, weil eine Einigung aller Staaten auf ein vollständiges Verbot der „Hilfe zur Mutterschaft“, hier der triadischen Mutterschaft, nicht zu erzielen ist. Das liegt nicht zuletzt auch daran, dass seit jeher das

---

<sup>45</sup> Siehe auch bereits oben unter B. sowie EGMR, Urteil v. 26.6.2014 – 65192/11, BeckRS 2014, 14980 – Mennesson/Frankreich Nr. 96; zustimmend BGH NJW 2015, 479, Fn. 44.

Was hier nicht weiter vertieft werden kann, findet sich auch in Art. 7 EU-GRCh wieder, der in Form eines Achtungsanspruchs die Familie (neben Privatleben, Wohnung und Kommunikation) schützt und eng angelehnt an Art. 8 der EMRK als Messlatte für das Recht der Mitgliedsstaaten und für das Unionssekundärrecht formuliert (so *Knecht* in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 8). Die Freizügigkeit von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen in der EU garantiert die RL 2004/38/EG v. 29.4.2004, ABl. EU 2004 L 158/77; für Nichtunionsbürger gilt RL 2003/86/EG v. 3.10.2003, ABl. EU 2003 L 251/12 insbesondere betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

<sup>46</sup> *Schramm* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 85.

<sup>47</sup> So schon deutlich *Schramm* in Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 85.

<sup>48</sup> Ähnlich *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, S. 305.

Austragen eines Kindes durch eine andere Frau sowohl denkbar als auch vor allem praktiziert worden war, so dass sich einige Staaten gegenüber Wunschelternpaaren verständnisvoll zeigen. Familie, das ist, wenn Eltern sich sozial für Kinder verantwortlich zeigen. Es bedeutet, dass über eine Paarbeziehung hinaus, auch die Verantwortung für eine neue Generation, deren Heranwachsen, deren Werte- und Gesellschaftserziehung und deren Prägung übernommen wird.

Rechtliche Regelungen dürfen dabei präventiv, auch mit Mitteln des Strafrechts, das Entstehen von Familienkonzepten unterbinden, die den Schutz der Familie und – sie tragend – des Kindeswohls nicht ermöglichen oder diesem zuwiderlaufen. Nach deutschem Recht dient dies dem Schutz der Familie aus Art. 6 I GG, im europarechtlichen Kontext dem Schutz aus Art. 8 I EMRK. Richtig ist dabei auch, dass Eingriffe in das Recht des Kindes erst mit seiner Existenz, nicht aber zuvor, denkbar sind. Dem Recht ist es jedoch verwehrt mittels präventiver, vor der Existenz einsetzender, strafbewehrter Verbote – hier umfassend der gesetzlich so bezeichneten „Ersatzmutterschaft“ – Konstellationen zu erschaffen, die mit Existenz des Kindes dessen Kindeswohl widersprechen. Vielmehr greift die Schutzpflicht auch dann, wenn in der Folge auch verbotsgeprägter Handlungen ein schützenswerter Umstand entsteht, hier wenn ein geborenes Kind verantwortungsvoll sozialer Elternschaft rechtlich zugeführt werden soll und iVm mit seinen Rechten aus Art. 2 I, 6 I GG, Art. 8 I EMRK auch zugeführt werden muss. Der Gesetzgeber darf sich seinerseits dort auf allein strafrechtliche Verbote nicht zurückziehen.<sup>49</sup> Das allein nebenstrafrechtliche Verbote beinhaltende ESchG schafft damit nur im Ergebnis international divergierende Schutzstandards und schafft bzw. erhöht damit Gefahren für geborene Kinder, indem ihnen Schutz- bis Staatenlosigkeit droht, während ihr rechtlicher Schutz, als Schutz des Kindeswohls, gerade sichergestellt werden muss. Dieser Schutz lässt sich aber nur in Gestalt der Regelung des Verfahrens, nicht seines Verbots, herstellen. Das nur Verbote enthaltende Embryonenschutzgesetz nach deutschem Muster endet in seinem Wirkungskreis dagegen bei der Missbrauchskontrolle.<sup>50</sup> Ganz in diesem Sinne kommt das

---

<sup>49</sup> Zur Tragfähigkeit und Tragweite der Verbotsnormen allein eines ESchG überzeugend *Frommel et. al.* J Reproduktionsmed Endokrinol. 2010, 96, 101 ff.; *Frommel JZ* 2013, 488, 489; *dies.* in Herzog/Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, 2010, 831 ff.

<sup>50</sup> Vgl. ausführend auch *A. Esser*, Leihmutterschaft, 2021, insbes. resümierend S. 282 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin, 2018, S. 335 mit einer Analyse zu § 8 AME-FoMedG; zivilrechtlich *K. Duden*, Leihmutterschaft, 2015, S. 133 ff.; 219 ff.

Strafrecht im Rahmen der nun dringlich erforderlichen Verfahrensregelung, zum Schutz derselben vor den Gefahren der Ausbeutung und Rechtlosstellung, wieder in Betracht; solche sind nicht schon längst überholte Gefahren gespaltener bzw. bereicherter Mutterschaft.<sup>51</sup> Über weitere denkbare Gefahren gilt es zu diskutieren, nicht aber über das Verbotensein selbst.

---

<sup>51</sup> *Wapler*, in Dreier/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 I Rn. 137.

## NFC-Zahlung und unbefugtes Verwenden von Daten

BayObLG, Beschluss vom 29.7.2024 – 201 StRR 49/24

mit einer Anmerkung von Janick Haas\*

### A. Sachverhalt

Randnummer 5

a) Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Angeklagte eine von ihm aufgefundene EC-Karte für das Konto von M. bei der S-Bank aufgrund jeweils neu gefasster Tatentschlüsse im Juli 2023 in jeweils zwei Fällen bei den Discountern A. und N. in X zur Bezahlung von Einkäufen in Höhe von 16,40 Euro, 16,56 Euro, 7,67 Euro und 9,45 Euro verwendet. In einem weiteren Fall am 27.07.2023 versuchte er, mit der inzwischen gesperrten Karte bei der genannten Filiale der Firma A. einen Einkauf in Höhe von 23,40 Euro zu bezahlen, was jedoch nicht gelang.

### B. Aus den Gründen

Randnummer 6

b) Das Landgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Angeklagte die EC-Karte unter Eingabe einer PIN verwendet hat oder ob die Bezahlung beim Einkauf jeweils kontaktlos erfolgte. Auch in einer Gesamtschau der Urteilsgründe sind die genauen Zahlungsmodalitäten nicht erkennbar, sodass dem Senat die rechtliche Überprüfung anhand der Urteilsfeststellungen nicht möglich ist.

---

\* Dr. Janick Haas ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Gießen.  
Kontakt: [Janick.Haas@StA-Giessen.Justiz.Hessen.de](mailto:Janick.Haas@StA-Giessen.Justiz.Hessen.de).



## Randnummer 7

aa) Sollte der Angeklagte die aufgefundene EC-Karte bzw. Girocard bei der elektronischen Bezahlung von Waren mit Eingabe der dazugehörigen PIN benutzt haben, ist der Tatbestand des § 263a Abs. 1 StGB in der Variante der unbefugten Verwendung von Daten erfüllt. Das POS-System („Point of Sale“) ermöglicht das elektronische Bezahlen von Waren oder Dienstleistungen an automatisierten Kassen mittels der Girocard bzw. Debitkarte. An einem Zahlungsvorgang über ein POS-System nehmen der Karteninhaber, das am System angeschlossene Vertragsunternehmen (etwa ein Händler) sowie der Kartenemittent teil. Der Karteninhaber autorisiert einen Zahlungsvorgang durch das Einführen der Karte am POS-Terminal und die Eingabe der dazugehörigen PIN. Das kartenausgebende Institut überprüft die Korrektheit der Daten und die Wahrung des Verfügungsrahmens. Bei einem wirksam autorisierten Zahlungsvorgang übernimmt der Kartenemittent gegenüber dem Vertragsunternehmen (z.B. Händler) ein Zahlungsverprechen, das überwiegend als abstraktes Schuldversprechen i.S.d. § 780 BGB qualifiziert wird. Aufgrund des vertraglichen Verbots der Weitergabe der Geheimzahl (PIN) kann eine wirksame Autorisierung des Zahlungsvorgangs nur durch den berechtigten Karteninhaber persönlich erfolgen. Eine Strafbarkeit ist demnach zu bejahen, wenn der Täter im Rahmen eines POS-Zahlungsvorgangs eine gefälschte bzw. manipulierte Karte verwendet oder wenn er die Karte (nebst PIN) vom Karteninhaber im Wege der verbotenen Eigenmacht erlangt hat (vgl. zum Ganzen MüKo/Hefendehl/Noll StGB 4. Aufl. § 263a Rn. 107 f.; Schumann/Mosbacher/König/Nadeborn Medienstrafrecht 1. Aufl. § 263a StGB Rn. 24; LK/Tiedemann/Valerius StGB 12. Aufl. § 263a Rn. 52; LG Heilbronn StraFo 2022, 120).

## Randnummer 8

bb) Wurde die gefundene EC-Karte bzw. Girocard beim Einkaufen durch den Angeklagten ohne PIN mittels NFC (Near Field Communication) verwendet, also kontaktlos bezahlt, kommt eine Verurteilung wegen Computerbetrugs nach § 263a Abs. 1, 3. Variante StGB (unbefugte Verwendung von Daten) nicht in Betracht. Beim kontaktlosen Bezahlen werden die auf der Karte gespeicherten Daten, der Rechnungsbetrag und Daten zum Zahlungsempfänger an die Autorisierungszentrale des kartenausgegebenen Kreditinstituts übermittelt, wo ein Computer überprüft, ob die Girocard in keine Sperrdatei eingetragen ist, der Verfügungsrahmen

nicht überschritten wird und ob die Voraussetzungen für das Absehen von einer PIN-Abfrage im konkreten Fall vorliegen (Göhler, Kontaktloses Bezahlen mit der Girocard (k) eine Herausforderung für das Strafrecht, JR 2021, 6, 8). Anders als in den Fällen, in denen der Bankcomputer die PIN vom Kartenverwender anfordert, wird hierbei die Berechtigung desjenigen, der den elektronischen Zahlungsvorgang durch Vorhalten der Karte vor das Lesegerät auslöst, gerade nicht durch Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 ZAG überprüft, so dass eine Strafbarkeit nach § 263a StGB regelmäßig nicht gegeben ist. Eine Verwendung von Daten ist nach der vorzunehmenden betrugsspezifischen Auslegung nämlich nur dann „unbefugt“, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte (OLG Hamm, Beschluss vom 07.04.2020 – 4 RVs 12/20 = WM 2020, 1674 = wistra 2021, 84 = ZIP 2021, 342 = NStZ 2020, 673, 674 m. Anm. Kudlich JA 2020, 710 und Christoph/Dorn-Haag NStZ 2020, 676). Da aber bei einer derartigen Zahlungsabwicklung das Kassenpersonal durch den Angeklagten nicht getäuscht wird (vergleiche hierzu nachfolgend IV. 1.), kommt auch eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs nicht in Betracht.

[...]

Randnummer 14

1. Sollte der neue Tatrichter zu dem Ergebnis gelangen, dass bei den jeweiligen Bezahlvorgängen eine PIN-Abfrage nicht erfolgt ist, wird eine Strafbarkeit wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB regelmäßig nicht in Betracht kommen. Der Händler erlangt im Fall des kontaktlosen Bezahls unmittelbar eine einredefreie Forderung gegen die Bank in Höhe des autorisierten Betrags, gerade auch dann, wenn ein Nichtberechtigter die Karte verwendet und die kartenausgebende Bank auf die Abfrage der PIN verzichtet hat. Es fehlt damit schon mangels Täuschung des Angeklagten über seine Berechtigung zur Verwendung der Karte und mangels damit korrespondierenden Irrtums des Kassenpersonals an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 263 Abs. 1 StGB (OLG Hamm a.a.O.; Göhler a.a.O. S. 9 ff.).

### **C. Würdigung von Janick Haas**

Die Entscheidung des BayObLG stellt – soweit ersichtlich – die zweite obergerichtliche Entscheidung zur Strafbarkeit des Verwendens einer fremden EC-Karte zur Zahlung im NFC-Verfahren dar. Ebenso wie das

OLG Hamm<sup>1</sup> vermag das BayObLG in einem solchen Verhalten keinen Computerbetrug i.S.v. § 263a I Var. 3 StGB zu erkennen.

I. Die Vorinstanz schien ausweislich der Urteilsfeststellungen davon auszugehen, dass unberechtigte Zahlungen mit EC-Karten unabhängig von der konkreten Zahlungsvariante einheitlich strafrechtlich zu bewerten seien. Das BayObLG ist hingegen der Auffassung, dass rechtliche Unterschiede zwischen kontaktlosen und kontaktbedürftigen Nutzungen der EC-Karte bestehen.

1. Ausgangspunkt für den kurz skizzierten Streit ist die Auslegung des Begriffs der „unbefugten“ Datenverwendung i.S.v. § 263a I Var. 3 StGB. Ganz im Sinne der herrschenden Rechtsprechung definiert das BayObLG den diesbezüglichen Prüfungsmaßstab im Ausgangspunkt betrugsnah im Wege einer Täuschungsäquivalenz des Verhaltens gegenüber einer fiktiven Erklärungsempfängerin.<sup>2</sup> Dieser fiktive Maßstab ist aber weiter zu präzisieren. So ist das Vorstellungsbild einer solchen gedachten Person für maßgeblich zu erachten, welches sich mit dem Themenbereich deckt, der der Prüfung des Computers entspricht bzw. für dessen Prüfung sich im Computerprogramm Kontrollansätze finden.<sup>3</sup> Nur bei einer solchen Interpretation der Unbefugtheit der Datenverwendung wird der vom Gesetzgeber angestrebte Gleichlauf der §§ 263, 263a StGB konsequent eingehalten.<sup>4</sup>

2. Insbesondere bei technisch komplexen Vorgängen, welche nicht bilateral abgewickelt werden, gilt es, die konkreten Anforderungen an den fiktiven Erklärungsempfänger genau zu bestimmen. Dabei sind die Besonderheiten der jeweiligen Geschäftsausgestaltung zu berücksichtigen.<sup>5</sup>

a) Das BayObLG stellt insoweit zwar zutreffend auf das Kassenpersonal als fiktiven Erklärungsempfänger ab. Allerdings gibt es den fiktiven Prüfungsmaßstab nur verkürzt wieder: Bei einer Kartenzahlung im NFC-Verfahren könne das Personal aufgrund einer unabhängig von der Berechtigung zur Zahlungsanweisung zu erlangenden einredefreien Forderung

---

<sup>1</sup> OLG Hamm NSTZ 2020, 673 ff.

<sup>2</sup> S. etwa *Hefendehl/Noll*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 78 ff.

<sup>3</sup> S. etwa BGH NJW 2002, 905, 906; OLG Hamm NSTZ 2020, 673, 674 f.; s. auch *Böse/Tomiak* ZfStw 2023, 265, 274; ebenfalls unter Heranziehung von BGH NJW 2002, 905, aber mit Beschränkung auf den tatsächlich angefallenen Kontrollinhalt *Göhler* JR 2021, 6, 17 f.

<sup>4</sup> S. hierzu etwa *Hefendehl/Noll* (Fn. 2), § 263a Rn. 87; *Burghardt/Bardowicks* ZJS 2023, 593, 604.

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 1017, 1018.

gegen die Bank in Höhe des autorisierten Betrags bereits nicht getäuscht werden.<sup>6</sup>

b) Gänzlich unbeachtet bleibt in der Entscheidung dadurch die Herleitung einer möglichen Täuschungsäquivalenz über den Prüfungs- und Kontrollumfang der am Bezahlvorgang beteiligten kartenemittierenden Bank. Dies ist bereits deshalb beachtlich, weil auch das BayObLG für Fälle des Missbrauchs von fremden EC-Karten im herkömmlichen POS-Verfahren eine Täuschungsäquivalenz aufgrund eines wirksam autorisierten Zahlungsvorgangs herleitet. Die im Programm angelegte Kontrolle der Bank wird vom Gericht also herangezogen.<sup>7</sup> Das vertragliche Verbot, die eigene EC-PIN weiterzugeben, führe dazu, dass eine solche Autorisierung nur von der berechtigten Person wirksam herbeigeführt werden kann. Lediglich im Fall der wirksamen Autorisierung übernehme die Kartenemittentin gegenüber dem Zahlungsempfänger ein Zahlungsverprechen. Es ist also der Erklärungswert der PIN-Eingabe im Verhältnis zur Bank, der sie nach Ansicht des Gerichts als unbefugte Datenverwendung qualifiziert.<sup>8</sup>

3. Entgegen der Auffassung des BayObLG sind diese Erwägungen auch auf eine unberechtigte Zahlung im NFC-Verfahren übertragbar.<sup>9</sup> Auch im Rahmen einer NFC-Zahlung wohnt der Verwendung der EC-Karte ein computerbetrugsrelevanter Erklärungswert inne.

a) Eine Zahlung im NFC-Verfahren ist genau wie eine kontaktbedürftige Zahlung mit PIN-Eingabe grundsätzlich erst nach vorheriger Kontrolle des Kreditinstituts möglich.<sup>10</sup> Gem. Art. 97 I b), 98 I b), III EU-Richtlinie 2015/2366 i.V.m. Art. 11 VO (EU) 2018/389 i.V.m. § 55 V ZAG kann das Kreditinstitut von der Einforderung einer starken Kundenauthentifizierung allein bei Vorliegen bestimmter Bedingungen ausnahmsweise absehen: Der einzelne Zahlungsbetrag darf 50 € nicht übersteigen, die Summe aller aufeinander folgenden kontaktlosen Transaktionen darf 150 € nicht übersteigen und es dürfen nicht mehr als fünf NFC-Zahlungen hintereinander vorgenommen werden. Liegen diese Voraussetzungen nicht

---

<sup>6</sup> S. auch OLG Hamm NSTZ 2020, 673, 674; diesbezüglich kritisch *Ladiges* WuB 2020, 604, 604.

<sup>7</sup> S. hierzu grundlegend *Altenhain* JZ 1997, 752, 754 ff.

<sup>8</sup> So auch *Göhler* JR 2021, 6, 17.

<sup>9</sup> A.A. etwa *Christoph/Dorn-Haag* NSTZ 2020, 676 f.; *Eisele* in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 137; *Hefendehl/Noll* (Fn. 2), § 263a Rn. 87; *Heghmanns* ZJS 2020, 494, 496.

<sup>10</sup> Dies ausblendend etwa *Bechtel* JR 2024, 481, 483 Rn. 12.

kumulativ vor, ist die Bank zur Abfrage der starken Kundenauthentifizierung – der PIN-Eingabe – verpflichtet. Insofern wird im Falle einer durchgeführten NFC-Zahlung aufgrund einer Überprüfung der einschlägigen Voraussetzungen durch die Bank die tatsächliche Umsetzung einer starken Kundenauthentifizierung i.S.v. § 55 I Nr. 2 ZAG ausgesetzt. Ein kontaktloser Bezahlvorgang erfolgt daher gerade nicht unter Verzicht<sup>11</sup> auf die starke Kundenauthentifizierung.<sup>12</sup> Die Notwendigkeit des Nachweises der Berechtigung zur Kartennutzung ist somit auch bei kontaktlos initiierten Zahlungen grundsätzlich angelegt.<sup>13</sup>

b) Hierdurch verliert die Benutzung der EC-Karte im NFC-Verfahren nicht jeglichen Erklärungswert.<sup>14</sup> Eine NFC-Zahlung kann entsprechend den dargestellten Maßstäben nicht insgesamt kontrollfrei im Verhältnis zum Kreditinstitut realisiert werden. Der Nutzung der Karte im Wege einer kontaktlosen Zahlung wohnt somit die konkludente Erklärung inne, die Berechtigung zur Kartennutzung im Zweifel per starker Kundenauthentifizierung nachweisen zu können.<sup>15</sup> Dieser Nachweis erfolgt selbstredend über eine PIN-Eingabe. Das vertragliche Verbot der Weitergabe der PIN prägt also auch im Rahmen einer kontaktlosen Zahlung den Erklärungswert des Verhaltens.<sup>16</sup> Eine bloße Erklärung über den Besitz der Karte<sup>17</sup> geht mit einer NFC-Zahlung nicht einher.

c) Hieran ändert auch die gesetzgeberische bzw. vertragliche Wertung nichts, dass die Abfrage der Berechtigung bei Zahlungsbeträgen unter 50 € die Ausnahme und nicht die Regel darstellt.<sup>18</sup> Das Absehen von einer zwingenden Abfrage einer starken Kundenauthentifizierung dient allein der Vereinfachung von Geschäftsabläufen. Die Nutzung einer EC-Karte soll in puncto Einfachheit der Handhabung bei Transaktionen mit geringen Beträgen der Nutzung von Bargeld angeglichen werden.<sup>19</sup> Der

---

<sup>11</sup> So aber etwa *Ceffinato* JuS 2021, 311, 313; *Christoph/Dorn-Haag* NStZ 2020, 697, 702; ähnlich ebenso *Bär* in *Wabnitz/Janovsky/Schmitt* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 6. Aufl. 2025, 15. Kapitel Rn. 25; *Schrott* JuS 2022, 138, 140.

<sup>12</sup> *Puschke/Haas* RdZ 2022, 4, 8.

<sup>13</sup> Vgl. entsprechend BGH NJW 2016, 1336, 1337.

<sup>14</sup> A.A. *Christoph/Dorn-Haag* NStZ 2020, 697, 702.

<sup>15</sup> *Böse/Tomiak* ZfStw 2023, 265, 273 f.; *Burghardt/Bardowicks* ZJS 2023, 593, 602; *Puschke/Haas* RdZ 2022, 4, 8; *Schmidt*, in *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 65. Ed. 2025, § 263a Rn. 29.

<sup>16</sup> Vgl. auch *Burghardt/Bardowicks* ZJS 2023, 593, 602; *Lichtenthäler* FD-StrafR 2024, 823638; *Schmidt* (Fn. 15), § 263a Rn. 29.

<sup>17</sup> So etwa OLG Hamm NStZ 2020, 673, 675; *Göhler* JR 2021, 6, 18.

<sup>18</sup> So etwa *Christoph* ZJS 2022, 761, 767.

<sup>19</sup> Vgl. *Omlor* RdZ 2021, 180, 184.

Gesetzgeber hat sich zur Umsetzung dieses Ziels aber gerade dazu entschieden, keinen gänzlichen Verzicht der Berichtigungsabfrage, sondern nur einen bedingten, also kontrollbasierten Verzicht zu erlauben. Die Annäherung von EC-Karte und Bargeld ergibt sich im Falle einer NFC-Zahlung also im Wege einer faktisch vereinfachten Kartennutzung. Der Nutzung der Karte wohnt in Abgrenzung zur Nutzung von Bargeld in jedem Fall einer NFC-Zahlung eine Erklärung über die Berechtigung zur Nutzung inne.<sup>20</sup>

d) Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass Unberechtigte im Vorfeld regelmäßig keine Kenntnis hinsichtlich der berechtigten Nutzung der Karte haben. Ohne hinzutretendes Sonderwissen ist es eine Frage des Zufalls, ob sich die unberechtigte Person einem Berechtigungsnachweis entziehen kann oder nicht.<sup>21</sup> Ebenso entspricht es der Lebenswirklichkeit, dass auch berechtigte Personen nicht in jedem Fall einer kontaktlos initiierten Zahlung sichere Kenntnis über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Aussetzung der Abfrage der starken Kundenauthentifizierung haben. So wird sich bei Geschäften des täglichen Lebens etwa nur in Ausnahmefällen in Erinnerung zu rufen sein, ob die Gesamzahlungsgrenze von 150 € mit der vierten oder der fünften Transaktion überschritten wird.

II. Zusammenfassend ist zu sagen, dass das BayObLG zu Unrecht von einem zwingenden Gleichlauf der Durchsetzung einer starken Kundenauthentifizierung i.S.v. § 55 I Nr. 2 ZAG im Einzelfall und unbefugter Datenverwendung i.S.v. § 263a I Var. 3 StGB durch eine unberechtigte EC-Kartennutzung ausgeht.<sup>22</sup> Wird eine fremde EC-Karte im kontaktlosen NFC-Verfahren missbraucht, ist der objektive Tatbestand des Computerbetrugs erfüllt.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> S. entsprechend die Wertung von § 935 II BGB; demgegenüber schließt *Kudlich* JA 2020, 710, 712 aufgrund der Nähe der NFC-Zahlung zur Barzahlung auf einen Gleichlauf zur Straflosigkeit der Zahlung mit gestohlenem Bargeld; ebenso *Ceffinato* JuS 2021, 311, 313; ablehnend zudem *Bechtel* ZJS 2023, 1339, 1351.

<sup>21</sup> *Böse/Tomiak* ZfStw 2023, 265, 274; *Puschke/Haas* RdZ 2022, 4, 8 f.

<sup>22</sup> Ebenso *Schmidt* (Fn. 15), § 263a Rn. 29; i.E. auch *Oğlakcioğlu* JA 2018, 338, 341.

<sup>23</sup> S. zu Anforderungen an den Vorsatznachweis *Puschke/Haas* RdZ 2022, 4, 9; s. zu Bedenken bezüglich der notwendigen Stoffgleichheit zwischen Vermögensschaden und angestrebter Bereicherung *Burghardt/Bardowicks* ZJS 2023, 593, 605 f.

## Korruptionsstrafrecht: Grundfragen und aktuelle Probleme im deutsch-japanischen Rechtsvergleich

*Bericht zur Tagung der Forschungsstellen für Unternehmensstrafrecht  
und japanisches Recht  
am 21. März 2025 in Augsburg*

Florian Breitsameter, Merima Haydu und Alina Preiß\*

### ABSTRACT

Am 21. März 2025 luden *Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel* (Universität Augsburg – Forschungsstelle Unternehmensstrafrecht) und *Prof. Dr. Johannes Kaspar* (Universität Augsburg – Forschungsstelle für japanisches Recht)<sup>1</sup> in Kooperation mit dem Institut für Rechtsvergleichung der Meiji-Universität, Tokyo, Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler aus Deutschland und Japan nach Augsburg ein. Im interdisziplinären und rechtsvergleichenden Austausch debattierten die Referentinnen und Referenten aus Deutschland und Japan über Grundfragen und aktuelle Herausforderungen des Korruptionsstrafrechts. Dieser Tagungsbericht beleuchtet ausgewählte Schwerpunkte der Vorträge.

### A. Metarechtliche und methodische Grundfragen der Korruption

Nach der Begrüßung durch die gastgebenden Professoren Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel und Prof. Dr. Johannes Kaspar sowie Prof. Dr.

---

\* Die Verfasserinnen und Verfasser des Tagungsberichtes sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel in Augsburg. Kontaktperson: Frau Ass. iur. Alina Preiß, B.A., [alina.preiss@jura.uni-augsburg.de](mailto:alina.preiss@jura.uni-augsburg.de).

Ein besonderer Dank für die wertvolle Unterstützung bei der Abfassung dieses Beitrags gebührt Herrn Prof. Michael Kubiciel und Frau Prof. Victoria Ibold.

*Da es sich bei diesem Beitrag um einen Tagungsbericht handelt, wurde von einem Peer-Review-Verfahren abgesehen.*

<sup>1</sup> *Kaspar/Schön*, Einführung in das japanische Recht, 2. Aufl. 2024.



Heinrich Menkhaus (Meiji Universität Tokyo) bildete ein Themenblock zu den metarechtlichen und methodischen Grundfragen der Korruptionsdelikte den Auftakt der Tagung.

### I. „Zur Grammatik der Korruptionsdelikte“ von Prof. Dr. Till Zimmermann (Düsseldorf)

Unter dem Vortragsthema "Zur Grammatik der Korruptionsdelikte"<sup>2</sup> eröffnete *Zimmermann* die Tagung mit einer dogmatischen Untersuchung des Begriffs der Korruption. *Zimmermann* legte den Fokus seiner Betrachtung auf das Kernunrecht der Korruption – der Bestechlichkeit und der Bestechung. *Zimmermann* arbeitete heraus, dass es sich bei den Korruptionsdelikten um kupierte Erfolgsdelikte handele. Denn die heutigen Bestechungsdelikte sind regelmäßig vorverlagert. Damit stelle der Erfolg – die inkorrekte Entscheidung – und gerade nicht die Tathandlung als solche das materielle Unrecht dar.

Weiter widmete sich *Zimmermann* in seinem Vortrag der Frage, wer das Tatopfer eines Korruptionsdelikts sei. Nach Ansicht des Referenten ist hier zwischen dem Untreue-Unrecht im Innenverhältnis, bei der das Opfer der Prinzipal ist (vgl. § 266 StGB), und dem Amtsmissbrauch im Außenverhältnis, bei dem das Opfer der Entscheidungsunterworfenen ist (vgl. § 339 StGB), zu differenzieren. Zudem beschäftigte sich *Zimmermann* im Rahmen seiner Untersuchung mit der Bestimmung der Tathandlung und des Tatmittels der Bestechung sowie insbesondere mit dem Vorteilsbegriff. Im Hinblick auf den Vorteilsbegriff zeigte *Zimmermann* auf, dass dieser einerseits weit auszulegen sei. Auf der anderen Seite wies er aber auch auf die Notwendigkeit einer klaren begriffsdogmatischen Abgrenzung zum Erpressungs- und Nötigungsbegriff hin. Insbesondere die Ankündigung von bedingtem Unterlassen erfordere eine klare begriffliche Konturierung. Anschließend erörterte *Zimmermann* die Fallgruppe der nachträglichen Vorteilsgewährung (sog. Belohnungskorruption).

*Zimmermann* rundete seine begriffsdogmatische Untersuchung mit Ausführungen zur de lege lata nicht strafbaren Proto-Korruption ab, d.h. der Vorteilsgewährung bzw. -annahme für eine korrekte Entscheidung<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Siehe *Zimmermann* GA 2024, 301 (Teil 1); 365 (Teil 2).

<sup>3</sup> *Zimmermann* versteht unter dem Begriff der Proto-Korruption ein Unrecht, das in dem Sich-Begeben in eine Verstrickungssituation, welche die spätere Vornahme von Fehlentscheidungen

sowie dem Einflusshandel nach Art. 18 UNCAC.<sup>4</sup> Nach Ansicht des Referenten sei eine Gleichbehandlung der Proto-Korruption mit den strafbewährten Bestechungsdelikten (§§ 331 ff. StGB) aus dogmatischen Gründen zu vermeiden. Vielmehr sei hierfür ein eigener Straftatbestand zu schaffen. Hinsichtlich des Einflusshandels nach der UNCAC stellte *Zimmermann* klar, dass es sich um ein Jedermansdelikt handelt, das nicht zwangsläufig eine Vorteilsannahme erfordert. Deswegen sei der Einflusshandel nach der deutschen Strafrechtsdogmatik nicht als Bestechungsdelikt zu verstehen. *Zimmermann* beendete seinen Vortrag mit der Frage, ob der intendierte Erfolg des Einflusshandels überhaupt den Unrechtsgehalt einer strafbaren Handlung erfüllt.

## II. „Eine Kriminologie der Korruption“ von Prof. Dr. Alexander Baur (Göttingen)

Im zweiten Vortrag des grundlagenorientierten Themenblocks beleuchtete *Baur* die Korruptionsdelikte aus kriminologischer Sicht. Dabei ordnete *Baur* die Korruption insbesondere den Bereichen der Wirtschaftskriminalität sowie der politischen Kriminalität zu. Nach Ansicht von *Baur* sei die Strafverfolgung bereits entdeckter Straftaten (Hellfeld) selten mit Problemen verbunden, da die Aufklärungsquote in diesen Fällen in der Regel sehr hoch ist. Das zu lösende Problem der politischen Korruptionsbekämpfung sei nach Ansicht des Referenten vielmehr die Aufdeckung, da sich der überwiegende Teil der begangenen Delikte im Dunkelfeld befindet.

*Baur* arbeitete heraus, dass die Deliktsverwirklichung anhand mehrerer, sich gegenseitig bedingender kriminologischer Faktoren erklärt werden kann. Den Ausgangspunkt der Deliktsverwirklichung stelle meistens eine durch Erfolgslosigkeit bedingte Stresssituation (Strain) oder ein erfolgsbedingter Unantastbarkeitsglauben (Success) dar. In der Folge könne die Begehung einer Straftat aufgrund der Arbeitsteilung, die insbesondere auf moderne Konzernstrukturen zurückzuführen ist, und den damit einhergehenden schwer erkennbaren individuellen Unrechtsbeiträgen von den am Delikt Beteiligten leicht persönlich gerechtfertigt

---

zugunsten des Vorteilsgebers begünstigt, zu sehen ist, vgl. *Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, Eine strafrechtliche Theorie, 2018, S. 504.

<sup>4</sup> United Nations Convention Against Corruption (zuletzt aufgerufen am 5.5.2025). Dazu *Llamazon*, in: Rose/Kubiciel/Landwehr, The United Nations Convention Against Corruption, Oxford 2019, Art. 18 Rn. 1 ff.

werden. Abschließend äußerte *Baur* Zweifel an der Wirksamkeit allzu umfassender Compliance-Maßnahmen, da Speak-Up-Culture und Zero-Tolerance-Prinzip nur schwer miteinander vereinbar seien.

In der anschließenden Diskussion wurden die Grenzen wirksamer Compliance-Maßnahmen erörtert. Zudem wurde die Frage aufgeworfen, wie das große Dunkelfeld politisch aufgeheilt werden kann.

### **III. „Auslegungsmethodik am Beispiel der Bestechlichkeit und Bestechung von Amtsträgern“ von Prof. Dr. Hirokazu Kawaguchi (Meiji-Universität Tokyo, Japan)**

Mit seinem Vortrag zur „Auslegungsmethodik am Beispiel der Bestechlichkeit und Bestechung von Amtsträgern“ gewährte *Kawaguchi* als erster Referent rechtsvergleichende Einblicke in die Dogmatik des japanischen Korruptionsstrafrechts.

*Kawaguchi* erörterte zunächst die Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern nach dem deutschen Recht und zog sodann den Vergleich zur japanischen Rechtsordnung. Ausgangspunkt seiner Untersuchung bildete die Maskenaffäre vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie in Deutschland. *Kawaguchi* zeigte auf, dass das japanische Recht im Gegensatz zum deutschen keine Unterscheidung zwischen der Amtsträgerkorruption (§§ 331 ff. StGB) und der Abgeordnetenkorruption (§§ 108e f. StGB) kennt. Denn im japanischen Recht ist jeder Amtsträger und Abgeordnete ein öffentlich Bediensteter (jap.: *Komuin*, vgl. § 7 I 1 Jap. StGB), wobei die Korruptionsstrafbarkeit zusammenfassend in §§ 197 ff. Jap. StGB geregelt wird. Ferner arbeitete *Kawaguchi* heraus, dass der japanische Begriff des „öffentlich Bediensteten“ weiter ausgelegt wird als der deutsche Tatbestandsbegriff des „Amtsträgers“. *Kawaguchi* schloss seine Betrachtungen mit dem Ergebnis, dass die Maskenaffäre nach dem japanischen Recht aufgrund des weiter zu ziehenden Täterkreises strafbar gewesen wäre. Sodann wandte sich *Kawaguchi* erneut der deutschen Rechtsordnung zu. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH<sup>5</sup> verwies *Kawaguchi* darauf, dass das Gericht das Vorgehen der Beschuldigten als nicht von § 108e StGB umfasst ansah. Denn nach Ansicht der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung fehle der Mandatsbezug der Handlungen. Abschließend unterzog

---

<sup>5</sup> BGH Beschluss v. 05.07.2022 – StB 7-9/22 = BGHSt 67, 107.

*Kawaguchi* die Entscheidung des BGH einer kritischen Analyse, indem er auf die in der Literatur vertretenen Meinungen zur missbräuchlichen Einflussnahme in Deutschland Stellung bezog und eher die abweichende Auffassung der Literatur<sup>6</sup> befürwortete.

#### **IV. Vom heuristischen Nutzen des sozialwissenschaftlichen Korruptionsbegriffs von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel (Augsburg)**

Im letzten methodologischen Vortrag bezog *Kubiciel* interdisziplinär zum schillernden Begriff der Korruption Stellung.

Der Begriff ist in Deutschland nicht legaldefiniert und hat daher keinen rechtlichen Gehalt. Auch auf europarechtlicher Ebene bleibt die Begriffsbedeutung ungenau: Korruption wird in Art. 83 I AEUV als Kriminalitätsbereich benannt, ohne diesen zu definieren. *Kubiciel* konnte zunächst aufzeigen, dass der Begriff der Korruption eine pejorative Konnotation habe, woraus eine gewisse Labelling-Funktion erwachse: Ein Phänomen werde, oft auf unklarer normativer Grundlage, zugleich beschrieben und bewertet. Wollte man von dem – sehr weiten – Begriff rationalen Gebrauch machen, käme der Begriffsbestimmung eine große Bedeutung zu, zumal man dann auch dem Gesetzgeber Maßstäbe an die Hand geben könnte, welches Verhalten er als Korruptionsunrecht kriminalisieren könne und welches nicht. Anschließend stellte er die am weitesten verbreiteten Korruptionsbegriffe vor.

Auch bei der dogmatischen Arbeit käme diesen vorrechtlichen Begriffen Bedeutung zu. *Kubiciel* führte hierzu aus, dass eine Verhaltensweise, die von keiner der weiten sozialwissenschaftlichen Definitionen umfasst werde, schwerlich unter die enger gefassten Tatbestandsbeschreibungen des StGB fallen könne. *Kubiciel* demonstrierte dies am Beispiel erkaufter Affiliationen und Zitationen ausländischer Universitäten.<sup>7</sup> Dabei manipulierte eine Universität ihre Platzierung in Hochschulrankings durch einen Affiliationenhandel, bei dem sie renommierten Wissenschaftlern Geld zahlte, um als offizielle Angehörige der Universität zu erscheinen. Anhand dieses Beispiels arbeitete *Kubiciel* heraus, dass selbst

---

<sup>6</sup> *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 239; *Kubiciel*, *Verfassungsblog* v. 19.11.2021 (zuletzt aufgerufen am 10.6.2025). A.A.: *Saliger* in Festschrift für Dannecker, 2023, 339 ff.

<sup>7</sup> Siehe *Bhattacharjee*, *Saudi Universities Offer Cash in Exchange for Academic Prestige*, *Science* 2011, 1344 (<https://www.science.org/doi/10.1126/science.334.6061.1344#tab-citations> [zuletzt aufgerufen am 29.5.2025]).

bei einem solchen außergewöhnlichen Fall in der medialen Berichterstattung nicht von einer korrupten Handlung der Wissenschaftler gesprochen wurde, weil diese Handlungen nicht mit dem sozialwissenschaftlichen Korruptionsbegriff in Einklang gebracht werden können. Abschließend kritisierte *Kubiciel* die in diesem Kontext einzige Verurteilung eines deutschen Wissenschaftlers wegen Vorteilsannahme. Nach Ansicht des Referenten wurde das Tatbestandsmerkmal der Dienstausbübung unzulässig ausgeweitet und ferner in Art. 14 I 1 GG eingegriffen, da Publikationen geistiges Eigentum des Wissenschaftlers darstellen und daher grundrechtlichen Schutz genießen. Die Diskussion widmete sich überwiegend der Methode der Rechtsfindung im besprochenen Urteil.

## **B. „Aktuelle Fragen im Rechtsvergleich“**

Der zweite Teil der Tagung widmete sich aktuellen Fragen der Korruptionsdelikte aus rechtsvergleichender Perspektive.

### **I. „Geschichte der rechtlichen Grundlagen der Politikfinanzierung in Japan“ von Prof. Dr. Heinrich Menkhaus (Meiji-Universität Tokyo, Japan)**

Den zweiten Themenblock eröffnete *Menkhaus* mit einem historischen Überblick zu den Skandalen der Politikfinanzierung in Japan. Hierauf aufbauend widmete sich der Referent der Untersuchung der Politikfinanzierung nach dem geltenden japanischen Recht.

*Menkhaus* erörterte zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben. Er zeigte auf, dass die japanische Verfassung zwar die finanzielle Rechtstellung des Mandatsträgers umfassend regelt (bspw. Art. 49 oder 51 Jap. Verfassung), jedoch keinen Begriff der politischen Partei kennt. Der verfassungsrechtliche Schutz der politischen Partei wird vielmehr als durch die Freiheit der Versammlung und die Bildung von Vereinigungen (Art. 21 I Jap. Verfassung) umfasst angesehen. *Menkhaus* zeigte weiter auf, dass das japanische Recht grundsätzlich keine speziellen juristischen Vorgaben über die staatliche Parteiensubventionierung enthält. Ferner wies *Menkhaus* darauf hin, dass der Begriff der Fraktion in Japan weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich legaldefiniert ist, obgleich deren tatsächliche Existenz im japanischen Parlament unbestritten ist. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur finanziellen Rechtsstellung von Mandatsträgern verwies *Menkhaus* auf das

Problem der Abgrenzung von Geldern für politische Aktivitäten und Geldern für die Bestreitung des Lebensunterhalts sowie der Umwidmung von Mandatsträgergeldern für die Bestreitung des Lebensunterhalts. Als weitere Probleme der Parteifinanzierung nannte *Menkhaus* den Unterfall der Wahlbewerber sowie darüber hinaus die Finanzierung durch nicht-staatliche Akteure.

## II. „Neue Wege im Korruptionsstrafrecht? Ein Blick auf die geplante EU-Richtlinie“ von Prof. Dr. Victoria Ibold (Halle)

*Ibold* beleuchtete die sanktionsrechtlichen Dimensionen der geplanten Korruptionsrichtlinie<sup>8</sup> der Europäischen Union. *Ibold* legte die in der europäischen Gesetzgebung<sup>9</sup> zu beobachtende Tendenz, Unternehmen für Rechtsverstöße ihrer Mitarbeiter stärker zu sanktionieren, als Prämisse ihrem Vortrag zu Grunde. Nach ihrer Ansicht ziele die europäische Gesetzgebung darauf ab, eine Eindämmung verschiedener Aspekte von Makrocriminalität zu erreichen, indem nicht nur das Individuum, sondern zunehmend auch Unternehmen zum Sanktionsadressat werden. Vor diesem Hintergrund warf *Ibold* die Frage auf, ob dieser Fokus auch neue Wege im europäischen Korruptionsstrafrecht eröffne.

Im ersten Teil ihres Vortrages skizzierte *Ibold* die Techniken europäischer Unternehmenssanktionierung und differenzierte zwischen einem Regulierungsansatz auf der Ebene der Sanktionsvoraussetzungen und der Sanktionsfolgen. *Ibold* legte dar, dass im deutschen Recht die hohen Sanktionsvoraussetzungen dazu führen, dass sich die Unternehmen leichter entlasten können, da § 30 OWiG als zentrale Sanktionsvoraussetzung ein strafbares oder ordnungswidriges Verhalten einer Individualperson erfordert. Im Gegensatz dazu verwies *Ibold* auf das europäische Kartellrecht, das auf eine kollektive Verantwortung des Unternehmens zielt und überdies geringe Nachweisanforderungen stellt. *Ibold* betonte, dass die Übertragung der kartellrechtlichen Sanktionsvoraussetzungen auch in der Rechtsprechung des EuGH „Deutsche Wohnen“<sup>10</sup> wegen Verstößen gegen die DS-GVO zu beobachten sei. Auf der Ebene der Sanktionsfolgen zeigte *Ibold* ebenfalls eine zunehmende Durchsetzung der aus

---

<sup>8</sup> Über die Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung beraten derzeit Rat und Kommission im Trilogverfahren (Stand Juni 2025). Dazu ausführlich *Busch*, in: Kubiciel (Hrsg.), Unternehmenssanktionen und Korruptionsstrafrecht zwischen Diversifizierung und Systemanspruch, im Erscheinen.

<sup>9</sup> *Ibold* verwies insb. auf die DS-GVO, den DSA, den DMA, die KI-VO sowie den Data-Act.

<sup>10</sup> EuGH Urteil v. 05.12.2023 – C 807/21 „Deutsche Wohnen“.

dem Kartellrecht kommenden sog. umsatzbezogenen Geldbußen auf. Diese eröffnen nach ihrer Ansicht die Möglichkeit der Berücksichtigung von Konzernstrukturen und erleichtern aufgrund von Schätzungsmöglichkeiten zudem die Sanktionierung.

Anschließend beleuchtete *Ibold* die in der geplanten Korruptionsrichtlinie vorgesehenen Techniken der Unternehmenssanktionierung. Sie arbeite heraus, dass der derzeitige Entwurf eine Änderung der Sanktionsvoraussetzungen nicht vorsieht, sondern vielmehr einen unternehmensbezogenen Ansatz auf der Rechtsfolgenseite enthält. Im letzten Teil ihres Vortrages hinterfragte *Ibold* die Wirksamkeit der vorgesehenen Techniken. *Ibold* äußerte Zweifel am Ansatz, Unternehmen durch hohe Geldbußen wirksam zu normgemäßem Verhalten zu veranlassen. Dies begründete sie damit, dass sich die Grundannahme einer rationalen ökonomischen Analyse (sog. homo oeconomicus) keinesfalls stets mit den empirischen Erkenntnissen decke. Vielmehr weisen die empirischen Erkenntnisse darauf hin, dass die Sanktionswahrscheinlichkeit der entscheidende Faktor der Verhaltenssteuerung ist. Nach Ansicht der Referentin folgt hieraus, dass der Ansatzpunkt primär auf der Korruptionsprävention liege. Dies erfordere jedoch einen Regulierungsansatz auf der Ebene der Sanktionsvoraussetzungen. *Ibold* beendete ihre Darstellung mit dem Ausblick, dass die geplante Korruptionsrichtlinie neue Forschungsfelder für die Strafrechtswissenschaft eröffne, weil die Frage der Wirksamkeit unternehmensbezogener Geldbußen noch eine empirische Untersuchung erfordert.

### **III. „Das Verbot und die Verfolgung der Auslandsbestechung in Japan und Deutschland: Abriss und Herausforderungen“ von Prof. Kazushige Doi, LL.M. Marburg – (Frankfurt am Main); (Kitakyushu)**

*Doi* referierte über die japanischen und deutschen Regelungen der Auslandsbestechung und die damit verbundenen dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten. *Doi* leitete seinen Vortrag mit dem Befund ein, dass die Unterbindung der Auslandsbestechung zu einem globalen Anliegen avanciert ist, das sowohl auf völkerrechtlicher als auch auf nationaler Ebene eine zunehmende Institutionalisierung erfahren hat. Ausgangspunkt bildete die Annahme des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr im Jahr 1997. Vor dem Hintergrund internationaler

Vorgaben skizzierte *Doi* zunächst die Rechtslage in Japan und zog einen Vergleich zu den deutschen Regelungen.

*Doi* zeigte auf, dass in Japan, anders als in Deutschland, wo die Vorgaben inzwischen in § 335a StGB umgesetzt worden sind,<sup>11</sup> die Auslandsbestechung in einem Sondergesetz (§ 18 I Jap. Unfair-Wettbewerb-Gesetz) geregelt ist. *Doi* erklärte, dass nach Ansicht des japanischen Gesetzgebers die gewählte Ausgestaltung dem Ziel des OECD-Übereinkommens entspreche, den Schutz der Fairness des internationalen Wettbewerbs gerade unabhängig vom nationalen Verbot der Auslandsbestechung in Japan zu gewähren. Anders als im inländischen Korruptionsstrafrecht gehe es nicht um das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes im Ausland. Dabei betonte *Doi*, dass nach japanischer Auffassung bei der Auslandsbestechung ausschließlich die Geberseite relevant sei. Die Ahndung der Bestechlichkeit ausländischer Bediensteter liege demnach im Zuständigkeitsbereich des betroffenen Landes. Der japanischen Rechtslage stellte *Doi* die deutsche Regelung in § 335a StGB gegenüber. Der Referent hob hervor, dass das deutsche Strafgesetzbuch das umfassendste Kriminalisierungsmodell der Auslandskorruption enthält und im Gegensatz zu Japan eine Gleichstellungsklausel für ausländische und internationale Bedienstete (§§ 331 ff. StGB) bezweckt. Auch unterscheide sich der Schutzzweck der Norm von dem japanischen Ansatz, da das deutsche Verbot der Auslandsbestechung dem Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes eines ausländischen Staates diene, und daher zwangsläufig einen internationalen Geltungsanspruch in Kauf nimmt. *Doi* verwies in diesem Zusammenhang auf die in der Rechtswissenschaft geführten Diskussionen im Hinblick auf die Legitimation der Norm (u.a. Kubiciel<sup>12</sup> und Zimmermann<sup>13</sup>) sowie deren Effektivität (u.a. Weigend<sup>14</sup> und Kuhlen<sup>15</sup>). *Doi* rundete seine Ausführungen mit einem Ausblick auf die japanische Rechtslage ab. Er ging auf die Herausforderungen der

---

<sup>11</sup> Siehe aber auch Art. 2 Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG). Dazu umfassend Hoven, Auslandsbestechung, 2018; Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung, 2019.

<sup>12</sup> Kubiciel, Das Verbot der Auslandsbestechung: Bedeutungswandel und Legitimationsfragen, in: ders./Hoven (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 13 ff., 45 ff.

<sup>13</sup> Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, Eine strafrechtliche Theorie, 2018, S. 690 ff.

<sup>14</sup> Weigend, Strafrechtsanwendungsrecht bei Auslandskorruption, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 109 ff.

<sup>15</sup> Kuhlen, Die Auslandsbestechung im deutschen Strafrecht, in: ders. u.a. (Hrsg.), Korruption im Strafrecht, S. 27 ff.

Ermittlungsarbeit bei grenzüberschreitenden Delikten ein und betonte, dass nach seiner Ansicht die japanische Einführung der Kronzeugenregelung im Jahr 2018 die Verfolgung der Auslandsbestechung weiter erhöhen wird.

#### **IV. „Beschleunigungszahlungen“ von Prof. Dr. Matthias Wachter (Freiburg)**

*Wachter* stellte in seinem Vortrag Überlegungen zu den Fast Lanes an Flughäfen und die in ihnen liegende Verwirklichung diverser Korruptionsdelikte an.

Unter Beschleunigungszahlung ist ein schnellerer Ablauf eines Verwaltungsverfahrens gegen Geldzahlung zu verstehen.<sup>16</sup> Diese erfüllen nach Ansicht von *Wachter* regelmäßig die Straftatbestände der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331 ff.). Darüber hinaus sei für die Komplementärtatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 334 f.) eine differenziertere Betrachtung erforderlich. Hier scheide eine Dienstpflichtverletzung jedenfalls dann aus, wenn die Reihenfolge der zu bearbeitenden Sachverhalte gleich bleibt und der Amtsträger seine Arbeit lediglich zügiger gestaltet.

Hierauf aufbauend zeigte *Wachter* auf, dass Fast-Lanes lediglich einen Sonderfall der Beschleunigungszahlungen darstellen. Nach Auffassung des Referenten wirft die Strafbarkeit der Fast-Lane-Nutzung nach den Korruptionstatbeständen jedoch zwei Fragen auf: Einerseits sei die Amtsträgereigenschaft der Vorteilsannehmenden und die räumliche Trennung zwischen der Warteschlangenorganisation und der Sicherheitskontrolle in den Blick zu nehmen; andererseits die Pflichtwidrigkeit der Verwaltungspraxis des Überspringens der Warteschlange. *Wachter* unterstrich seine Ansicht dadurch, dass zwischen der Warteschlange vor dem Sicherheitskontrollbereich und der Sicherheitskontrolle keine normative Einheit bestehe. Zusätzlich sei zwischen den funktionalen Zwecken der Kontrolle zu unterscheiden: dem Zweck des Schutzes der Flugsicherheit (§ 1 LuftSiG) und dem Zweck der Warteschlangenorganisation, der der allgemeinen Ordnung am Flughafen dient und damit in den Aufgabenbereich des Flughafenbetreibers fällt (§ 8 I 1 Nr. 1 LuftSiG). Anhand der Unterscheidung der verschiedenen Zwecke konnte *Wachter*

---

<sup>16</sup> Vgl. zum Strafbarkeitsphänomen der Beschleunigungskorruption anhand des hier diskutierten Falles *Zimmermann/Stolz* JZ 2024, 233. Siehe ferner *Kubiciel* ZIS 2015, 473 ff.

aufzeigen, dass ein pflichtwidriges Verwaltungshandeln abzulehnen sei, weil sich die Sicherheitskontrollen durchführenden Amtsträger am Prioritätsprinzip orientieren. Denn die Sicherheitskontrolle am Flughafen prüft die Passagiere in der Reihenfolge, in der die Wartenden auf sie zu kommen. Eine Änderung der Warteschlange durch die Fast Lane ist dann bereits ohne Beitrag der Amtsträger vorgenommen.

In der anschließenden Diskussion verteidigte *Zimmermann*, der die Fallgruppe erstmals in das Blickfeld der deutschen Rechtswissenschaft gerückt hatte,<sup>17</sup> die seiner Ansicht nach vorliegende Strafbarkeit. Diese begründet er durch die Annahme einer faktischen räumlichen Trennung zwischen Warteschlagenorganisation und Sicherheitskontrolle. Über das Bestehen einer – nach *Wachter* – normativen oder – nach *Zimmermann* – faktisch räumlichen Abgrenzung zwischen der Warteschlange und der Sicherheitskontrolle und der damit einhergehenden Straflosigkeit oder Strafbarkeit konnte in der Debatte kein Konsens erzielt werden.

#### **V. „Die praktische Anwendung des Ermessensspielraums der Staatsanwaltschaft in Korruptionsfällen“ von Prof. Dr. Mutsumi Kurosawa (Meiji-Universität Tokyo, Japan)**

*Kurosawa* legte unter dem Vortragsthema „Die praktische Anwendung des Ermessensspielraums der Staatsanwaltschaft in Korruptionsfällen“ die strafprozessualen Unterschiede zwischen der japanischen und deutschen Strafverfolgung dar.

*Kurosawa* hob zunächst die strafprozessualen Gemeinsamkeiten der beiden Rechtsordnungen hervor. Er zeigte auf, dass auch nach der japanischen Strafprozessordnung die Anklageerhebung dem Offizialprinzip unterliegt und das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft zugewiesen ist (§ 247 Jap. StPO). Das Opportunitätsprinzip (vgl. § 248 Jap. StPO) findet im japanischen Strafprozessrecht Anwendung. *Kurosawa* differenzierte jedoch hinsichtlich des Legalitätsprinzips, welches im Gegensatz zum deutschen Strafprozessrecht in Japan nicht vorgeschrieben ist. Stattdessen wird das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft durch die Möglichkeit der Antragstellung auf Einleitung eines Strafverfahrens bei Amtsdelikten sowie durch einen Untersuchungsausschuss zur Kontrolle

---

<sup>17</sup> *Zimmermann/Stolz*, Korruption als Statussymbol, LTO v. 30.4.2024 (zuletzt aufgerufen am 10.6.2025).

staatsanwaltschaftlichen Handelns reguliert. Kurosawa konstatiert daraus einen erheblichen Ermessensspielraum der japanischen Staatsanwaltschaft, der erhebliche Unterschiede in der Praxis der Anklageerhebung zur Folge hat. Darüber hinaus beanstandete *Kurosawa*, dass die Divergenz in der Anklageerhebung zudem durch die ständige japanische höchstrichterliche Rechtsprechung verfestigt werde. Nach Ansicht des Referenten begünstige dies insbesondere im Kontext der Korruptionsfällige Absprachen im Hintergrund.

Abschließend unterzog *Kurosawa* die Wirksamkeit der Kontrolle des staatsanwaltschaftlichen Ermessensspielraumes durch den Untersuchungsausschuss für staatsanwaltschaftliches Handeln einer Kritik. Der Referent bemängelte, dass die Entscheidungen des Untersuchungsausschusses über die Ungeeignetheit der Anklageerhebung keiner Kontrolle unterliegen und verwies auf Kritik von Seiten der Strafverteidiger und Stimmen aus der Wissenschaft. *Kurosawa* beendete seinen Vortrag mit dem Appell, die Kontrollbefugnisse des Untersuchungsausschusses für staatsanwaltschaftliches Handeln zu reformieren.

#### **VI. „Statement aus Sicht der Staatsanwaltschaft“ von StAin Ambika Zeeb (Gruppenleiterin Staatsanwaltschaft München I)**

Nach den theoretischen Ausführungen der vorangegangenen Vorträge erweiterte *Zeeb* die Betrachtung der Korruptionsdelikte um eine praktische Perspektive. Dabei ging sie auf ihre Erfahrungen aus der Ermittlungspraxis in Wirtschaftsgroßverfahren der Staatsanwaltschaft München I ein und lieferte den Tagungsteilnehmerinnen und Tagungsteilnehmern wertvolle Einblicke aus der Praxis.

Unter Verweis auf das Legalitätsprinzip (§ 152 StPO) führte *Zeeb* aus, dass der Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebungen grundsätzlich kein Ermessensspielraum zusteht. Die Referentin führte aus, dass in Wirtschaftsstrafsachen die Ermittlungsverfahren häufig auf Strafantrag der Unternehmen im Rahmen von Compliance-Maßnahmen selbst eingeleitet werden. Auch betonte *Zeeb*, dass die betroffenen Unternehmen in diesen Verfahren die für die Sachverhaltsaufklärung wesentlichen internen Informationen liefern, was eine enge Zusammenarbeit zwischen den Vertreterinnen und Vertretern der Wirtschaft und der Staatsanwaltschaft ermöglicht. *Zeeb* wies darauf hin, dass die seltenen Fälle der Opportunitätseinstellung (§§ 153 ff. StPO) aufgrund sog. Insider-Wissens

gleichwohl ihre Grenzen unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung finden. Die praktische Handhabung der Einstellung aus Opportunitätsgründen ist äußerst restriktiv und kommt insbesondere nur in Fällen von Großkonglomeraten zum Tragen, bei denen ohne interne Unternehmensinformationen kein Erfolg des Verfahrens zu erwarten wäre.

*Zeeb* schloß ihre Ausführungen mit dem Verweis, dass nur eine geringe Anzahl der Verfahren mit Strafbefehlen (§§ 407 ff. StPO) abgeschlossen werden.

## VII. „Statement aus Sicht der Unternehmenspraxis“ von Janine Greiling (Compliance Expert, BMW Group, München)

Den Abschluss der Tagung bildete der Vortrag von *Greiling*, die mit ihren Berichten aus der Unternehmenspraxis das Blickfeld der Untersuchungen auf die praktische Umsetzung der gesetzgeberischen Vorgaben in einem international agierenden Konzern richtete.

*Greiling* stellte das Compliance Management System (CMS) der BMW Group vor, das sich in mehrere einzelne Compliance-Programme gliedert. Zur Frage der Korruptionsprävention vertiefte *Greiling* ihre Ausführungen und ging insbesondere auf die globalen Herausforderungen an international regulatorischen Vorgaben der Korruptionsbekämpfung ein. Im Fall der BMW Group veranschaulichte *Greiling*, dass das weitgehend einheitliche Geschäftsmodell der BMW Group ein eher geringeres Korruptionsrisiko birgt, da relevante Prozesse und finanzielle Freigaben weit überwiegend einer zentralen Steuerung unterliegen. Nach den Ausführungen der Referentin folgen hieraus sog. „groupweite Anforderungen“, die zwar lokale Abweichungen ermöglichen, jedoch insgesamt zu einer Sicherung eines Mindeststandard führen.

Abschließend diskutierte *Greiling* internationale und politische Herausforderungen, die sich insbesondere vor dem Hintergrund des vorübergehenden Einfrierens des FCPA (Foreign Corrupt Practices Act)<sup>18</sup> durch die Executive Order vom 10.2.2025 ergeben. *Greiling* führte aus, dass die neuesten globalen Entwicklungen zwar derzeit keine Veränderung des CMS-Programms zur Folge gehabt hätten. Gleichwohl resümierte sie,

---

<sup>18</sup> 15 U.S.C. § 78dd-1 et seq. Dazu *Kubiciel/Spörl, Verfassungsblog v. 19.2.2025* (zuletzt aufgerufen am 10.6.2025).

dass für das Unternehmen die gegenwärtigen globalen Ereignisse Anlass für eine weitere Beobachtung gäben.

### **C. Ausblick**

Der deutsch-japanische Austausch über Grundfragen und aktuelle Probleme des Korruptionsstrafrechts beflügelte nicht nur den wissenschaftlichen Diskurs, sondern führte auch zu einer Intensivierung des Ausbaus der wissenschaftlichen Beziehungen zwischen der Universität Augsburg und der Meiji-Universität, Tokyo. Weitere rechtsvergleichende Tagungen sind sowohl in Augsburg als auch in Japan geplant.