

KriPoZ



Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeberin

Prof. Dr. Anja Schiemann

Aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht - Sammelband -

aus der Reihe:

KriPoZ | Junges Publizieren



INHALT

Reformbedarf des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB <i>von Leah Baerens</i>	<i>Seite 3</i>
Pro und Contra der Streichung des § 219a StGB <i>von Klaudia Richter</i>	<i>Seite 25</i>
Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch zeitgemäß? <i>von Katharina Bonrath</i>	<i>Seite 49</i>
Reformbedarf hinsichtlich der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB? <i>von Marie Zauninger</i>	<i>Seite 70</i>
(Härtere) Bestrafung von Klimaaktivisten? <i>von Clara Venator</i>	<i>Seite 92</i>
Kritische Betrachtung der Reform der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB <i>von Sophie Grab</i>	<i>Seite 116</i>
Der neue § 261 StGB – Alte Probleme und neue Kritik <i>von Paula Berger</i>	<i>Seite 140</i>

VORWORT

Wie im letzten Semester fand auch in Sommersemester 2023 an der Universität zu Köln ein Schwerpunktbereichsseminar zu aktuellen Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht statt. 15 kriminalpolitische Themen wurden beleuchtet, um den kritischen Blick auf die Gesetzgebung zu schulen, geplante sowie bereits umgesetzte Gesetzgebungsvorhaben auf ihre Sinnhaftigkeit hin zu untersuchen oder weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu identifizieren. Neben den Seminararbeiten wurden in einer Blockveranstaltung am 27. und 28. Juni 2023 in der Bibliothek des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht Vorträge zu den einzelnen Themen gehalten und lebhaft diskutiert. Auch in diesem Jahr überzeugten die Studierenden wieder durch ihre freien, selbstbewusst vorgetragenen Ausführungen, die visuell ansprechend durch Folien unterstützt wurden.

In diesem Sammelband werden die sieben besten Seminararbeiten vereint. *Leah Baerens* geht der Frage nach, ob Reformbedarf des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB besteht, bejaht dies und sieht den derzeitigen gesetzlichen Kompromiss als unbefriedigend an. Danach beleuchtet *Klaudia Richter* das Pro und Contra der Streichung des Werbeverbots nach § 219a StGB und spricht sich für eine Wiedereinführung eines modifizierten § 219a StGB n.F. aus. *Katharina Bonrath* wirft die Frage auf, ob das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch zeitgemäß ist. Sie geht von der Verfassungswidrigkeit des allgemeinen Verbots der Leihmutterschaft aus und differenziert zwischen kommerzieller und altruistischer Leihmutterschaft. Die sich anschließende Seminararbeit von *Marie Zauninger* identifiziert Reformbedarf hinsichtlich der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB. *Clara Venator* wirft die Frage nach einer härteren Bestrafung von Klimaaktivisten auf und verneint diese. *Sophie Grab* unterzieht die Reform der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB einer kritischen Betrachtung. Den Abschluss bildet die Arbeit von *Paula Berger*, die die Neufassung des § 261 StGB umfassend würdigt und kritisch hinterfragt. Zudem werden de lege ferenda Vorschläge formuliert.

Den vorstehenden Seminarteilnehmer:innen gilt mein Dank für ihre klugen Ausführungen und die Bereitschaft, ihre Texte für die Publikation in der Kriminalpolitischen Zeitschrift – Junges Publizieren zur Verfügung zu stellen. Meinen Kolleginnen *Sabine Horn* und *Nicole Seif* danke ich für die redaktionelle Betreuung und Bearbeitung.

Anja Schiemann

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Leah Baerens

Reformbedarf des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 12.4.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	5
II. Der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB <i>de lege lata</i>	5
1. <i>Genese des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB</i>	6
2. <i>Regelungsinhalt der §§ 218 ff. StGB</i>	7
3. <i>Der Tatbestandsausschluss gem. § 218a Abs. 1 StGB</i>	8
4. <i>Bedeutung des § 218 StGB in der Strafrechtspflege</i>	9
III. Untersuchungsmaßstab	10
IV. Verfassungsmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB	10
1. <i>Unverhältnismäßiger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht?</i>	10
a) <i>Prüfungsmaßstab</i>	11
b) <i>Legitimer Zweck</i>	11
aa) <i>Der Beginn menschlichen Lebens</i>	11
bb) <i>Reichweite des Schutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG</i>	11
cc) <i>Folgen für § 218 StGB</i>	13
c) <i>Geeignetheit</i>	13
aa) <i>Auswirkung auf die Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche</i>	13
bb) <i>Stärkung des allgemeinen Rechtsbewusstseins</i>	14
d) <i>Erforderlichkeit</i>	15
e) <i>Angemessenheit</i>	16
aa) <i>Begründungsbedürftigkeit der Austragungspflicht</i>	17
bb) <i>Angemessenheit des pauschalen Rechtswidrigkeitsverdikts</i>	18
2. <i>Spätabbrüche nach § 218a Abs. 2 StGB bei Feststellung einer Behinderung</i>	19
V. Zusammenfassung des Reformbedarfs und Reformmöglichkeiten	21
1. <i>Genuin strafrechtliches Interesse an einer Reform</i>	21
2. <i>Kluger Kompromiss oder „lose-lose Situation“?</i>	22
3. <i>§ 218 StGB <i>de lege ferenda</i></i>	22
VI. Fazit und Ausblick	23

I. Einleitung

Nach der Abschaffung des *Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche* gem. § 219a StGB¹ hätte man denken können, damit sei der Diskurs um die strafrechtlichen Reformen im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs – die §§ 218 ff. StGB – für ein Erstes zum Erliegen gekommen. Jedoch zeichnet sich ab, dass dies womöglich erst der Auftakt eines umfassenden Reformprozesses gewesen sein könnte. Bereits im Koalitionsvertrag 2021 vereinbarten die Regierungsparteien unter dem Stichwort der *reproduktiven Selbstbestimmung*, das Selbstbestimmungsrecht von Frauen stärken zu wollen und hielten fest, dass die Möglichkeit zu kostenfreien Schwangerschaftsabbrüchen zu einer verlässlichen Gesundheitsversorgung dazu gehöre.² Erst kürzlich wurde die Besetzung der ebenfalls im Koalitionsvertrag angekündigten *Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin* bekannt, welche unter anderem „die Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuches“³ prüfen wird. Es darf somit gespannt erwartet werden, was sich in den kommenden Monaten im Hinblick auf eine mögliche Reform des strafrechtlichen Umgangs mit Schwangerschaftsabbrüchen gem. §§ 218 ff. StGB ergeben wird.

Die strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch sind Teil des Medizinstrafrechts. Als solche betreffen sie die Grundfrage nach dem Beginn und der Schutzwürdigkeit menschlichen Lebens. Das (Straf-)Recht muss mit der profunden Ungewissheit über den moralisch sowie philosophisch-ethisch höchst umstrittenen Status des Ungeborenen umgehen.⁴ Hierbei stellt sich die Frage, inwiefern der Staat mit der Anwendung des Strafrechts für eine solche Materie allgemein verbindliche Regelungen treffen kann.⁵ Wie die rechtliche Lösung eines ethischen Konflikts beschaffen sein darf oder sogar muss, hängt eng damit zusammen, welchen Stellenwert man dem ungeborenen Leben (und dem Selbstbestimmungsrecht) einräumt. Dabei spielen religiöse, politische und weltanschauliche Vorprägungen eine entscheidende Rolle. Auch sind nicht nur straf- und verfassungsrechtliche Erwägungen von Bedeutung. Das Schwangerschaftsabbruchsrecht ist eine Querschnittsmaterie aus rechtspolitischen, familienpolitischen, sozialpolitischen und bevölkerungspolitischen Erwägungen.⁶ Eine Untersuchung des Phänomens *Schwangerschaftsabbruch* aus all diesen Perspektiven, kann in dieser Arbeit nicht umfassend geleistet werden. Diese Arbeit ist daher auf den Reformbedarf des § 218 StGB hinsichtlich der Strafbarkeit des mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommenen Abbruchs begrenzt und soll zeigen, dass die strafrechtlichen Regelungen nicht nur im Interesse des Selbstbestimmungsrechts, sondern auch im Interesse des Lebensschutzes reformbedürftig sind.

II. Der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB *de lege lata*

Im Folgenden sollen zunächst die Genese sowie der Regelungsinhalt des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB *de lege lata* dargestellt werden. Nur vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte und der besonderen Rolle, der das *BVerfG* dabei zukam, lässt sich die heutige Fassung der §§ 218 ff. StGB verstehen.

¹ BGBl. I 2022, S. 1082.

² Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 8.4.2023), S. 116.

³ Ebd.

⁴ Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes*, 2002, S. 8; Merkel, in: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl. (2007), S. 152.

⁵ Ebd.

⁶ Rudolphi, *ZStW* 1971, 105 (107).

1. Genese des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB

Der erste große Reformprozess, der zu den heutigen Regelungen geführt hat, begann – angestoßen vom *Stern*-Artikel „Wir haben abgetrieben!“⁷ – in den 1970er Jahren und hatte zum Ziel, Frauen in unzumutbaren Konfliktlagen den Schwangerschaftsabbruch durch eine Ärztin oder ein Arzt zu ermöglichen.⁸ Denn trotz des grundsätzlich strikten Abtreibungsverbots ging man in Deutschland von einer großen Dunkelziffer an illegalen Abtreibungen aus, die sich in der sehr geringen Anzahl an Verurteilungen nicht widerspiegelten, sodass Rechtsordnung und soziale Wirklichkeit eklatant auseinanderklafften.⁹ Da Ärztinnen und Ärzte aufgrund der Strafandrohung nicht – oder nur gegen ein sehr hohes Honorar – bereit waren, Abtreibungen durchzuführen, wurden die Abbrüche unter teils lebensgefährlichen Umständen von der Schwangeren selbst oder von sogenannten Kurpfuschern durchgeführt, wobei auch hier durch die fehlende medizinische Ausbildung massive Gefahren für die Gesundheit und das Leben der Schwangeren drohten.¹⁰ Dieser Missstand war vor allem auch sozialer Art, da das Verbot insbesondere sozial schwache Frauen traf, die es sich nicht leisten konnten, den Abbruch gegen ein hohes Entgelt im Ausland durchzuführen.¹¹ Bei der Frage, wie mit diesem Missstand umgegangen werden sollte, begegneten sich – und begegnen sich auch heute noch – zwei diametrale Schutzinteressen, das Lebensschutzinteresse des Ungeborenen sowie das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren. Das Dilemma des Schwangerschaftsabbruchs rührt daher, dass ein klassischer Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz nicht möglich ist. Dem einen Geltung zu verschaffen, heißt immer, dies vollständig auf Kosten des anderen zu tun. Die besondere Situation, die auch aus der untrennbaren Verbindung zwischen der Schwangeren und dem Ungeborenen resultiert, wird vom *BVerfG* als „Zweiheit in Einheit“ beschrieben.¹² Mit dem fünften Gesetz zur Strafreform (5. StrRG) vom 18.6.1974¹³ entschied man sich für eine Fristenlösung, die die Straffreiheit bis zur zwölften Woche vorsah. Diese Fristenlösung wurde 1975 vom *BVerfG* in seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch für verfassungswidrig erklärt.¹⁴ Der Schutz des ungeborenen Lebens genieße für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und könne auch nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden.¹⁵ Eine Fristenlösung, die für die ersten zwölf Wochen das Leben der *Leibesfrucht* zur Disposition der Schwangeren stelle, sei somit nicht mit der Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar.¹⁶ Der Gesetzgeber setzte die Vorgaben des *BVerfG* mit dem 15. Strafrechtsänderungsgesetz vom 18.5.1976¹⁷ um, indem er zu einer Indikationsregelung zurückkehrte, die eine medizinische, embryopathische, kriminologische und eine allgemeine Notlagenindikation vorsah.

Der zweite Reformprozess vollzog sich in den frühen 1990er Jahren. Im Zuge der Wiedervereinigung sollten nach Art. 31 Abs. 4 des Einigungsvertrags die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch vereinheitlicht werden. Man einigte sich auf einen Entwurf, der vor allem auf ein Beratungskonzept setzte und diese als letztes Mittel durch das Strafrecht absicherte.¹⁸ Dem lag die empirische Erkenntnis zugrunde, dass um das ungeborene Leben effektiv

⁷ Am 6. Juni 1971 erschien im *Stern* die Titelgeschichte „Wir haben abgetrieben!“ in der 374 (unter anderem auch prominente) Frauen von ihrer – damals noch strafbaren – Abtreibung berichteten, online abrufbar unter: <https://www.hdg.de/lemo/bestand/objekt/druckgut-stern-wir-haben-abgetrieben.html> (zuletzt abgerufen am 2.4.2023).

⁸ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 218-219b Rn. 3.

⁹ *Rudolphi*, ZStW 1971, 105 (105).

¹⁰ *Rudolphi*, ZStW 1971, 105 (106).

¹¹ *Rudolphi*, ZStW 1971, 105 (105).

¹² BVerfGE 88, 203 (253).

¹³ BGBl. I 1974, S. 1297.

¹⁴ BVerfGE 39, 1 (Ls. 6, 51).

¹⁵ BVerfGE 39, 1 (43).

¹⁶ BVerfGE 39, 1 (51).

¹⁷ BGBl. I 1976, S. 1213 f.

¹⁸ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 6.

zu schützen, nicht die Pönalisierung allein ausreiche.¹⁹ Vielmehr müssten zudem präventive Maßnahmen ergriffen werden wie die Einflussnahme auf die Bewusstseinsbildung der Schwangeren sowie sozialpolitische und fürsorgliche Maßnahmen.²⁰ Mit dem Schwangeren- und Familienhilfegesetz (SFHG) vom 27.7.1992²¹ wurde die grundsätzliche Pönalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 StGB beibehalten, jedoch wurden Schwangerschaftsabbrüche, die nach erfolgter Beratung von einem Arzt vor der zwölften Woche durchgeführt wurden, als „nicht rechtswidrig“ von der Strafbarkeit ausgenommen.²² Auch diese Reform wurde in Teilen, insbesondere die Neuregelung des § 218a Abs. 1 StGB i.d.F. des SFHG, vom *BVerfG* im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch für verfassungswidrig erklärt.²³ Die Erklärung des beratenen Schwangerschaftsabbruchs als „nicht rechtswidrig“ sei mit der Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar.²⁴ Zwar bestätigte das *BVerfG* die grundsätzliche Zulässigkeit eines auf Beratung setzenden Konzepts, jedoch könne dieses – solange die Letztverantwortung über den Abbruch bei der Schwangeren verbleibe – nicht rechtfertigend wirken.²⁵ Zudem genüge die Beratung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.²⁶ Sie müsse an erster Stelle auf die Fortsetzung der Schwangerschaft gerichtet sein.²⁷ Mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995²⁸ trat die aktuelle Fassung der §§ 218 ff. StGB in Kraft, welche die Vorgaben des *BVerfG* umsetzte.

2. Regelungsinhalt der §§ 218 ff. StGB

Nach § 218 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer eine Schwangerschaft abbricht. Damit wird zunächst ein grundsätzliches Schwangerschaftsabbruchsverbot sowohl für die Schwangere als auch für die den Abbruch durchführende Person statuiert. Ausnahmen dieses Verbots finden sich in § 218a StGB. Zu unterscheiden ist zwischen dem beratenen Abbruch in § 218a Abs. 1 StGB und den Indikationsregelungen in § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Nach § 218a Abs. 1 StGB ist der Tatbestand nicht verwirklicht, wenn der Abbruch auf Verlangen der Schwangeren von einem Arzt durchgeführt wird und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind. Die Schwangere muss zudem eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 S. 2 StGB über eine erfolgte Beratung vorlegen. Nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB unterfallen Schwangerschaftsabbrüche, die nach den dort genannten Kriterien vorgenommen werden, zwar dem Tatbestand des § 218 StGB, sie sind jedoch gerechtfertigt (Indikationsmodell). Als Rechtfertigung kommt eine kriminologische Indikation bis zur zwölften Woche in Betracht (Abs. 3) sowie eine medizinische Indikation auch über diesen Zeitraum hinaus (Abs. 2). Wird der Abbruch vor der 22. Schwangerschaftswoche und nach Beratung von einer Ärztin oder einem Arzt durchgeführt oder hat sich die Schwangere zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden, dann entfällt die Strafbarkeit der Schwangeren, im zweiten Fall fakultativ (vgl. § 218 Abs. 4 StGB). Flankierende Regelungen finden sich in den §§ 218b ff. StGB und im Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG). Das Schutzgut des § 218 StGB ist das ungeborene Leben,²⁹ welches nach § 218 Abs. 1 StGB mit der Nidation, das heißt mit der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter

¹⁹ *Denninger/Hassemer*, KritV 1993, 78 (80).

²⁰ Ebd.; *Eser*, NJW 1993, 2913 (2914 f.).

²¹ BGBl. I 1992, S. 1398 ff.

²² BGBl. I 1992, S. 1402; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 6.

²³ BVerfGE 88, 203 (208).

²⁴ BVerfGE 88, 203 (Ls. 15, 270).

²⁵ Ebd.

²⁶ BVerfGE 88, 203 (208).

²⁷ BVerfGE 88, 203 (Ls. 11, 270).

²⁸ BGBl. I 1995, S. 1050.

²⁹ *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), Vorb. §§218-219b Rn. 2; *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, Band IV, 4. Aufl. (2021), Vorb. § 218 Rn. 38; *Rogall*, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), Vorb. §§ 218 ff. Rn. 57.

(vgl. § 218 Abs. 1 S. 2), beginnt. Medikamente, die die Einnistung des Eis in der Gebärmutter verhindern, wie die Pille danach, fallen folglich nicht unter § 218 StGB.

3. Der Tatbestandsausschluss gem. § 218a Abs. 1 StGB

Die dogmatische Einordnung des Tatbestandsausschlusses gem. § 218a Abs. 1 StGB ist sowohl für die Bewertung der Schlüssigkeit als auch für die Frage nach der Eingriffsintensität in die betroffenen Grundrechte relevant. Nach dem Wortlaut von § 218a Abs. 1 StGB ist der Tatbestand des § 218 StGB unter den dort genannten Voraussetzungen „nicht verwirklicht“. Insofern unterscheidet sich Absatz 1 bereits sprachlich von den weiteren Absätzen, die davon sprechen, dass der Schwangerschaftsabbruch „nicht rechtswidrig“ ist. Der Wortlaut legt also bereits nahe, dass es sich bei § 218a Abs. 1 StGB dogmatisch um etwas anderes handelt als bei § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Unstrittig ist in Bezug auf die Konstruktion des § 218a StGB lediglich, dass der *beratene* Abbruch bis zur zwölften Woche für alle Beteiligten straffrei, das heißt „aus dem strafrechtlich vertypen Unrecht“ herausgenommen und daher „im Bereich des Strafrechts nicht als Unrecht zu behandeln“³⁰ ist. Welche Folgen dies jedoch für die übrige Rechtsordnung und für das zu schützende Rechtsgut hat, geht daraus nicht hervor.³¹ Alle weiteren Deutungen zur Rechtsnatur oder den Rechtsfolgen sind umstritten und nur jeweils „mit schwer lösbaren Widersprüchen erkaufte.“³² Nach dem *BVerfG*, dessen Vorgaben der Formulierung des Gesetzgebers zugrunde liegen,³³ soll zwar der Tatbestand ausgeschlossen sein, der Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB aber dennoch als Unrecht verboten werden.³⁴ Diese Konstruktion sei notwendig, da eine Strafdrohung die Wirksamkeit des Beratungsschutzkonzepts beeinträchtigen würde und der Abbruch folglich straffrei sein müsse.³⁵ Bei einer Straffreiheit durch Rechtfertigung würde aufgrund der „Durchschlagskraft“, die eine strafrechtliche Rechtfertigung für die gesamte Rechtsordnung hat, das Verhalten allerdings im allgemeinen Rechtsbewusstsein als erlaubt angesehen werden. Dies könne aber nur für die Fälle in Betracht kommen, in denen die Interessen der Schwangeren wesentlich überwiegen, also das Kriterium der Unzumutbarkeit erfüllt ist und dies staatlicherseits festgestellt wurde. Bei § 218a Abs. 1 StGB wird die Letztverantwortung über den Schwangerschaftsabbruch der Schwangeren überlassen und da bei der „Selbstindikation“ die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit nicht überprüft werden können, ist der Schwangeren bei einem Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB die Rechtfertigung versagt. Um die Straffreiheit dennoch zu erreichen, müsse das Verhalten aus dem Tatbestand ausgenommen werden. Damit der verfassungsrechtliche Rang des Schutzes des ungeborenen Lebens im allgemeinen Rechtsbewusstsein erhalten bleibt, müsse dann das Unrecht des Abbruchs anderweitig durch die Rechtsordnung zum Ausdruck gebracht werden. Der Tatbestandsausschluss in § 218a Abs. 1 StGB habe somit das Entfallen der *Strafrechtswidrigkeit* zur Folge, nicht aber das Entfallen der *Rechtswidrigkeit* im Übrigen. Die Konsequenzen dieses Konstrukts zieht aber auch das *BVerfG* nicht. Die meisten Folgen der *Rechtswidrigkeit* müssen danach nämlich auch außerhalb des Strafrechts entfallen, da sonst die Wirksamkeit der Beratungskonzepts beeinträchtigt werden würde.³⁶ Behandlungsverträge über den Schwangerschaftsabbruch werden trotz der §§ 134, 138 BGB anerkannt³⁷ und die Lohnfortzahlung nach einem Abbruch wird in § 3 Abs. 2 S. 2 EntFG abgesichert. Weiterhin verpflichtet § 13 Abs. 2 SchKG die Länder dazu, ein ausreichendes

³⁰ BT-Drs. 13/1850, S. 25.

³¹ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 13.

³² Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 12.

³³ BT-Drs. 13/1850, S. 25.

³⁴ BVerfGE 88, 203 (255).

³⁵ Zu den folgenden Ausführungen siehe BVerfGE 88, 203 (265 ff.).

³⁶ BVerfGE 88, 203 (279); Kritisch hierzu Gropp, GA 1994, 147 (158).

³⁷ BVerfGE 88, 203 (295); Bei der Auslegung von Generalklauseln sollen gerechtfertigte und nichtgerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche gleichbehandelt werden, wenn es das Schutzkonzept erfordert, vgl. BVerfGE 88, 203 (280).

Angebot an Einrichtungen zur Vornahme des Abbruchs sicherzustellen, womit sich der Staat eigentlich an rechtswidrigem Handeln beteiligt. Auch Nothilfe nach § 32 StGB soll nicht in Betracht kommen.³⁸ Für einen die Nothilfelage begründenden rechtswidrigen Angriff kommt es aber nicht allein auf eine strafrechtliche Beurteilung an, sondern diese kann sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben.³⁹

Merkel hält daher die Konzeption des § 218a Abs. 1 StGB hinsichtlich der systematischen Schlüssigkeit und Konsistenz mit grundlegenden strafrechtlichen Prinzipien für „gänzlich misslungen“⁴⁰. Nach *Eser/Weißer* bleibt unter Ansehung dieser Ausnahmen offen, woraus sich die geforderte rechtliche Missbilligung noch ergeben soll.⁴¹ Allein im Sozialversicherungsrecht wird der Schwangerschaftsabbruch als Unrecht behandelt, sodass die Schwangere keinen Anspruch auf Übernahme der Kosten hat.⁴² *Fischer* spricht in Anbetracht des Ausschlusses der Unrechtsfolgen von einem *de facto* Rechtfertigungsgrund.⁴³ Im Bestreben, eine stimmige dogmatische Einordnung des § 218a Abs. 1 StGB zu erreichen, werden weitere mögliche Einordnungen diskutiert.⁴⁴ Jedoch ist die Gesetzesbegründung eindeutig, sodass andere Konstruktionen zwar zu weniger Friktionen führen würden, aber mit dem vom Gesetzgeber intendierten Zweck von § 218a Abs. 1 StGB nicht mehr zu vereinbaren wären.⁴⁵ Folglich ist § 218a Abs. 1 StGB als Tatbestandsausschluss anzusehen, welcher auf Rechtsfolgenseite nur die Strafbarkeit (die strafrechtliche Missbilligung), nicht aber die (sonstige) Rechtswidrigkeit, entfallen lässt.

4. Bedeutung des § 218 StGB in der Strafrechtspflege

Die Anzahl der polizeilich registrierten Fälle im Zusammenhang mit den §§ 218 ff. StGB lag in den letzten Jahren im Mittel bei 94,2 erfassten Fällen pro Jahr.⁴⁶ Dabei kam es im Jahr 2021 zu 13 Verurteilungen.⁴⁷ Die praktische Bedeutung der strafrechtlichen Sanktion ist vor dem Hintergrund der ca. 100.804 Schwangerschaftsabbrüche, die im Mittel in diesem Zeitraum vorgenommen wurden (dabei ca. 95,8 % über die Beratungsregelung), verschwindend gering.⁴⁸ Die Möglichkeit des beratenen Abbruchs führt in der Praxis somit dazu, dass in den allermeisten Fällen der straflose Abbruch einer ungewollten Schwangerschaft möglich ist. Dies ändert dennoch nichts an der unvermindert großen Bedeutung, die das Thema des Schwangerschaftsabbruchs für die betroffenen Frauen und den gesellschaftlichen Diskurs weiterhin hat.⁴⁹

³⁸ BT-Drs. 13/1850, S. 25; BVerfGE 88, 203 (279).

³⁹ Zum Schwangerschaftsabbruch *Eser*, JZ 1994, 503 (506); *Fischer*, StGB, § 218a Rn. 4; *Otto*, Jura 1996, 135 (138); Während sich die Gesetzesbegründung so liest, als sei man davon ausgegangen, die Herausnahme aus dem strafrechtlich vertypen Unrecht würde auch die Rechtswidrigkeit der Tat entfallen lassen (BT-Drs. 13/1850, S. 25), wird der Ausschluss der Nothilfe gem. § 32 StGB inzwischen damit begründet, dass die Nothilfebehandlung nicht geboten sei, vgl. *Satzger*, JuS 1997, 800 (802 f.).

⁴⁰ *Merkel*, in: NK-StGB, Band II, 5. Aufl. (2017), § 218a Rn. 52. Von einem „Etikettenschwindel“ spricht *Dreier*, JZ 2007, 261 (268) und *Satzger*, Jura 2008, 424 (430), von einem „Eiertanz“.

⁴¹ *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 15.

⁴² Eine Ausnahme besteht für den Fall der wirtschaftlichen Bedürftigkeit, vgl. BVerfGE 88, 203 (Ls. 16), § 19 SchKG. *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 15 f., sprechen von der „rechtspolitisch delikate[n] Frage einer Korruption des Sozialrechts als Missbilligungsinstrument“.

⁴³ *Fischer*, StGB, § 218a Rn. 5.

⁴⁴ Zum Tatbestandsausschluss sui generis: *Rogall*, in: SK-StGB, § 218a Rn. 4; Zum rechtsfreien Raum: *Kaufmann*, in: FS Maurach, 1972, S. 327 ff.; Explizit gegen einen „rechtsfreien Raum“ siehe BVerfGE 39, 1 (44).

⁴⁵ *Rogall*, in: SK-StGB, § 218a Rn. 4.

⁴⁶ Vergleich der Polizeilichen Kriminalstatistiken der Jahre 2012-2022, online abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (zuletzt abgerufen am 9.4.2023).

⁴⁷ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2021, S. 34.

⁴⁸ Vergleich der Anzahl der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche der Jahre 2012-2022, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/03-schwangerschaftsabbr-rechtliche-begrue-ndung-schwangerschaftsdauer_zvab2012.html (zuletzt abgerufen am 9.4.2023).

⁴⁹ *Cornell/Trenczek*, Strafrecht und Soziale Arbeit, 2019, Rn. 154.

III. Untersuchungsmaßstab

Bei der Überprüfung von Strafgesetzen auf ihren Reformbedarf stellt sich zunächst die Frage, nach welchen Kriterien Strafgesetze zu beurteilen sind. Als Grundrechtseingriff unterliegen sie jedenfalls dem verfassungsrechtlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Mit der Intention, eine wissenschaftliche Gesetzgebungskritik zu entwickeln, die über bloße „angewandte Verfassungsrechtswissenschaft“ hinausgeht, wurden immer wieder Vorschläge für „strafrechtsinterne“ Kriterien zur Begrenzung des Strafrechts vorgebracht.⁵⁰ Hierzu zählen unter anderem die Rechtsgutslehre sowie das ultima ratio-Prinzip. Bislang sind diese jedoch wenig konturenscharf oder erschöpfen sich in der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.⁵¹ Da (Ent-)Kriminalisierungsentscheidungen auf eine Abwägung zwischen Grundrechten hinauslaufen, die von der Überzeugungskraft der jeweiligen Begründung abhängt, wird diese in den seltensten Fällen eindeutige Ergebnisse im Sinne einer eindeutigen Entscheidung für oder gegen die Kriminalisierung ergeben.⁵² Da die Verfassung aber die einzige *verbindliche* Grenze für die Gesetzgebung markiert, ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit für die Beurteilung eines Strafgesetzes unerlässlich.⁵³ Daher soll § 218 StGB im Folgenden zunächst unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit betrachtet werden (IV.) und im Anschluss daran überprüft werden, ob sich aus weiteren genuin strafrechtlichen oder kriminalpolitischen Erwägungen ein Reformbedarf ergibt (V.).

IV. Verfassungsmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB

Die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in den §§ 218 ff. StGB sind unter verschiedenen Gesichtspunkten verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Dabei geht es zum einen um die unzureichende Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren und zum anderen um einen möglichen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch die Möglichkeit eines Abbruchs bei Feststellung einer Behinderung im späteren Verlauf der Schwangerschaft.

1. Unverhältnismäßiger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht?

§ 218 StGB pönalisiert – soweit er sich auf die Tathandlung der Schwangeren bezieht – den Schwangerschaftsabbruch als ein vom Selbstbestimmungsrecht umfasstes Verhalten und stellt damit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in dieses dar. Das Selbstbestimmungsrecht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und sichert, dass der Mensch nach eigenen Maßstäben über sich verfügen kann und nicht in Lebensformen gedrängt wird, die in unauflösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstverständnis stehen.⁵⁴ Die Schwangerschaft gehört dabei zur Intimsphäre der Frau.⁵⁵ Darüber hinaus ist das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Schwangeren betroffen.⁵⁶ Um den konkreten Eingriff zu bestimmen, muss berücksichtigt werden, dass die §§ 218 ff. StGB ein zusammenhängendes Schutzkonzept darstellen. Zwar pönalisiert § 218 StGB für sich genommen jeden Schwangerschaftsabbruch und wäre damit ein gravierender Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, jedoch werden in

⁵⁰ Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (35, 38).

⁵¹ Ablehnung der Rechtsgutslehre bei BVerfGE 120, 224 (241 ff.); Zum ultima ratio-Prinzip: Greco, in: Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 23; Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (35).

⁵² Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (38).

⁵³ Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (37).

⁵⁴ BVerfG, NJW 2020, 905 (907).

⁵⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁶ BVerfGE 88, 203 (Ls. 5, 254).

§ 218a StGB Ausnahmen von der Strafbarkeit geregelt. Nach den Absätzen 2 und 3 sind die dort indizierten Schwangerschaftsabbrüche gerechtfertigt, das heißt von Rechts wegen als erlaubt anzusehen.⁵⁷ Nach Absatz 1 ist der Abbruch jedoch nicht gerechtfertigt, sondern lediglich straffrei. Damit bleibt für diese Fälle ein Unwerturteil über das vom Selbstbestimmungsrecht erfasste Verhalten bestehen, da ihnen keine auf die sonstige Rechtsordnung durchschlagende Rechtfertigungswirkung zukommt. Zwar ist es der Schwangeren damit bis zur zwölften Woche möglich, die Schwangerschaft abzuberechnen, jedoch wird sie durch das Unwerturteil stigmatisiert. Zudem ist es ihr dadurch in der Regel nicht möglich, die Kosten für die Vornahme erstattet zu bekommen.

a) Prüfungsmaßstab

Aufgrund des Menschenwürdebezugs ist der Eingriff einem strikten Verhältnismäßigkeitsmaßstab unterworfen.⁵⁸ Danach müssen die §§ 218 ff. StGB einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁵⁹ Bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, der nur insofern der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt, als dass er unter Berücksichtigung der Eigenart des Sachbereichs, der Zuverlässigkeit einer Prognosebildung und der Bedeutung der Rechtsgüter vertretbar ist.⁶⁰

b) Legitimer Zweck

Die §§ 218 ff. StGB dienen dem Schutz des ungeborenen Lebens und der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für dasselbe aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁶¹ Um die Reichweite des Schutzes zu bestimmen, muss zunächst die Grundfrage beantwortet werden, wann überhaupt von menschlichem Leben gesprochen werden kann und ab wann dem ungeborenen Leben der Schutz von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zukommt.

aa) Der Beginn menschlichen Lebens

Die Frage nach dem Beginn des menschlichen Lebens ist im Ausgangspunkt eine biologische Frage. Danach beginnt menschliches Leben bereits mit der Befruchtung der Eizelle, da ab diesem Zeitpunkt eine kontinuierliche biologische Entwicklung in Gang gesetzt wird.⁶² Davon zu unterscheiden ist die Frage nach dem Beginn des Lebens im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Das *BVerfG* ist in den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch davon ausgegangen, dass das menschliche Leben im normativen Sinne jedenfalls mit der Nidation beginne.⁶³ Von diesem Zeitpunkt an handle es sich um individuelles, nicht mehr teilbares Leben, welches sich „nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt“.⁶⁴

bb) Reichweite des Schutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Wo menschliches Leben existiert, kommt dieser Menschenwürde zu und damit auch der Schutz von

⁵⁷ Sternberg-Lieb, in: MüKo-StGB, Band I, 4. Aufl. (2020), Vorb. §§ 32 ff. Rn. 4.

⁵⁸ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 905 (908).

⁵⁹ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 99. Aufl. (2022), Art. 20 Rn. 112.

⁶⁰ BVerfGE 88, 203 (262).

⁶¹ Die Schutzpflicht hat „ihren Grund“ in Art. 1 Abs. 1 GG, aber nicht jeder Schwangerschaftsabbruch ist zugleich eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG, vgl. BVerfGE 88, 203 (251), ansonsten wäre keine Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht möglich.

⁶² Rixen, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 143.

⁶³ BVerfGE 39, 1 (251); Kritisch hierzu Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl. (1995), S. 166, der Schutz könne nicht geringer sein, nur weil noch nicht feststehe, ob sich ein Individuum oder mehrere Individuen entwickeln werden.

⁶⁴ BVerfGE 88, 203 (252).

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁶⁵ Mit „jeder“ in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist nach der Auslegung des *BVerfG* „jedes Leben besitzende menschliche Individuum“⁶⁶ gemeint. Dies wird sowohl mit dem Sinn und Zweck des Lebensschutzes begründet, welcher unvollständig wäre, wenn er sich nur auf „fertiges Leben“ beziehen würde als auch mit der Entstehungsgeschichte aus welcher hervorgehe, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch „keimendes Leben“ einschließen sollte.⁶⁷ Einer solchen Auslegung wird entgegengehalten, dass sie zwar auf Grundlage des Wortlauts möglich, aber nicht zwingend ist.⁶⁸ So ließe sich aus den Beratungen im Parlamentarischen Rat, auf die sich das *BVerfG* bezieht, gerade keine Aussage dazu entnehmen, ob das ungeborene Leben umfasst sei, sondern es sei ebenso möglich, dass diese Entscheidung dem Gesetzgeber überlassen bleiben sollte.⁶⁹ Sowohl historisch als auch im allgemeinen Sprachgebrauch sei es nicht verankert, dass *jeder Mensch* auch *jeder Ungeborene* meinen soll.⁷⁰ Der Auslegung des *BVerfG* wird jedoch überwiegend zugestimmt,⁷¹ denn bereits mit der Nidation lägen alle das Menschsein konkretisierenden Kriterien vor.⁷² Damit sei das ungeborene Leben gleich schützenswert und könne keiner unterschiedlichen Bewertung unterworfen werden.⁷³

Teilweise wird aber dennoch von einem gestuften Lebensschutz ausgegangen.⁷⁴ In verschiedenen Bereichen des Rechts könne man erkennen, dass ein kategorialer Unterschied zwischen geborenem und ungeborenem Leben bestehe und dass der rechtliche Schutz ungeborenen Lebens parallel zum Wachstum graduell zunehme.⁷⁵ Der kategoriale Unterschied liege zum Beispiel auch § 1 BGB und diversen Wertungen des Strafrechts zugrunde.⁷⁶ Dies erkenne man nach *Dreier* unter anderem daran, dass die Geburt als Zäsur nicht nur kulturell tief verankert sei, sondern ebenfalls an dem Strafmaßunterschied zwischen § 218 StGB und den §§ 211, 212 StGB.⁷⁷ Die Überlegungen zum gestuften Lebensschutz lägen ersichtlich auch § 218a StGB zugrunde.⁷⁸ So könne man widerspruchsfrei begründen, dass bis zur zwölften Woche die Entscheidung über den Abbruch nach einer erfolgten Beratung der Letztverantwortung der Schwangeren überlassen wird und ab der zwölften Woche höhere Anforderungen gelten, nach denen nur noch die medizinische Indikation einen straffreien und gerechtfertigten Abbruch begründen kann. Wenn der Lebensschutz graduell zunimmt, kann zu Beginn der Schwangerschaft das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren den Lebensschutz des Ungeborenen überwiegen, während im späteren Verlauf nur noch in Ausnahmefällen ein Abbruch gerechtfertigt sein kann. Für einen graduell ansteigenden Lebensschutz spricht zusätzlich das sozialpsychologische Moment, dass auch bei der Betrachtung der konkret-individuellen Entwicklung des Ungeborenen aus Sicht der Mutter, die Werthaftigkeit im Laufe der Schwangerschaft mit der zunehmenden Bindung steigt.⁷⁹ Ein solcher gestufter Lebensschutz wird vom *BVerfG* explizit abgelehnt.⁸⁰ Gegen diesen spricht insbesondere die Überlegung, dass das GG als Gegenentwurf zum nationalsozialistischen Regime konzipiert

⁶⁵ BVerfGE 88, 203 (252); *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 145a, stellt in diesem Zusammenhang die Überlegung auf, ob Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG das menschliche Leben oder das Leben des Menschen schützt.

⁶⁶ BVerfGE 39, 1 (37).

⁶⁷ BVerfGE 39, 1 (37 ff.).

⁶⁸ *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. Rn. 14 ff.

⁶⁹ *Rupp-v. Brünneck/Simon*, abw. Meinung in BVerfGE 39, 1 (75 ff.); *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. Rn. 14.

⁷⁰ Zur ausführlichen historischen Entwicklung des Abtreibungsverbots vgl. *Jerouschek*, Lebensschutz und Lebensbeginn, 2. Aufl. (2002).

⁷¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1, Rn. 24; *Lang*, in: BeckOK-GG, 54. Ed. (Stand: 15.2.2023), Art. 2 Rn. 16; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 2 Rn. 101.

⁷² Hierzu gehören das Spezies-, Potentialitäts- und Kontinuitätskriterium, vgl. *Lang*, in: BeckOK-GG, Art. 2 Rn. 168.

⁷³ BVerfGE 39, 1 (59).

⁷⁴ *Dreier*, ZRP 2002, 377 ff.; *ders.* JZ 2007, 261 (267).

⁷⁵ *Dreier*, ZRP 2002, 377 (378).

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ *Dreier*, ZRP 2002, 377 (378 ff.) weist darauf hin, dass heiße nicht, dass sich das Schutzniveau zwingend unterscheiden müsse. Die Warnung vor einem naturalistischen Fehlschluss auch bei *Denninger/Hassemer*, KritV 1993, 78 (83).

⁷⁸ *Hörnle*, ARSP 2003, 318 (337); *Gropp/Wörner* in: MüKo-StGB, Band IV, Vorb. § 218 Rn. 48.

⁷⁹ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, 2003, S. 283.

⁸⁰ BVerfGE 88, 203 (254).

wurde und damit ausdrücklich jede Bewertung menschlichen Lebens (und damit auch ungeborenen Lebens) ausgeschlossen sein sollte.⁸¹ Im Einklang damit ist davon auszugehen, dass sich der gleichwertige Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch auf das ungeborene Leben erstreckt.

cc) Folgen für § 218 StGB

Das Lebensrecht in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird nicht vorbehaltlos gewährleistet. Auch in das Lebensrecht eines geborenen Menschen kann aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden.⁸² Das *BVerfG* spricht im ersten Schwangerschaftsabbruchsurteil davon, dass der Gesetzgeber nicht dieselben Maßnahmen zum Schutz des geborenen und ungeborenen Lebens treffen müsse.⁸³ Eine solche Ungleichbehandlung ist grundsätzlich möglich, wenn dafür ein sachlicher Grund besteht.⁸⁴ Hierfür hat das *BVerfG* das Kriterium der Unzumutbarkeit entwickelt.⁸⁵

c) Geeignetheit

Der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren müsste zum Schutz des ungeborenen Lebens und damit zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn durch die Regelungen der Zweck zumindest gefördert wird.⁸⁶ Die verfassungsgerichtliche Prüfung kann die Prognose des Gesetzgebers nicht ersetzen, sondern nur kontrollieren, ob das vom Gesetzgeber gewählte Mittel nicht schlechthin untauglich ist, um das verfolgte Ziel zu erreichen.⁸⁷ Das Schutzkonzept der §§ 218 ff. StGB setzt in den ersten zwölf Wochen auf eine Beratungspflicht, durch welche die Schwangere für die Austragung des Kindes gewonnen werden soll. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass gerade in dieser Zeit der Schutz nur *mit* der Schwangeren möglich ist.⁸⁸ Zudem dienen die §§ 218 ff. StGB nach dem Verständnis des *BVerfG* dem Lebensschutz, indem sie durch das grundsätzlich Verbot des Schwangerschaftsabbruchs eine normative Orientierungsfunktion erfüllen und damit den verfassungsrechtlichen Rang des Schutzguts im allgemeinen Rechtsbewusstsein erhalten (positive Generalprävention).⁸⁹

aa) Auswirkung auf die Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche

Gegen die grundsätzliche Eignung des Strafrechts zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen spricht in tatsächlicher Hinsicht, dass bereits den Reformen zum Schwangerschaftsabbruchsrecht in den 1970er und 1990er Jahren die Erkenntnis zugrunde lag, dass die empfundene Not der Schwangeren in der Regel so groß ist, dass diese den Abbruch, gegebenenfalls unter Gefährdung des eigenen Lebens, trotz Strafdrohung durchführt. So hat auch das *BVerfG* festgestellt, dass weitergreifende Formen des strafrechtlichen Schutzes es nicht zu verhindern vermocht haben, dass Schwangerschaftsabbrüche eine „Massenerscheinung“ gewesen und geblieben sind.⁹⁰ Zwar ist das Strafrecht das *schärfste Schwert des Staates*, jedoch ist die Intensität eines Eingriffs nicht unbedingt gleichzusetzen mit der Effektivität.⁹¹ Aufgrund der dem Gesetzgeber vom *BVerfG* aufgetragenen Beobachtungspflicht,⁹²

⁸¹ BVerfGE 39, 1 (36 f.); *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, 2015, S. 78.

⁸² Siehe beispielsweise § 63 Abs. 2 S. 2 PolG NRW (sog. finaler Rettungsschuss).

⁸³ BVerfGE 39, 1 (45).

⁸⁴ *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 122.

⁸⁵ BVerfGE 39, 1 (48 f.).

⁸⁶ *BVerfG*, NJW 1972, 1509 (1511); *BVerfG*, NJW 1971, 1255 (1256); *Rux*, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 194.1.

⁸⁷ *BVerfG*, NJW 1969, 1619 (1621); *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Band II, 3. Aufl. (2015), Art. 20 Rn. 182.

⁸⁸ Zustimmend zur Geeignetheit der Beratungslösung BVerfGE 88, 203 (264).

⁸⁹ BVerfGE 88, 203 (253, 255, 272).

⁹⁰ BVerfGE 88, 203 (265).

⁹¹ Nur weil ein Straftatbestand beispielsweise eine besonders hohe Strafe androht, wirkt sich dies nicht zwingend auf eine Reduktion des strafbaren Verhaltens aus, vgl. *Kury*, Soziale Probleme 2013, 11 (34).

⁹² BVerfGE 88, 203 (269).

die mit dem SFHÄndG⁹³ 1995 in den §§ 15 ff. SchKG umgesetzt wurde, erhebt das Statistische Bundesamt seit 1996 Daten zu den nach §§ 218 ff. StGB durchgeführten Schwangerschaftsabbrüchen. 1996 wurden noch 130.899 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet,⁹⁴ während es 2022 nur noch 103.927 Schwangerschaftsabbrüche waren.⁹⁵ Daraus könnte man schließen, dass die Beratungsregelung für einen Rückgang der Schwangerschaftsabbrüche gesorgt hat. Jedoch sind allein die Zahlen der Schwangerschaftsabbrüche für die Wirkung der Regelung nicht aussagekräftig. Bei einer Beurteilung sind unterschiedliche mögliche Einflussfaktoren zu berücksichtigen wie die Verbreitung von Verhütungsmitteln und nidationshindernden Mitteln, beispielsweise der Pille danach. Um die tatsächliche Auswirkung der strafrechtlichen Regelung zum Schwangerschaftsabbruch auf das Rechtsbewusstsein und entsprechend auch auf den Lebensschutz des Ungeborenen zu beurteilen, bräuchte es genauere Untersuchungen. Ohne diese lassen sich keine empirischen Rückschlüsse auf die Effektivität des Beratungsschutzkonzeptes ziehen, die als Basis einer rechtlichen Beurteilung herangezogen werden können.

bb) Stärkung des allgemeinen Rechtsbewusstseins

Nach der Vorstellung des *BVerfG* sind die strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch dazu geeignet, im einzelnen Fall eine Schutzwirkung zu entfalten sowie durch die Stärkung des Bewusstseins von Recht und Unrecht sicherzustellen, dass ein rechtsgutsverletzendes Verhalten nicht in Betracht gezogen wird.⁹⁶ Diese Position ist schon unter dem Gesichtspunkt der umstrittenen Wirkung von Strafgesetzen zum Zweck der positiven Generalprävention erheblichen Bedenken ausgesetzt.⁹⁷ Selbst wenn man aber Strafgesetzen eine generalpräventive Wirkung zuspricht, bestehen dennoch Zweifel daran, ob die §§ 218 ff. StGB eine solche Wirkung überhaupt zu entfalten vermögen. Dafür müsste nämlich die Wertung der §§ 218 ff. StGB für den Adressaten verständlich sein und nicht im Widerspruch zu anderen Normen stehen. Nach *Berghäuser* trete die (unterstellte) positiv generalpräventive Wirkung durch einen kommunikativen Lernprozess ein, der Verständnis in die rechtlichen Wert- und Unwertvorstellungen ermöglichen solle.⁹⁸ Ist die rechtliche Wertung aber nicht verständlich oder widersprüchlich, dann werde keine klare Wertigkeit vermittelt, sodass das Rechtsbewusstsein auch nicht in diesem Sinne geprägt werden könne.⁹⁹ Ob § 218a Abs. 1 StGB danach geeignet ist, das Rechtsbewusstsein im Sinne des Lebensschutzes zu fördern, ist schon deshalb fraglich, weil kaum erwartet werden kann, dass die dogmatische Konstruktion des § 218a Abs. 1 StGB überhaupt von der nicht-juristisch vorgeprägten Bevölkerung verstanden wird, wenn bereits im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Uneinigkeit über die Auslegung besteht.¹⁰⁰ Zweifel bestehen auch daran, dass die §§ 218 ff. StGB eine widerspruchsfreie Vorstellung vom Lebensrecht des Ungeborenen vermitteln. Geht man von der Gleichwertigkeit von geborenem und ungeborenem Leben aus und vergegenwärtigt sich das Strafmaß der §§ 211, 212 StGB, dann stünde § 218 StGB, welcher ein Strafmaß von bis zu drei Jahren vorsieht, hierzu im Widerspruch. Das verringerte Strafmaß wird mit einem verminderten Verhaltensunrecht der

⁹³ BGBl. I 1995, S. 1050.

⁹⁴ 66 je 10.000 Frauen im gebärfähigen Alter, vgl. Statistisches Bundesamt, Schwangerschaftsabbrüche, Fachserie 12 Reihe 3, 2021, S. 30, 37.

⁹⁵ 62 je 10.000 Frauen im gebärfähigen Alter, vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 120 vom 27. März 2023, online abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/03/PD23_120_233.html (zuletzt abgerufen am 5.4.2023).

⁹⁶ BVerfGE 88, 203 (253).

⁹⁷ Unter anderem *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 51, der aus seinen Untersuchungsergebnissen folgert, dass „der Strafrechtseinfluss auf die gesellschaftliche Moral weit überschätzt wird“.

⁹⁸ Zum Wirkmechanismus unterstellter generalpräventiver Wirkung ausführlich *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 212 ff.

⁹⁹ *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 242; Auch das *BVerfG* spricht davon, dass widersprüchliche rechtliche Bewertungen das Rechtsbewusstsein verunsichern müssten, vgl. BVerfGE 88, 203 (278).

¹⁰⁰ *Sacksofsky*, ZöR 2022, 747 (752); Eine empirische Untersuchung von 2002 ergab, dass keine der befragten Frauen die Rechtswidrigkeitsklausel bei spontanen Assoziationen zu § 218 StGB nannte und auch bei der Lektüre des Gesetzestextes konnte bei nur einer Probandin eine Kenntnisnahme der Konstruktion erreicht werden. Bei Vorhalt gaben diese an, die Konstruktion erscheine „verwirrend, schwer zu verstehen und vor allem darauf gerichtet, abtreibende Frauen einer gesellschaftlichen Verurteilung auszusetzen.“, *Heitzmann*, Rechtsbewusstsein in der Demokratie, 2002, S. 215.

Schwangeren begründet, welches sich durch die symbiotische Verbindung der Schwangeren zu dem Ungeborenen – der Zweiheit in Einheit – ergebe.¹⁰¹ Dies kann aber nur für den mit Einwilligung der Schwangeren durchgeführten Abbruch gelten.¹⁰² Damit lässt sich nicht erklären, warum der gegen den Willen der Schwangeren von einem Dritten durchgeführte Abbruch, der keine Minderung des personalen Handlungsunwerts anführen kann, nicht wie ein Totschlag behandelt wird.¹⁰³ Im Gegensatz zu der verringerten Strafe eines Schwangerschaftsabbruchs, müsste die Tötung des wehrlosen und damit besonders schutzbedürftigen Ungeborenen regelmäßig strafscharfend wirken.¹⁰⁴ Ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen geborenem und ungeborenem Leben liegt somit nicht vor.¹⁰⁵ Die Stufungen im vorgeburtlichen Lebensschutz werden zwar als gesetzliche Vorwegabwägung begründet,¹⁰⁶ jedoch führen diese in aller Regel dazu, dass die Interessen der Schwangeren überwiegen.¹⁰⁷ Auch wenn man annimmt, dass die vom *BVerfG* und vom Gesetzgeber getroffenen Abwägungsentscheidungen unter Rücksichtnahme auf die besondere Situation der Schwangeren vorgenommen wurden, müssen die verschiedenen Widersprüche in der Abwägung¹⁰⁸ aber gerade das Rechtsbewusstsein des Bürgers irritieren und somit ungeeignet sein, Verständnis für die getroffene Wertentscheidung zu ermöglichen.

Es lässt sich nicht mit abschließender Sicherheit sagen, wie sich ein strafrechtliches Verbot auf das allgemeine Rechtsbewusstsein der Bevölkerung auswirkt und ob sich davon eine positiv generalpräventive Wirkung versprochen werden kann. Mit Blick auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers muss diesem zugestanden werden, dass es nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, dass sich das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs verbunden mit dem Beratungskonzept senkend auf die Abtreibungszahlen auswirkt und das Rechtswidrigkeitsverdikt das Verhalten und die Normbildung der Bevölkerung tatsächlich beeinflusst.

d) Erforderlichkeit

Das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs müsste zudem erforderlich sein, um das ungeborene Leben zu schützen. Dies ist der Fall, wenn es kein milderes, aber gleich geeignetes Mittel gibt.¹⁰⁹ Auch im Rahmen der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu. Beim Einsatz des Strafrechts als schärfstes Schwert des Staates ist jedoch besondere Zurückhaltung geboten.¹¹⁰ Als *ultima ratio* kommt es dann in Betracht, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“¹¹¹ Nach dem *BVerfG* sei das Strafrecht regelmäßig der Ort für das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs.¹¹² Der Gesetzgeber könne im äußersten Fall sogar verpflichtet sein, das Strafrecht zum Schutz

¹⁰¹ Satzger, Jura 2008, 424 (427).

¹⁰² Ebd.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 293.

¹⁰⁵ Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 305, zieht hieraus den Schluss, dass die Einbeziehung des „sonstigen Dritten“ die symbiotische Verbindung als Scheinzweck entlarve und zeige, dass das Gesetz nicht von einem verminderten Handlungs- sondern Erfolgsunrecht ausgehe.

¹⁰⁶ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 22.

¹⁰⁷ Beispielsweise erfordert § 218a Abs. 2 StGB zwar eine „schwerwiegende“ drohende Beeinträchtigung des (seelischen) Gesundheitszustands, hierfür kann aber bereits „jede subjektiv gravierende „Not“ wegen der Schwangerschaft oder des zu erwartenden Kindes“ ausreichen, so dass lediglich „normale Belastungen“ nicht genügen, vgl. Merkel, in: NK-StGB, § 218a Rn. 94.

¹⁰⁸ Ausführlich zu den verschiedenen Widersprüchen Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 667 ff.

¹⁰⁹ *BVerfG*, NJW 1972, 1509 (1511); Rux, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 196.

¹¹⁰ *BVerfGE* 39, 1 (47).

¹¹¹ *BVerfGE* 88, 203 (258); Ob sich daraus besondere Anforderungen an die Prüfung der Erforderlichkeit ergeben, ist fraglich, da diese bereits die Frage nach dem mildesten, gleich geeigneten Mittel beantwortet. Gibt es also ein außerstrafrechtliches, gleich geeignetes Mittel, dann ist auch unabhängig von der Bezeichnung als *ultima ratio* der Rückgriff auf das Strafrecht nicht erforderlich.

¹¹² Ebd.

des ungeborenen Lebens einzusetzen.¹¹³ Daraus ergebe sich keine „absolute Pflicht“ zu strafen, sondern lediglich eine „relative Pflicht“, die aus der Unzulänglichkeit aller anderen Maßnahmen erwachse.¹¹⁴ Allein aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates, lässt sich jedoch nicht ableiten, mit welchen Mitteln der Gesetzgeber diese im einfachen Recht umzusetzen hat. Dem Gesetzgeber stehen neben dem Strafrecht auch noch Regulierungsmöglichkeiten in anderen Rechtsbereichen wie etwa dem Polizei- und Ordnungsrecht zu sowie die Wahl zwischen verschiedenen Handlungsformen, von Empfehlungen oder Beratungen bis hin zu hoheitlichem Zwang.¹¹⁵ Hier treten die Unstimmigkeiten hervor, die daraus entstehen, dass das *BVerfG* die §§ 218 ff. StGB aus der Perspektive des Untermaßverbots betrachtet und nicht aus der des Übermaßverbots. Nach der Auffassung des *BVerfG* lasse es das Untermaßverbot nicht zu, frei auf den Einsatz des Strafrechts zu verzichten und Schwangerschaftsabbrüche über gerechtfertigte Fallgruppen hinaus als erlaubt anzusehen.¹¹⁶ Hinzu kommt, dass aus dem Entfallen der Strafandrohung bei der Bevölkerung der Eindruck entstehen müsse, das Verhalten sei rechtlich erlaubt und somit auch sozialetisch nicht mehr zu missbilligen.¹¹⁷ Sofern allerdings ausreichende Schutzmaßnahmen anderer Art bestehen, könne es genügen, das Verbot für nicht gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche „auf andere Weise in der Rechtsordnung unterhalb der Verfassung klar zum Ausdruck zu bringen.“¹¹⁸ Die §§ 218 ff. StGB stellen aber in erster Linie Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht dar. Diesen Eingriff muss der Gesetzgeber rechtfertigen und nicht umgekehrt, rechtfertigen, dass er *nicht* durch das Strafrecht eingreift.¹¹⁹ Dies würde die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil verkehren.¹²⁰ Der Gesetzgeber muss also darlegen, dass es keine milderen, gleich geeigneten Mittel gibt. Mildere Mittel könnten zum Beispiel die Zurverfügungstellung kostenloser Verhütungsmittel, die Verbesserung der sozialen und ökonomischen Situation von Müttern und Familien generell sowie die grundsätzliche Sicherstellung einer familienfreundlicheren Gesellschaft sein. Teilweise könnte man auch argumentieren, einige dieser Maßnahmen seien geeigneter, da sie das Entstehen von ungewollten Schwangerschaften bereits im Vorhinein verhindern. Zudem könnten Frauen, die sich nicht für einen Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer intrinsischen Ablehnung der Mutterrolle entscheiden, sondern die sich aufgrund ökonomischer Umstände oder der fehlenden sozialen sowie gesellschaftlichen Unterstützung nicht in der Lage fühlen, die Verantwortung für ein Kind zu übernehmen, von solchen Maßnahmen besonders profitieren und sich für die Austragung entscheiden. Dies wiegt besonders schwer vor dem Hintergrund, dass die generelle Eignung der strafrechtlichen Regelung bereits zweifelhaft ist. Daher bestehen im Ergebnis erhebliche Bedenken gegenüber der Erforderlichkeit. Auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers müsste dieser überzeugende Gründe dafür anführen, dass die strafrechtliche Regelung tatsächlich erforderlich ist.

e) Angemessenheit

Die §§ 218 ff. StGB müssten angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn die Intensität des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.¹²¹ Bei kollidierendem Verfassungsrecht sind die Grundrechte im Rahmen der praktischen Konkordanz in einen optimalen Ausgleich zu bringen.¹²² Ein Ausgleich zwischen den Interessen

¹¹³ BVerfGE 39, 1 (46 f.).

¹¹⁴ BVerfGE 39, 1 (47).

¹¹⁵ *Isensee*, in: GS Tröndle, 2019, S. 252 f.

¹¹⁶ BVerfGE 88, 203 (257 f.).

¹¹⁷ BVerfGE 39, 1 (58).

¹¹⁸ BVerfGE 88, 203 (258).

¹¹⁹ Nach dem Grundsatz *in dubio pro libertate*, muss nicht „wer gegen, sondern wer für ein staatliches Verbot einer bestimmten Handlung plädiert, [...] in der Lage sein, intersubjektiv überzeugende Gründe anzuführen.“, *Hoerster*, Ethik des Embryonen Schutzes, S. 9.

¹²⁰ *Isensee*, in: GS Tröndle, S. 255.

¹²¹ *Rux*, in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 197.

¹²² *BVerfG*, NJW 2009, 2190 (2191); *BVerfG*, NJW 1991, 1471 (1472).

ist aber aufgrund der „Zweiheit in Einheit“¹²³ erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt. Der Eingriff in das Lebensrecht des Ungeborenen ist besonders intensiv, da jeder Eingriff eine Beendigung des Lebens bedeutet. Bei der Intensität des Eingriffs in die Grundrechte der Schwangeren ist zu beachten, dass nicht nur eine bloße Unterlassung von der Schwangeren verlangt wird. Vielmehr muss sie über mehrere Monate extreme Veränderungen ihres Körpers, psychische Belastungen und Gefahren für Leben und Gesundheit eingehen. Weiterhin muss sie nach der Geburt die herausfordernde Rolle der Mutter übernehmen, die mit einer völligen Veränderung ihres bisherigen Lebens einher geht. Das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 StGB beschränkt sich somit nicht nur auf das Unterlassen des Abbruchs, sondern verpflichtet die Schwangere gleichzeitig, das Ungeborene auszutragen.

aa) Begründungsbedürftigkeit der Austragungspflicht

Nach dem *BVerfG* gilt während der gesamten Schwangerschaft ein Vorrang des Lebensschutzes des Ungeborenen.¹²⁴ Dieser könne auch nicht nur für eine bestimmte Zeit in Frage gestellt werden.¹²⁵ Deshalb müsse der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch für den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft verbieten und der Schwangeren die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegen, das Kind auszutragen.¹²⁶ Nur in Ausnahmefällen sei es zulässig und unter Umständen sogar geboten, der Schwangeren die Rechtspflicht nicht aufzuerlegen.¹²⁷ An die Schwangere richtet sich somit nicht nur ein Abtreibungsverbot, sondern auch eine positive Austragungspflicht.¹²⁸ Die Begründung dieser Austragungspflicht wirft Probleme auf. Die Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründet Pflichten für den Staat, aber keine Pflichten unmittelbar für die Bürgerinnen und Bürger.¹²⁹ Die staatliche Schutzpflicht für das Leben besteht gegenüber jedem. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass jeder verpflichtet ist oder der Staat jeden überhaupt nur verpflichten könnte, seinen Körper zur Rettung anderer zur Verfügung zu stellen.¹³⁰ Die Frage ist also, woraus sich die Pflicht der Schwangeren, das Ungeborene auszutragen, ergeben soll. Zum Teil wird die Austragungspflicht der Schwangeren mit der „natürlichen Verbundenheit“ der Schwangeren und dem ungeborenen Leben begründet.¹³¹ Dies beschreibe aber im Ausgangspunkt nur, woraus der normative Konflikt folgt.¹³² Zum anderen wird zur Herleitung der Pflicht eine Garantenstellung aus Ingerenz angeführt.¹³³ Durch den Geschlechtsverkehr als zurechenbares Vorverhalten werde die Schwangere zur „Überwacher“-Garantin und sei der Pflicht unterworfen, wesentliche Verschlechterungen zu verhindern.¹³⁴ Dem wird entgegengehalten, dass zur Begründung einer Sonderverantwortung aus Ingerenz pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich sei.¹³⁵ Ein solches sei beim Geschlechtsverkehr als erlaubtem Risiko aber in der Regel nicht festzustellen. Für die Begründung einer Austragungspflicht im späteren Verlauf der Schwangerschaft könnte man dann möglicherweise auf eine bewusste Übernahmeentscheidung der Schwangeren abstellen.¹³⁶ Das *BVerfG* bleibt

¹²³ BVerfGE 88, 203 (253).

¹²⁴ BVerfGE 39, 1 (43).

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ BVerfGE 88, 203 (253).

¹²⁷ BVerfGE 88, 203 (Ls. 7, 255).

¹²⁸ Teilweise wird aufgrund dieser Austragungspflicht angenommen, bei § 218 StGB handle es sich um ein Unterlassungsdelikt. Dafür *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (13); etwa in die Richtung auch *Geilen*, ZStW 1991, 829 (846 ff.); *Lennartz*, MedR 1993, 179 (180); *Renesse*, ZRP 1991, 321 (322). Explizit gegen eine solche Umdeutung: *BVerfGE* 88, 203 (256); *Fischer*, StGB § 218 Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 218 Rn. 3; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 91; *Rogall*, in: SK-StGB, § 218 Rn. 20.

¹²⁹ *Isensee*, in: GS Tröndle, S. 254.

¹³⁰ *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. Rn. 17.

¹³¹ Die besondere Verantwortung ergebe sich schon aus der Natur der Sache, vgl. *BVerfGE* 39, 1 (43); Kritisch unter anderem *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (12); *Renesse*, ZRP 1991, 321 (322).

¹³² *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. StGB Rn. 18.

¹³³ *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 97.

¹³⁴ Die Risikoquelle sei der Körper der Schwangeren, vgl. *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 97.

¹³⁵ *Fischer*, StGB, § 13 Rn. 51; *Stein*, in: SK-StGB, Band 1, 9. Aufl. (2017), § 13 Rn. 50; Anders *Freund*, in: MüKo-StGB, Band I, § 13 Rn. 121; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 13 Rn. 13; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218 Rn. 97.

¹³⁶ *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (13) mit Verweis auf die abendländisch-christliche Tradition und *Mahrenholz/Sommer*, abw. Meinung in *BVerfGE* 88, 203 (338 ff.).

einer Antwort schuldig, woraus sich die Austragungspflicht ergeben soll.¹³⁷ Diese ist aber aufgrund des intensiven Eingriffs besonders begründungsbedürftig. Die vom *BVerfG* postulierte Austragungspflicht sorgt vor allem für eine feministische Kritik an den §§ 218 ff. StGB. Ihr liege eine Vorstellung von der Rolle der Frau in der Gesellschaft und der Funktion der Sexualität zugrunde, welche aufgrund der fortschreitenden Gleichstellung der Geschlechter heute noch weniger Geltung beanspruchen könne als vor über 30 Jahren.¹³⁸

bb) Angemessenheit des pauschalen Rechtswidrigkeitsurteils

Die §§ 218 ff. StGB könnten auch insofern unangemessen sein, als dass durch § 218a Abs. 1 StGB alle beratenen Schwangerschaftsabbrüche als rechtswidrig eingestuft werden und somit auch solche Schwangerschaftsabbrüche, bei denen nach dem *BVerfG* das Kriterium der Unzumutbarkeit vorliegt, das heißt, die Belastungen für die Schwangere so groß sind, dass der Staat nicht von ihr verlangen kann, dem Lebensrecht des Ungeborenen Vorrang einzuräumen.¹³⁹ Diese grundsätzliche Versagung der Rechtfertigung wird damit begründet, dass es „mit der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes unvereinbar [ist], wenn die an dem Konflikt existenziell beteiligten Frauen selbst mit rechtlicher Erheblichkeit feststellten, ob eine Lage gegeben ist, bei der das Austragen des Kindes unzumutbar ist“.¹⁴⁰ Ohne dass die Voraussetzungen (staatlicherseits) festgestellt werden, könne keine Rechtfertigung in Betracht kommen.¹⁴¹ Eine Drittfeststellung würde aber die Wirksamkeit der Beratungslösung beeinträchtigen.¹⁴² Dies führt zu einer unangemessenen Belastung der Schwangeren. Dadurch ist ihr, selbst wenn ihre Interessen überwiegen, die Rechtfertigung des Abbruchs und damit die Billigung durch die Rechtsordnung und die Möglichkeit staatliche Unterstützung zu erlangen, versagt. Obwohl sie sich nach der Interessenabwägung des *BVerfG* grundrechtskonform verhält, weil auch die soziale Not eine Unzumutbarkeit auslösen kann, kann sie sich, wenn sie sich für einen Abbruch entscheidet, nur rechtswidrig verhalten. *Mahrenholz* und *Sommer* bemerken hierzu: „Die Frau zahlt mit der Versagung der Rechtfertigung gleichsam den Preis für das neue Schutzkonzept.“¹⁴³ *Böckenförde* geht zwar im Ergebnis auch davon aus, dass der Schwangeren die förmliche Rechtfertigung versagt werden müsse, die durch ein Indikationsverfahren ermöglicht würde, dass es jedoch kein Erfordernis des Rechtsstaats sein könne, der Schwangeren die materielle Rechtfertigung unaufhebbar, beispielsweise für die sozialrechtlichen Folgefragen, zu versagen.¹⁴⁴ Zwar wird der Schwangeren die Letztverantwortung über den Abbruch zugemutet, aber ihr wird die Billigung der Rechtsordnung nur dann zuteil, wenn sie sich im Sinne des Lebensschutzes entscheidet.

Es gibt jedoch auch Gründe dafür, dass die Versagung der Rechtfertigung ohne formelle Feststellung durch einen Dritten nicht zwingend ist. Man könnte auch annehmen, dass durch den Prozess der Beratung sichergestellt wird, dass die Schwangere in Kenntnis aller rechtlichen Wertungen und ohne Beeinflussung, beispielsweise durch das soziale Umfeld, ihre Entscheidung verantwortungsvoll trifft und bei einem weiterhin bestehenden Abbruchverlangen eine Indizwirkung für das Vorliegen einer Unzumutbarkeit gegeben ist. Das *BVerfG* lehnt dies explizit ab und führt dazu aus, dass sich keine Indizwirkung aus der Entscheidung für den Abbruch dafür ergebe,¹⁴⁵ denn dies würde „die Lebenswirklichkeit verkennen, in der Männer wie Frauen vielfach ihre eigenen Lebensvorstellungen überbewerten und diese auch dann nicht zurückzustellen bereit sind, wenn es bei objektivem Nachvollziehen ihrer

¹³⁷ *Merkel*, in: NK-StGB, Vorb. §§ 218 ff. StGB Rn. 18.

¹³⁸ *Bernsmann*, JuS 1994, 9 (13); Ähnlich *Sacksofsky*, in: FS Prittwitz, 2023, S. 188 f.

¹³⁹ BVerfGE 88, 203 (257).

¹⁴⁰ BVerfGE 88, 203 (275).

¹⁴¹ BVerfGE 88, 203 (274).

¹⁴² BVerfGE 88, 203 (269).

¹⁴³ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (353).

¹⁴⁴ *Böckenförde* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (361).

¹⁴⁵ BVerfGE 88, 203 (267, 276).

individuellen Lebenssituation zumutbar erscheint.¹⁴⁶ Wenn man aber, so *Mahrenholz/Sommer*, auch nach der Beratung davon ausgehe, dass sich aus einem weiterbestehenden Wunsch nach einem Schwangerschaftsabbruch nicht auf eine Notlage schließen lässt, dann gehe man entweder davon aus, dass die Beratung nicht geeignet ist, der Schwangeren die Bedeutung der Entscheidung nahe zu bringen oder dass die Schwangere nicht in der Lage ist, eine verantwortungsvolle Entscheidung zu treffen.¹⁴⁷ Ausgangspunkt für eine Regelung muss aber sein, dass die Schwangere selbstverständlich zu einer verantwortlichen und für eine Rechtfertigung tragfähigen Entscheidung fähig ist.¹⁴⁸ Die Entscheidung über den Abbruch dem selbstbestimmten Entschluss der Schwangeren zu überlassen, heißt nicht, dass die Schwangere willkürlich über das Ungeborene verfügen kann.¹⁴⁹ Das hieße den Autonomiegedanken zu verantwortungsfreier Selbstherrlichkeit zu diskreditieren.¹⁵⁰ Spätestens nach der Beratung sei sie sich der Bedeutung der Entscheidung bewusst.¹⁵¹ Was bei einer verantwortungsbewussten Abwägung zu berücksichtigen ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Jede Schwangere hat unterschiedliche Lebens-, Gesundheits- und Persönlichkeitsinteressen. Heteronome Kriterien vorzugeben, bei denen ein Abbruch möglich sein soll, würde bedeuten, der Schwangeren vorzugeben, welche Interessen ihr gegenüber dem ungeborenen Leben gewichtiger erscheinen dürfen und welche nicht.¹⁵² Auch die Abwägung einem Dritten zu überlassen, hieße, die individuelle Notlage der Schwangeren zu objektivieren und damit dem einzigartigen Schwangerschaftskonflikt nicht hinreichend Rechnung zu tragen.¹⁵³ Der Schwangeren die Letztverantwortung einzuräumen, heißt anzuerkennen, dass niemand die individuelle Konfliktlage besser einschätzen kann als die Schwangere selbst und ihr das verantwortungsvolle Abwägen zuzutrauen.¹⁵⁴ Somit spricht viel dafür, dass das pauschale Unrechtsurteil über die beratenen Schwangerschaftsabbrüche das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren, im Sinne eines Zutrauens einer informierten und verantwortungsbewussten Entscheidung, nicht angemessen berücksichtigt.

Die pauschale Erklärung aller beratenen Schwangerschaftsabbrüche für rechtswidrig ist unangemessen. Sie verkennt die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts der Frau, in eigenen Angelegenheiten verantwortungsvoll entscheiden zu können. Möglicherweise könnte § 218a Abs. 1 StGB dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass für die Schwangere zumindest die Möglichkeit besteht, ihre soziale Notlage und damit die Unzumutbarkeit darzulegen und somit gerechtfertigt zu handeln.¹⁵⁵

2. Spätabbrüche nach § 218a Abs. 2 StGB bei Feststellung einer Behinderung

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 218a Abs. 2 StGB mit der Pflicht des Staates gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, Menschen mit einer Behinderung wirksam vor Benachteiligung zu schützen. Anlass hierfür gaben nicht zuletzt das Urteil des *BVerfG* zum Schutz von Menschen mit Behinderung

¹⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (267); Kritisch hierzu: *Bergmann*, in: KritV Sonderheft 1/1993, 125.

¹⁴⁷ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (351).

¹⁴⁸ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (350).

¹⁴⁹ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 286.

¹⁵⁰ Ebd.

¹⁵¹ *Mahrenholz/Sommer* abw. Meinung in BVerfGE 88, 203 (350).

¹⁵² *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 287.

¹⁵³ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 296.

¹⁵⁴ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 286.

¹⁵⁵ Ähnlich *Gropp*, GA 1994, 174 (162 ff.).

bei Triage-Entscheidungen¹⁵⁶ sowie der Berliner-Zwillings-Fall¹⁵⁷. Zwar wurde mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz von 1995 die umstrittene embryopathische Indikation¹⁵⁸ abgeschafft, um klarzustellen, dass eine Behinderung keinen verminderten Lebensschutz zur Folge habe, jedoch werden diese Fälle durch § 218a Abs. 2 StGB, die medizinisch-soziale Indikation, aufgefangen.¹⁵⁹ Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung der Schwangeren regelmäßig dann bejaht werden könne, „wenn diese Situation bei der Schwangeren unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse zu der Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes führt.“¹⁶⁰ Der Abbruch wird also nicht mit der Behinderung begründet, sondern mit den Auswirkungen auf die Schwangere. Diesem Einwand wird entgegengehalten, es handle sich um ein Scheinargument, denn es sei irrelevant, ob das Ungeborene wegen seiner Behinderung oder wegen der sich aus der Behinderung ergebenden Belastung für die Eltern abgetrieben werde.¹⁶¹ Einem solchen Argument liege die Vorstellung zugrunde, die Schwangere müsse sich von der „Last des Kindes“¹⁶² befreien können. Damit sei nicht nur eine generelle Relativierung des Lebensschutzes verbunden, sondern speziell eine Relativierung des Lebensschutzes behinderter Menschen.¹⁶³ Die Abschaffung der embryopathischen Indikation hat das Problem nicht gelöst, sondern lediglich verlagert.¹⁶⁴ Teils wurde es sogar verschärft, da durch die Neuerung Abbrüche bei der Feststellung einer Behinderung auch nach der 22. Schwangerschaftswoche noch möglich sind. Dadurch können Spätabbrüche auch bei eigentlich bereits lebensfähigen Ungeborenen noch durchgeführt werden.

Voraussetzung für einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist zunächst, dass der personale Schutzbereich für das Ungeborene eröffnet ist. Dass sich Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf das ungeborene Leben erstreckt, wird überwiegend abgelehnt.¹⁶⁵ Teilweise wird die Erstreckung aber auch für notwendig erachtet, um das Diskriminierungsverbot nicht auszuhöhlen.¹⁶⁶ Selbst wenn man eine Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs ablehnt, könnte dennoch eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht dadurch begründet werden, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eine objektive Wertentscheidung enthält.¹⁶⁷ Der Gesetzgeber muss Maßnahmen treffen, um die rechtliche und gesellschaftliche Ausgrenzung zu verhindern.¹⁶⁸ Auch wenn keine Benachteiligung des einzelnen Ungeborenen vorliegt, muss die Erwägung, dass regelmäßig beim Vorliegen einer Behinderung von einer Unzumutbarkeit für die Schwangere ausgegangen wird, sich negativ auf die gesellschaftliche Integration von bereits geborenen Menschen mit Behinderung auswirken. In Anbetracht des Regelungsdefizits wird zum Teil eine Wiedereinführung einer

¹⁵⁶ BVerfGE 160, 79; Der Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verdichte sich zur Schutzpflicht, wenn das Risiko einer Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht (Ls. 2).

¹⁵⁷ BGH, NJW 2020, 645; Abgrenzung des straffreien Spätabbruchs eines behinderten Kindes zum strafbaren Totschlag bei Tötung nach Öffnung der Bauchdecke.

¹⁵⁸ Nach der embryopathischen Indikation gem. § 218a Abs. 3 StGB i.d.F. des SFHG war ein Abbruch nach Beratung bis zur 22. Schwangerschaftswoche möglich, wenn dringende Gründe für die Annahme sprachen, dass das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wog, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden konnte, vgl. BGBl. I 1992, S. 1402.

¹⁵⁹ BT-Drs. 13/1850, S. 26.

¹⁶⁰ Groppl/Wörner, in: MüKo-StGB, Band IV, § 218a Rn. 61; ebenso Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 218a Rn. 14.

¹⁶¹ Beckmann, MedR 1998, 155 (160).

¹⁶² Otto, Jura 1996, 135 (142).

¹⁶³ Ebd.

¹⁶⁴ Beckmann, MedR 1998, 155 (155); Frey, Das Problem der Spätabtreibung, 2022, S. 184; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 218a Rn. 15; Tröndle, NJW 1995, 3009 (3015) spricht von einem „Akt gesetzgeberischer Verhüllungskunst“.

¹⁶⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 163; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 114.

¹⁶⁶ Frey, Das Problem der Spätabtreibung, S. 139.

¹⁶⁷ BVerfG, NJW 2022, 380 (383).

¹⁶⁸ BVerfG, NJW 2022, 380 (384).

embryopathischen Indikation gefordert.¹⁶⁹ Dies würde der Vorgabe des *BVerfG* entsprechen, welches für die Verfassungsmäßigkeit der embryopathischen Indikation, „ihre hinreichend genaue Umgrenzung“ voraussetzte.¹⁷⁰ Dagegen wird angeführt, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erst nachträglich in das GG eingefügt wurde¹⁷¹ und das *BVerfG* die embryopathische Indikation nicht am Benachteiligungsverbot messen konnte. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit, die mit der Behinderung begründet wird, verstoße gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenso wie die erweiterte medizinisch-soziale Indikation, die die ehemalige embryopathische Indikation umfasst.¹⁷² Geht man von einer Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG aus, dann müsste § 218a Abs. 2 StGB dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass allein aus der Behinderung resultierende Belastungen nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden dürfen.¹⁷³

V. Zusammenfassung des Reformbedarfs und Reformmöglichkeiten

Wie bereits dargestellt, ist ein Entkriminalisierungsbedarf aufgrund einer verfassungsrechtlichen Abwägung selten evident und wegen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers kommt es auch im Bereich des Strafrechts kaum vor, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zur Entkriminalisierung verpflichtet ist.¹⁷⁴ Dennoch begegnen die §§ 218 ff. StGB aufgrund der zuvor aufgezeigten Gründe durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Aufgrund der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung besteht zwar unter Umständen kein rechtsverbindlicher Reformbedarf, jedoch sprechen gute Gründe dafür, auch im Hinblick auf die dargestellten Zweifel an der Verhältnismäßigkeit, erneut über eine Reform des Schwangerschaftsabbruchs gem. §§ 218 ff. StGB nachzudenken.

1. Genuin strafrechtliches Interesse an einer Reform

Den §§ 218 ff. StGB liegen politische Erwägungen zugrunde, die mit unauflösbaren strafrechts- und verfassungsdogmatischen Friktionen einhergehen. Neben den verfassungsrechtlichen Bedenken sprechen ebenfalls genuin strafrechtliche und kriminalpolitische Erwägungen für eine Reform. Um trotz Straffreistellung das allgemeine Unrechtsurteil aufrecht zu erhalten, werden allgemeine Rechtsgrundsätze wie die Notwehr und die Einheit der Rechtsordnung beeinträchtigt und das Sozialversicherungsrecht zum Missbilligungsinstrument korrumpiert.¹⁷⁵ Dabei geht das ultima ratio-Prinzip im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unter und das Untermaßverbot verdreht die Beweislast für die Geeignetheit zulasten der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte. Es ist zwar nicht unbedingt eine verfassungsrechtliche Verbindlichkeit, aber ein „Gebot politischer Klugheit“¹⁷⁶, das Strafrecht schonend einzusetzen. Das formelhafte Bekenntnis hierzu und die dennoch fortgesetzte Missachtung des ultima ratio-Prinzips haben negative Auswirkungen auf das Strafrechtssystem.¹⁷⁷ Ein Verhalten (einfach-)rechtlich zu missbilligen, dieses in der Folge letztlich aber nicht nur hinzunehmen, sondern sogar die rechtliche Grundlage dafür zu schaffen, dass es durchgeführt werden kann (vgl. § 13 SchKG), nimmt dem zugrundeliegenden Wert

¹⁶⁹ Czerner, ZRP 2009, 233 (234 f.).

¹⁷⁰ BVerfGE 88, 203 (257).

¹⁷¹ BGBl. I 1994, 3146.

¹⁷² Frey, Das Problem der Spätabtreibung, S. 139 f.

¹⁷³ Beckmann, MedR 1998, 155 (160); Zu weiteren Reformüberlegungen siehe unter (V. 3.).

¹⁷⁴ Siehe zum Beispiel die Entscheidungen des *BVerfG* zum Geschwisterinzest (BVerfGE 120, 224) sowie zum Umgang mit Cannabisprodukten (BVerfGE 90, 145).

¹⁷⁵ Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 218a Rn. 16.

¹⁷⁶ Landau, NSTZ 2015, 665 (668).

¹⁷⁷ Vgl. Landau, NSTZ 2015, 665 (668).

seine rechtliche und moralische Verbindlichkeit¹⁷⁸ und trägt im Ergebnis dazu bei, dass das Strafrecht seine Glaubwürdigkeit verliert.

2. Kluger Kompromiss oder „lose-lose Situation“?

Nicht nur aus strafrechtlicher Perspektive besteht ein Interesse an der Reform im Sinne einer klaren, systematischen Regelung, sondern auch aus der Perspektive des Lebensschutzes sowie des Selbstbestimmungsrechts. Der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 StGB beruht auf einem politischen Kompromiss.¹⁷⁹ Für diejenigen, die den Schutz des Ungeborenen in den Vordergrund stellen, bleibt der Schwangerschaftsabbruch Unrecht und als grundsätzliches Verbot im StGB bestehen. Für diejenigen, die sich für die selbstbestimmte Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch einsetzen, besteht zumindest bis zur zwölften Woche die Möglichkeit, einen solchen Abbruch, ohne zusätzliche materielle Voraussetzungen, durchzuführen. Die Schwangere zahlt für diesen Kompromiss aber mit der Möglichkeit, in den ersten zwölf Wochen rechtmäßig – auch beim Vorliegen einer unzumutbaren Konfliktlage außerhalb der Absätze 2 und 3 – die Schwangerschaft abubrechen. Trotz der Tatsache, dass ihr die Letztverantwortung *zugeschrieben* wird, wird diese ihr nicht *zugetraut*. Durch die mit dem Rechtswidrigkeitsurteil verbundene Tabuisierung und Stigmatisierung des Schwangerschaftsabbruchs entsteht eine defizitäre Versorgungslage, die in der Praxis erhebliche Hürden mit sich bringt. Diejenigen, die eine Stärkung des Schutzes ungeborenen Lebens befürworten, zahlen für den Kompromiss mit eklatanten Wertungswidersprüchen hinsichtlich des Lebensschutzes in der Frühphase der Schwangerschaft und nach der 22. Schwangerschaftswoche, mit Beginn der Lebensfähigkeit, greift der Schutz häufig zu kurz. Zudem hat auch die Beratungslösung nicht bedeutend etwas an der Zahl der Abbrüche geändert, sodass sich von § 218 StGB nur ein symbolischer Schutz des Ungeborenen versprochen werden kann. Es ist das Wesen eines Kompromisses, dass nicht beide Interessen vollständig befriedigt werden. Ein symbolisches Strafgesetz, welches die Schwangere unverhältnismäßig belastet und dessen Effekt auf den tatsächlichen Lebensschutz des Ungeborenen zweifelhaft ist, ist aber kein „gelungener Kompromiss“, sondern eine „lose-lose Situation“.

3. § 218 StGB *de lege ferenda*

Eine Reform auszugestalten ist die Aufgabe der Legislative. Aufgrund der spezifischen Vorgaben des *BVerfG* könnte sich eine Reform im Konflikt mit dessen Rechtsprechung befinden. Neben der zuvor erläuterten Kritik an der damaligen Entscheidung hat sich die Rechtsprechung des *BVerfG* aber auch in den letzten 30 Jahren seit dem zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil weiterentwickelt. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts sowie des allgemeinen gesellschaftlichen Wandels ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass das *BVerfG* einer möglichen Reform des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB heute offener gegenübersteht.

Für die Frühphase der Schwangerschaft (1-12. Woche) sollte sich der Gesetzgeber überlegen, wie eine selbstbestimmte, verantwortungsvolle Entscheidung abgesichert werden kann. Hierbei muss es vor allem auch darum gehen, etwaigen Zwang oder Druck durch Partner oder das soziale Umfeld auszuschließen und sicherzustellen, dass die Entscheidung für oder gegen einen Abbruch allein aus der individuellen Unzumutbarkeit resultiert. Hier sollte

¹⁷⁸ Von einem Lippenbekenntnis sprechen *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, S. 196; *Lennartz*, MedR 1993, 179 (184).

¹⁷⁹ *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 218 Rn. 64; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 11.

berücksichtigt werden, dass die Vorstellung, Schwangerschaft sei der für eine Frau zu tolerierende „Normalzustand“, aus welchem allein sich keine Unzumutbarkeit ergeben könnte,¹⁸⁰ gleichheitsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist.¹⁸¹ Eine solche Entscheidung müsste dann auch von der Gesamtrechtsordnung respektiert werden. Dadurch wäre eine Kostenübernahme durch die Krankenkassen möglich, aber auch nicht zwingend, denn nicht jede Gesundheitsmaßnahme wird bekanntlich von den Krankenkassen übernommen. Um aber gleichzeitig den Schutz des ungeborenen Lebens zu sichern, müsste der Gesetzgeber umfassende Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern. Dazu zählen im Ausgangspunkt die Übernahme von Kosten für Verhütung durch die Krankenkassen, die bislang nur bis zum 22. Lebensjahr übernommen werden (vgl. § 24a Abs. 2 SGB V). Wie auch schon 1993 gefordert, müssten die erheblichen sozialen Nachteile, die mit dem Austragen und Aufziehen von Kindern verbunden sind,¹⁸² abgebaut und eine tatsächlich kinderfreundliche Gesellschaft gefördert werden. Vor dem Hintergrund eines möglichen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, könnte der Gesetzgeber den Schwangerschaftskonflikt entschärfen, indem er die soziale und finanzielle Unterstützung für Familien mit behinderten Kindern erhöht und so die Schwangere mit ihrer Entscheidung für das Kind nicht alleine lässt. Solche Maßnahmen sind kostspielig, aber wenn das ungeborene Leben tatsächlich und effektiv geschützt werden soll, kann der Staat sich nicht auf den kostengünstigen, nur die Schwangere belastenden, moralischen Appell im Strafgesetz zurückziehen in dem Glauben, er habe damit bereits die ultima ratio ergriffen. Eine solche Reform müsste beobachtet und auf ihre Eignung zum Lebensschutz nachgeprüft werden. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber mit Blick auf embryopathisch veranlasste medizinische Indikation über eine Reform nachdenken, die sowohl den Besonderheiten der Belastungen der Schwangeren, die bei einer Schwangerschaft mit einem behinderten Kind entstehen, Rechnung trägt als auch sicherstellt, dass nicht der alleinige Anknüpfungspunkt die festgestellte Behinderung ist.¹⁸³ Zwar ist besondere Vorsicht geboten, dadurch keine Benachteiligung von behinderten Menschen zu regeln, aber ein gänzlich Unterlassen einer Regelung, kann den Schutz ebenfalls nicht sicherstellen. Nicht nur aufgrund der Probleme im Hinblick auf die embryopathische Indikation, sondern auch in Anbetracht des technischen und medizinischen Fortschritts, der es Ärztinnen und Ärzten immer früher möglich macht, das Überleben von Frühgeburten abzusichern, könnte es gewinnbringend sein, darüber nachzudenken, den Schutz der §§ 211, 212 StGB früher beginnen zu lassen. Dadurch würden Spätabtreibungen nach der Feststellung einer Behinderung nur noch dann möglich sein, wenn das Leben der Schwangeren bedroht ist. Dies würde auch den Wertungswiderspruch auflösen, dass ein bereits lebensfähiges, behindertes Ungeborenes in der letzten Phase der Schwangerschaft noch rechtmäßig abgetrieben werden kann, das Frühgeborene aber bereits den vollen Schutz der §§ 211, 212 StGB genießt.¹⁸⁴ Ist eine Lebensfähigkeit bereits gegeben, ist es fragwürdig, dass der einzige Unterschied zwischen dem Schutz der §§ 211, 212 StGB und dem des § 218 StGB – und damit auch dem Strafmaß von bis zu drei Jahren und gegebenenfalls lebenslänglich – darin begründet liegt, dass der Embryo sich noch im Mutterleib befindet.¹⁸⁵

VI. Fazit und Ausblick

In Anbetracht der Tatsache, dass sich wohl für radikale Lösungen keine Mehrheiten in der Gesellschaft finden

¹⁸⁰ BVerfGE 88, 203 (257).

¹⁸¹ *Chiofalo*, KJ 2023, 18 (22).

¹⁸² *Fischer*, StGB, Vorb. §§ 218-219b Rn. 10a.

¹⁸³ Zu denken ist hier beispielsweise an die Neuregelung von § 5c IfSG, bei welcher eine Anknüpfung an eines der Merkmale aus Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich als unzulässig eingestuft wird.

¹⁸⁴ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 218a Rn. 16.

¹⁸⁵ *Freund*, in: Humane Orientierungswissenschaft, 2008, S. 167.

und diese auch der Sache nicht gerecht würden, schlussfolgert *Fischer*, es bestehe „derzeit kein wirklicher Bedarf, eine hochproblematische Quelle gesellschaftlichen Unfriedens gezielt zu öffnen.“¹⁸⁶ Dieser Eindruck verschärft sich, wenn man sich den heftigen Diskurs über das Schwangerschaftsabbruchsrecht in den USA vergegenwärtigt, der Gräben in der Gesellschaft vertieft und Fronten nahezu unüberwindbar verhärtet.¹⁸⁷ Obwohl auch das *BVerfG* davon spricht, dass die Entscheidung zum Abbruch eine „achtenswerte Gewissensentscheidung“¹⁸⁸ sein kann, ist es den Menschen nicht egal, wie sich ein anderer entscheidet. Nach *Dworkin* ist dies dadurch zu erklären, dass in solchen Entscheidungen die Einstellung zum intrinsischen Wert des Lebens zum Ausdruck kommt und daher jeder hofft, dass andere seinem eigenen Gefühl entsprechen.¹⁸⁹ In der gegenteiligen Handlung glaubt man eine Missachtung des menschlichen Lebens und damit mangelnden Respekt vor allen zu erkennen.¹⁹⁰ Eine erneute Debatte über die §§ 218 ff. StGB könnte sicherlich gesellschaftliche Spannungen auslösen, jedoch sind die §§ 218 ff. StGB *de lege lata* – bis auf die bislang befriedende Wirkung – ein Kompromiss, der letztlich keiner Seite dient.

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

¹⁸⁶ *Fischer*, ZfL 2022, 1 (9).

¹⁸⁷ *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2379) spricht von einem „kulturellen Krieg“.

¹⁸⁸ BVerfGE 39, 1 (48).

¹⁸⁹ *Dworkin*, Grenzen des Lebens, 1994, S. 332.

¹⁹⁰ Ebd.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Kludia Richter

Pro und Contra der Streichung des § 219a StGB

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 12.4.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	28
II. Hintergrund und Regelungsinhalt des § 219a StGB	28
1. Hintergrund des § 219a StGB	28
2. Regelungsinhalt des § 219a StGB	29
III. Das Pro und Kontra der Streichung von § 219a StGB	29
1. Pro – Argumente für die Streichung des § 219a StGB	30
a) Möglichkeit eines verbesserten Informationsangebots durch Mediziner für betroffene Frauen	30
aa) Erläuterung	30
bb) Auseinandersetzung	30
b) Einklang und Stärkung des Beratungskonzepts	32
aa) Erläuterung	32
bb) Auseinandersetzung	33
c) Fristgerechte Information an Betroffene	34
aa) Erläuterung	34
bb) Auseinandersetzung	34
d) Klare Trennung von Information und Werbung	34
aa) Erläuterung	34
bb) Auseinandersetzung	35
e) Keine Strafbarkeit von Ärzt:innen	35
aa) Erläuterung	35
bb) Auseinandersetzung	35
f) Keine Beeinträchtigung des Rechts auf freie Arztwahl (Art. 2 Abs. 1 GG) und fachlich-medizinische Versorgung	36
aa) Erläuterung	36
bb) Auseinandersetzung	36
g) Stärkung des Selbstbestimmungsrechts der ungewollt Schwangeren	37
aa) Erläuterung	37
bb) Auseinandersetzung	37
h) Keine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung	38
aa) Erläuterung	38
bb) Auseinandersetzung	38
i) Keine Beeinträchtigung der reproduktiven Selbstbestimmung	38
j) Keine Vorfeldkriminalisierung	39
aa) Erläuterung	39
bb) Auseinandersetzung	39
k) Abschaffung eines Widerspruchs	39
aa) Erläuterung	39
bb) Auseinandersetzung	40

<i>l) Keine Rechtsunsicherheit</i>	41
<i>m) Abschaffung des „Relikts aus der Nazizeit“</i>	42
<i>aa) Erläuterung</i>	42
<i>bb) Auseinandersetzung</i>	42
<i>2. Kontra – Argumente gegen die Streichung des § 219a StGB</i>	42
<i>a) Missachtung des Schutzes des vorgeburtlichen Lebens und Verminderung des Schutzkonzepts</i>	42
<i>aa) Erläuterung</i>	42
<i>bb) Auseinandersetzung</i>	43
<i>b) Risiken der vollständigen Abschaffung</i>	44
<i>aa) Erläuterung</i>	44
<i>bb) Auseinandersetzung</i>	44
<i>c) Entfallen des strafrechtlichen generalpräventiven Charakters</i>	45
<i>aa) Erläuterung</i>	45
<i>bb) Auseinandersetzung</i>	45
IV. Abschließende Stellungnahme	46

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat die Forderung zahlreicher Frauen-, Sozial-, und Ärzteverbände¹ zur Streichung des § 219a StGB geprüft und am 24. Juni 2022 die Streichung des sogenannten Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche beschlossen. Eine Mehrheit aus SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP und DIE LINKE stimmte für die Streichung des § 219a StGB. Die CDU/CSU und die AfD lehnten diese Entscheidung hingegen ab.² Über die Streichung des Werbeverbots hinaus wurden auch die Änderung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) und die Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB)³ beschlossen. Die Rechtswissenschaft nimmt die gesetzgeberischen Entscheidungen teils befürwortend, teils kritisch und mit Bedenken für die Zukunft auf. Wie die Abschaffung des Straftatbestands unter rechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten ist, wird in dieser Arbeit näher beleuchtet.

II. Hintergrund und Regelungsinhalt des § 219a StGB

1. Hintergrund des § 219a StGB

Der Streichung des § 219a StGB ging eine weitreichende (rechts)politische Debatte voraus. Kaum eine andere Diskussion der letzten Jahre wurde in einem solchen Umfang und in solcher Intensität geführt wie diese. Zahlreiche Frauen gingen mit Protestkundgebungen⁴ auf die Straße, zudem wurde eine erfolgreiche Petition für die Abschaffung der Vorschrift initiiert.⁵

Die Debatte entbrannte anlässlich eines Strafverfahrens im Jahr 2017 gegen die Medizinerin *Kristina Hänel*. Gegenstand dieses Verfahrens war die Bereitstellung von Informationen über mögliche Modalitäten der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen gegen Honorar auf der Internetseite ihrer Praxis. Das beschriebene Verhalten wurde vom *Amtsgericht Gießen*⁶ als strafbar gem. § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB eingestuft, sodass die Betroffene zur Zahlung einer Geldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen zu je 150 Euro verurteilt wurde. Die Entscheidung erlangte große mediale Aufmerksamkeit. Dadurch rückte der Straftatbestand des § 219a StGB zunehmend in das öffentliche Interesse. Den Gesetzgeber bewogen die Debatten zum Umdenken, sodass im Jahr 2019 eine Gesetzesänderung erfolgte. Dabei wurde ein neuer Absatz 4 in die Vorschrift des § 219a StGB eingefügt, der am 29.3.2019 durch das Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch in Kraft trat.⁷ Nicht nur rechtspolitisch interessant bei der Auseinandersetzung mit der Abschaffung des § 219a StGB ist der Umstand, dass im Vergleich zur politischen Brisanz der Debatte dem Tatbestand selbst bisher nur eine geringe strafrechtspraktische Relevanz zukam. Die Strafverfolgungsstatistik wies für das Jahr 2019 zwei⁸, für das Jahr 2020 eine⁹ und für das Jahr 2021 zwei¹⁰ Verurteilungen aus. Eine weitere Besonderheit in dieser Debatte ist, dass

¹ Um einige zu nennen: DGB-Frauen, Frauenverband Courage, Pro Familia, Frauen.Verdi.

² Deutscher Bundestag, Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw25-de-werbeverbot-schwangerschaftsabbruch-897782> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

³ Urteile, die auf § 219a StGB beruhten, wurden aufgehoben: Vertiefungshinweise: *Kubiciel*, ZJ 2022, 934; *Hohnerlein*, JZ 2023, 94.

⁴ *Nehls*, Streit um Abtreibungswerbung, Deutschlandfunk v. 12.12.2017, online abrufbar unter: <https://www.fpz-berlin.de/Kundgebung-am-14-06-19-947471.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁵ Petition initiiert von Frau *Kristina Hänel*, online abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/streit-um-abtreibungswerbung-150-000-unterschriften-gegen-100.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁶ *AG Gießen*, Ur. v. 24.11.2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15.

⁷ BGBl. 2019 I, S. 350.

⁸ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, 1 (32).

⁹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, 1 (34).

¹⁰ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2021, 1 (34).

es sowohl für den Schutz des ungeborenen Lebens durch § 219a StGB als auch für dessen abschreckende Wirkung auf Frauen keine empirischen Belege gibt.

2. Regelungsinhalt des § 219a StGB

Nach § 219a StGB machte sich strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise Schwangerschaftsabbrüche anbot, ankündigte, anpries oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgab. Gegenstände des Werbens konnten eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs (§ 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder zum Schwangerschaftsabbruch geeignete Mittel, Gegenstände oder Verfahren unter Hinweis auf deren Eignung sein (§ 219a Abs. 1 Nr. 2 StGB). Die Absätze 2 und 3 sahen für § 219a StGB von Beginn an Ausnahmen vom tatbestandsmäßigen Verhalten vor. Gleiches galt auch für den zuvor neu eingefügten Absatz 4. Nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB konnten Ärzt:innen, Krankenhäuser und Einrichtungen auf die Tatsache hinweisen, dass sie Abbrüche durchführen. Zudem konnten sie gem. § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB auf Informationen der in der Norm ausdrücklich benannten Stellen hinweisen.

Somit war vor der Streichung der Vorschrift jedes öffentlich zugängliche Anbieten eigener Dienste für einen Schwangerschaftsabbruch strafbar. Öffentlich ist Werbung für den Schwangerschaftsabbruch, sofern sie an eine unbestimmte Anzahl nicht individualisierter Personen gerichtet ist.¹¹ Nach diesem Verständnis war auch ein entsprechender Hinweis auf einer praxiseigene Internetseite als „öffentlich“ im Sinne der Norm anzusehen.

Im Fall *Hänel* war ein PDF-Dokument für jeden zugänglich im Internet abrufbar. Nach § 219a StGB war es zwar erlaubt, einen Hinweis auf die Bereitschaft und die Zulassung zum Schwangerschaftsabbruch öffentlich bekannt zu geben („Ob“), jedoch verbot § 219a StGB die öffentliche Benennung konkreter Methoden und deren Ablauf bzw. deren Bekanntmachung („Wie“). Letzteres durfte nur in einem individuellen Kontakt erfolgen. Hinsichtlich des „Wie“ war lediglich ein Hinweis auf Informationen der in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB genannten Stellen nicht unter Strafe gestellt. Für eine Strafbarkeit genügte dabei das Streben nach dem üblichen Arzthonorar.¹²

III. Das Pro und Kontra der Streichung von § 219a StGB

Die Streichung des § 219a StGB hat diverse Vor- und Nachteile tatsächlicher und rechtlicher Art mit sich gebracht, deren Darstellung und rechtliche Betrachtung Gegenstand dieser Arbeit ist. Zunächst sollen die Vorteile, die sich aus der Abschaffung des § 219a StGB für verschiedene Personengruppen ergeben, dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Anschließend erfolgt eine Betrachtung potenzieller Nachteile, die die Streichung der Vorschrift mit sich bringt.

¹¹ Vgl. *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, Band IV, 4. Aufl. (2021), § 219a Rn. 7.

¹² *Prütting*, in: *Medizinrecht*, 6. Aufl. (2022), § 219a StGB Rn. 1.

1. Pro – Argumente für die Streichung des § 219a StGB

a) Möglichkeit eines verbesserten Informationsangebots durch Mediziner für betroffene Frauen

aa) Erläuterung

Durch die Abschaffung des Werbeverbots ist es Mediziner:innen nunmehr rechtlich möglich, öffentlich, insbesondere auf ihren Internetseiten, fachspezifische Informationen und Angaben über den Ablauf und die Methoden eines Schwangerschaftsabbruchs bereitzustellen, um betroffene Frauen weitreichender und gezielter, auch außerhalb individueller Beratungen, über die Durchführung von Abbrüchen zu informieren.¹³ Zuvor hatten Mediziner:innen ihre konkret angebotenen Leistungen in rechtlich zulässiger Weise nur in einem persönlichen Gespräch (z.B. auch E-Mail-Verkehr) gegenüber der ungewollt schwangeren Frau im Rahmen eines persönlichen Vertrauensverhältnisses mitteilen können,¹⁴ hingegen nicht öffentlich zugänglich auf ihren Webseiten. Somit können sie nun nicht nur über das „Ob“, sondern auch über das „Wie“ eines Abbruchs, d.h. über die konkrete Art und Weise des Vorgehens, informieren. Der Gesetzesbegründung nach sei kein Grund ersichtlich, warum ausgerechnet Ärzt:innen, die fachliche Kenntnisse besitzen, die Bereitstellung sachlicher Informationen verwehrt werden sollte, gleichzeitig aber solche Informationen und damit zusammenhängende Bewertungen von Personen außerhalb des Adressatenkreises des § 219a StGB frei abrufbar angeboten werden konnten.¹⁵ Doch nicht nur aus der Sicht der Mediziner:innen ist die nun erlaubte gezieltere Bereitstellung von Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen vorteilhaft: Durch die Abschaffung des § 219a StGB können Frauen, die sich mit dem Gedanken an einen Schwangerschaftsabbruch tragen, sich nun weitreichender und umfassender informieren.¹⁶ Das strafrechtlich normierte Verbot und der Sanktionscharakter des § 219a StGB richteten sich nicht unmittelbar an betroffene Frauen oder sonstige informationssuchende Personen, die ausweislich der Normkonzeption keine unmittelbaren Adressaten der Vorschrift waren. § 219a StGB richtete sich lediglich mittelbar¹⁷ an Personen, die nach öffentlichen Informationen suchten. Der Wegfall der Strafvorschrift soll ausweislich des Gesetzesentwurfs¹⁸ außerhalb eines persönlichen Beratungsverhältnisses schon vorher eine weitere Entscheidungshilfe für betroffene Frauen bieten.

bb) Auseinandersetzung

Sachliche Informationen nicht mehr unter Strafe zu stellen, wurde auch in der Literatur begrüßt.¹⁹ Jedoch wurde in diesem Zusammenhang kritisch vorgebracht, dass unklar sei, welche Informationslücken tatsächlich bestanden haben und ob diese auch faktisch auf das Werbeverbot zurückzuführen seien.²⁰ Auch habe der Paragraph zum Ziel gehabt, nicht grundlegend Informationen zu verbieten, sondern im Rahmen eines verfassungsrechtlichen Schutzkonzeptes die umfassende Aufklärung auf das Beratungsgespräch zu leiten.²¹ Es wurde eingewandt, dass die Abschaffung zu schnell erfolgt sei, weil die Ergebnisse der sog. Elsa-Studie,²² die unter anderem die Verfügbarkeit professioneller Hilfe für ungewollt Schwangere analysierte, nicht abgewartet wurden.²³ Ob mit der Abschaffung

¹³ Vgl. BT-Drs. 20/1635, S. 10.

¹⁴ *Frommel*, NK 2021, 474 (475).

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 20/1635, S. 10.

¹⁶ BT-Drs. 20/1635, S. 1.

¹⁷ Vgl. *Kubiciel*, JZ 2022, 934 (938) detailliert herausgearbeitet: mittelbarer Adressat der Vorschrift.

¹⁸ BT-Drs. 20/1635, S. 2; *Heim*, NJW-Spezial 2022, 120.

¹⁹ Vgl. *Wörner*, NK 2022, 121 (122); Kriminalpolitischer Kreis, ZfL, 2018, 31 (32).

²⁰ *Winkelmeier-Becker*, DRiZ 2022, 114 (115); *Kubiciel*, JZ 2022, 934 (934).

²¹ *Pietsch*, KriPoZ 2022, 74 (78).

²² Studie des Bundesministeriums für Gesundheit; Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer – Angebote der Beratung und Versorgung (ELSA), online abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/ressortforschung-1/handlungsfelder/forschungsschwerpunkte/ungewollte-schwangerschaft/elsa.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

²³ *Kubiciel*, JZ 2022, 934 (934).

nun eine tatsächliche Abhilfe durch ein sachliches Informationsangebot seitens der Mediziner:innen erfolgt, wird von *Fischer* bezweifelt.²⁴ Seiner Ansicht nach müssten die Mediziner:innen einer Informationspflicht unterliegen, die aber vom Gesetzgeber nicht vorgesehen und auch nicht erzwingbar sei. Auch sei es für ihn unklar, ob alle Arztpraxen, die Abbrüche vornehmen, ihre Internetauftritte um umfangreiche Informations-, Beratungs- und Werbeabschnitte ergänzen würden. Er befürchte vielmehr, dass dieses öffentliche Auftreten Patienten abstoßen könnte. Auch merkt er an, dass die Informationspreisgabe eine zusätzliche Inhaltsverantwortung mit sich bringe, die wenig zusätzliche Geschäfte generieren dürfte.

Dem ist zuzustimmen. Aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation und ihrer beruflichen Erfahrungen in diesem Bereich sind in erster Linie Ärzt:innen dazu aufgerufen, diese Informationen in sachlicher, adäquater Form betroffenen Personen zur Verfügung zu stellen. Das kann die Gefahr eines Zugreifens auf zum Teil unvollständige oder insgesamt unseriöse Informationsquellen durch die Betroffenen deutlich minimieren. Fachlich valide Informationen, sowohl mit Blick auf die Konsequenzen für die eigene Gesundheit als auch für das Leben des ungeborenen Kindes, ermöglichen Betroffenen eine fundiertere Entscheidung mit einem deutlich reduzierten Risikopotenzial für oder gegen die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs. Im Zeitalter der Digitalisierung und des damit einhergehenden Phänomens der Desinformation²⁵ (sog. „Fake News“²⁶) sei es für Betroffene zunehmend erschwert, unseriöse von fachlich richtigen Informationen zu unterscheiden,²⁷ gerade, wenn es an eigener Sachkenntnis fehlt. Dies liegt auch an dem einfachen Zugang zu Informationen aller Art über soziale Netzwerke oder Internetportale.²⁸ Es dürfte gerade Medizinern ein besonderes Anliegen sein, Ratsuchenden nun straffrei Informationen „aus erster Hand“ zur Verfügung zu stellen, ohne zwingend bestehendes ärztliches Behandlungsverhältnis. Das Ermöglichen eines vereinfachten Informationszugangs mit einem erheblich reduzierten Risiko für Fehlinformationen ist grundsätzlich zu begrüßen. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass die nun legalisierte Möglichkeit der Bereitstellung umfassender Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen und ihr Abrufen die Hemmschwelle absenken, sich einem solchen Eingriff zu unterziehen. Dies ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des ungeborenen Lebens nicht unbedenklich. Dem ebenfalls vorgebrachten Einwand,²⁹ Ärzt:innen könnten nun einen Konkurrenzkampf um medizinische Eingriffe führen, ist entgegenzuhalten, dass es nicht grundsätzlich durch die Informationsbereitstellung zu einem gesteigerten Wettbewerb kommt, denn diese erfolgt für die Betroffenen zunächst kostenlos. Erst durch die Entscheidung für einen Schwangerschaftsabbruch und ein damit einhergehendes ärztliches Behandlungsverhältnis wird der pekuniäre Aspekt tangiert. Einem steten Wettbewerb auf diesem Feld könnte beispielsweise durch verbindliche kostenrechtliche Regelungsmechanismen proaktiv durch den Gesetzgeber entgegengewirkt werden. Denkbar wäre zum Beispiel eine gesetzliche Regelung in der GOÄ mit einer nicht oder ggf. nur bedingt veränderbaren Kostensatzhöhe. Eine Kosten-Begrenzung dürfte übersteigerte oder reißerische Werbung eindämmen und eine möglichst sachliche Darstellung der Informationen begünstigen.

Festzuhalten bleibt zunächst, dass durch den bisherigen Straftatbestand des § 219a StGB der ungehinderte Zugang zu sachlichen Informationen über das „Wie“ eines Schwangerschaftsabbruchs maßgeblich erschwert wurde. Ob damit eine Verkürzung des Schutzbereichs des Grundrechts auf Informationsfreiheit

²⁴ *Fischer*, ZfL 2022, 1 (4).

²⁵ „Desinformation“: Bewusst falsche Nachrichten werden über das Internet verbreitet, vgl. dazu auch *Holznapel*, MMR 2018, 18.

²⁶ „Fake News“: bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen, vgl. *Golz*, K&R-Beil. 2017, 30.

²⁷ Vgl. „Phänomen Fake News“, online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/umgang-mit-desinformation/gefahrliche-falschnachrichten-1905340> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), vgl. auch *Kaiser/Eibach*, medstra 2018, 273 (277).

²⁸ Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Fake-News, Definitionen und Rechtslage, Az. WD 10- 3000- 003/17, 1 (6).

²⁹ Vgl. BT-Drs. 7/1981, S. 17.

gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG der Betroffenen verbunden war und die nun erfolgte Abschaffung der Strafnorm zu einer Erweiterung oder zumindest Wiederherstellung des verfassungsrechtlichen Schutzbereichs des Grundrechts führt, kann unterschiedlich beantwortet werden. Das hängt maßgeblich von der genuin verfassungsrechtlichen Frage ab, ob das Grundrecht auf Informationsfreiheit einen grundsätzlich einschränkungslosen Schutzbereich auf Informationszugang gewährleisten oder ihm nur ein Zugang zu solchen Informationen unterfallen soll, die nicht bereits durch allgemeine Gesetze vom Schutzbereich ausgenommen wurden.

Das Grundrecht auf Informationsfreiheit gewährleistet grundsätzlich das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert unterrichten zu können, und beinhaltet ein Recht auf Informationsempfang.³⁰ Als allgemein zugänglich wird eine Information angesehen, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit und damit einem individuell nicht näher bestimmbar Personenkreis Informationen bereitzustellen.³¹ Es könnte bereits bezweifelt werden, ob Informationen zur Art und Weise von Schwangerschaftsabbrüchen dem Merkmal „allgemein“ unterfallen, denn dies würde das „Bestimmtheit“ der Information im beschriebenen Sinn für die Informationssuchenden voraussetzen. Hier könnte der erforderlichen Bestimmtheit von vornherein das bisherige Werbeverbot des § 219a StGB als allgemeines Gesetz³² entgegengestanden haben. Die verfassungsrechtliche Frage nach einer Schutzbereichserweiterung oder -wiederherstellung, die sich bei der Abschaffung der Strafvorschrift als verfassungsdogmatischer Vorteil erweist, kann jedoch offenbleiben. Zu konstatieren ist, dass bereits die Existenz des Werbeverbots nicht zu einer Grundrechtsverletzung der betroffenen Personen bezüglich Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG geführt hat. Ungeachtet der Frage eines denkbaren Eingriffs, in den wie auch immer gestalteten Schutzbereich war, dieser jedenfalls nach Abwägung mit dem ebenfalls grundrechtlich geschützten Leben des ungeborenen Kindes verfassungsrechtlich gerechtfertigt.³³ Eine Schutzbereichsöffnung hat deshalb allenfalls einen juristisch-dogmatischen Vorteil.

b) Einklang und Stärkung des Beratungskonzepts

aa) Erläuterung

Als Beratungskonzept wird prinzipiell die Ermöglichung des Abbruchs innerhalb der ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft unter Zugrundelegung einer obligatorischen Beratung verstanden (vgl. dazu § 218a Abs. 1 StGB). Da Frauen durch die Streichung des § 219a StGB jetzt auch Zugang zu fundierten Informationen über das „Wie“ erhalten, wird das Beratungskonzept des Gesetzgebers nach den Vorgaben des *BVerfG* zum Schutz des ungeborenen Lebens gestärkt.³⁴ Die Beratungslösung gesteht der ungewollt Schwangeren das Recht zu, sich für oder gegen das ungeborene Leben zu entscheiden, ohne Nennung von Gründen oder Drittbewertung.³⁵ Es sei eine Art verfassungsrechtlich nicht überprüfbarer *Gewissensentscheidung*.³⁶ Der Zugang zu allen sachlichen Informationen ermögliche der ungewollt schwangeren Frau, eine informationsbasierte Entscheidung zu treffen³⁷ nach dem Leitgedanken „Hilfe statt Strafe“. Denn es überzeuge wenig, einerseits das umfassende

³⁰ Grabenwarter, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Band I, 99. Aufl. (2022), Art 5 Rn. 996.

³¹ Grabenwarter, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Art 5 Rn. 1006.

³² A.A. Hollo, § 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe, JuWissBlog v. 10.2.2020, online abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/10-2020-2/> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

³³ Vgl. Kubiciel, JZ 2022, 934 (934).

³⁴ BT-Drs. 20/1635, S. 2.

³⁵ Frommel, NK 2018, 300 (307).

³⁶ Vgl. Frommel, NK 2018, 300 (303, 307) mit Hinweis auf Fn. 2, dass es sich bei der Gewissensentscheidung nicht um die in Art. 4 Abs. 1 Fall 2 GG handelt.

³⁷ BT-Drs. 20/1635, S. 2.

Informieren als Vorbedingung für einen ärztlichen Abbruch festzulegen, zugleich aber die Informationsverbreitung restriktiv auszugestalten.³⁸

bb) Auseinandersetzung

Die Streichung führe dazu, dass die Beratungslösung der §§ 218a, 219 StGB unterminiert werden und das mühsam ausgehandelte Konzept der Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch ins Wanken geraten könnte.³⁹ Das Werbeverbot sei ein Teil einer „verfassungsrechtlichen Gesamtstatistik“,⁴⁰ flankiere § 219 StGB und solle gerade sicherstellen, dass der Schwangerschaftsabbruch sorgfältig überdacht und nicht durch Werbekampagnen für eine unkomplizierte Lösung des Problems konterkariert werde.⁴¹ Die Aufhebung führe dazu, dass das Beratungsgespräch nicht mehr verdeutlichen könne, dass es sich um einen exzeptionellen medizinischen Eingriff handele und Alternativen zu einem Abbruch nicht berücksichtigt werden könnten.⁴² Das Werbeverbot sollte vielmehr so verstanden werden, dass es die Unparteilichkeit der Ärzteschaft zu sichern versuchte und die Betroffenen vor Beeinflussungen schützen wollte.⁴³ Es wird die Befürchtung geäußert, dass das Beratungskonzept durch die Streichung ebenfalls ins Kippen geraten könnte, wenn es zu einer Informationsflut, d.h. zu einem „freien Wildwuchs von Informationen“⁴⁴ kommt, die die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht des Lebensschutzes beeinträchtigen.⁴⁵ Es wird das Risiko benannt, dass Frauen durch die Informationsfülle nun „Fehl- und Überinformationen“⁴⁶ unterliegen und dadurch zulasten des ungeborenen Kindes entscheiden könnten. Dem soll eine staatliche Regulierung öffentlicher Informationsmöglichkeiten entgegenwirken.⁴⁷ Diese forderte das BVerfG schon in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch.⁴⁸

Als Entscheidungsgrundlage sollen den Betroffenen vielfältige und umfangreiche Informationen über angewandte Verfahren, Methoden, Risiken bzw. Komplikationen an die Hand gegeben werden. Diese sollen ihnen helfen, das individuelle Beratungsgespräch nach ihren Bedürfnissen zu gestalten. Durch die Streichung des Verbots des *öffentlichen Anbietens* können betroffene Frauen sich schon vor einem individuellen Gespräch auf den entsprechenden Internetseiten informieren und die Spannung zwischen der Beratungslösung und der ersten Tathandlung des § 219a StGB wird aufgelöst. Wird jedoch § 219a StGB als integraler Bestandteil des Beratungskonzepts verstanden, ist die Streichung aufgrund der mangelnden Gewährleistung der Mindestanforderungen für den Schutz des ungeborenen Lebens nicht unproblematisch.⁴⁹ Denn dadurch wurden auch die anderen Tathandlungen *ankündigen* und *anpreisen*, die den Schutz des Ungeborenen gewährleisten sollten, gestrichen.⁵⁰

Die Sorge vor „Fehl- und Überinformation“ könnte auch daraus resultieren, dass Informationen auch von Nicht-Mediziner:innen bereitgestellt werden können, die kein solches Fachwissen aufweisen,⁵¹ sodass es vorzugswürdig wäre, eine unterstützende staatliche Regulierung als Mindestanforderung aufzustellen.

³⁸ Vassel, NJW 2022, 2378 (2381); vgl. Berghäuser JZ, 2018, 497 (501); vgl. auch Wesing, ZRP 2019, 244 (245).

³⁹ Weigend, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 852; Ähnlich Kubiciel, JZ 2022, 934 (937); Pietsch, KriPoZ 2022, 74 (75, 78 f., 81 f.); Kubiciel, ZRP 2018, 13 (15); Kaiser/Eibach, medstra 2018, 273 (277).

⁴⁰ Weigend, in: FS Kindhäuser, S. 852.

⁴¹ Weigend, in: FS Kindhäuser, S. 853.

⁴² Kubiciel, JZ 2022, 934 (937).

⁴³ Frommel, NK 2021, 474 (484).

⁴⁴ Vgl. Wörner, NK 2022, 121 (122), a. A. Scholler, KriPoZ 2021, 327 (333).

⁴⁵ Vgl. Wörner, NK 2022, 121 (122).

⁴⁶ Wörner, NK 2022, 121 (122).

⁴⁷ Kubiciel, JZ 2022, 934 (935); Wörner, NK 2022, 121 (122); siehe auch hier die Forderung nach einem qualitätsgesicherten Informationszugang, BT-Drs. 19/7693, S. 1.

⁴⁸ BVerfGE, 88, 203.

⁴⁹ Vgl. Kubiciel, JZ 2022, 934 (934, 939 f.).

⁵⁰ Vgl. Kubiciel, JZ 2022, 934 (934).

⁵¹ Vgl. Pro familia e.V., Stellungnahme – Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss v. 18.5.2022, S. 2, online abrufbar unter: https://kri-poz.de/wp-content/uploads/2022/05/stellungnahme-219a_pro-familia-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

c) Fristgerechte Information an Betroffene

aa) Erläuterung

Der Gesetzesentwurf wies darauf hin, dass § 219a StGB geeignet gewesen sei, zu verhindern, dass Frauen im Zeitraum der ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft eine verantwortungsvolle Entscheidung über die Fortführung oder Beendigung der Schwangerschaft treffen können, weil ihnen wichtige sachliche Informationen fehlten.⁵²

bb) Auseinandersetzung

Die Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch werden nicht ausschließlich von Medizinerinnen bereitgestellt, dies ergab sich unter anderem auch aus § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB. Zudem sind die Länder aufgrund ihres Sicherstellungsauftrags verpflichtet, ein ausreichendes plurales Angebot wohnortnaher Beratungsstellen sicherzustellen, vgl. § 8 SchKG (Schwangerschaftskonfliktgesetz). Wären Frauen also nur auf die Informationen von Ärzt:innen auf deren Internetseiten angewiesen, wäre es nur ein Resultat dessen, dass die Länder ihren Auftrag nicht ordnungsgemäß umsetzen und das vom *BVerfG* geforderte Beratungsmodell missachtet wurde. Zwar kann es für die Betroffenen hilfreich sein, sich im Vorfeld über die Methoden zur Durchführung eines Abbruchs zu informieren. Dies kann aber das individuelle Beratungsgespräch mit dem:der Mediziner:in, der:die den Schwangerschaftsabbruch durchführen wird, nicht ersetzen. Denn nicht jede Methode kann bei jeder Frau medizinisch durchgeführt werden. Jeder Eingriff ist daher individuell zu bewerten und zu besprechen. Gründe für eine Verkürzung der Frist sind z.B., dass die Schwangerschaft zu spät festgestellt wird, es in der Region zu wenige Anlaufstellen für ungewollt Schwangere gibt, Termine mit Fachärzt:innen nicht schnell genug vereinbart werden können und somit ein individuelles Gespräch zeitlich erst sehr spät erfolgen könnte.⁵³ Obwohl die Erschwernis kein unmittelbarer Zweck des § 219a StGB ist, hat sie als Teil des Gesamtkonzepts zur Regelung von Abbrüchen eine generalpräventive Wirkung. Es war nicht ausgeschlossen, dass diese Generalprävention die Versorgungslage verschlechtert und die Informationserlangung erschwert.

d) Klare Trennung von Information und Werbung

aa) Erläuterung

Die vollständige, aber nicht ersatzlose Streichung des § 219a StGB ermöglicht eine klare Trennung zwischen sachlichen Informationen und unsachlicher oder anpreisender Werbung, da der Gesetzgeber eine Änderung des HWG vorgenommen hat.

Nur werbende Handlungen werden nun vom HWG erfasst. Das HWG wurde in seinem Anwendungsbereich auf Schwangerschaftsabbrüche ohne Krankheitsbezug erweitert. § 3 HWG erklärt „irreführende“ Werbung für Schwangerschaftsabbrüche für unzulässig und ist gem. § 14 HWG mit Strafe bedroht. Auch das Berufsrecht der Ärzt:innen und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) können werbende Handlungen verhindern. Sachliche Informationen sind somit nicht mehr strafbar.

⁵² BT-Drs. 20/1635, S. 2.

⁵³ Vgl. Hänel, Stellungnahme – Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss v. 18.5.2022, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/05/Stellungnahme-Haenel-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

bb) Auseinandersetzung

Die Erfassung sachlicher Informationen unter den Begriff Werbung i.S.d. § 219a StGB bewirkte einen Widerspruch. Werbung und sachliche Informationen sind wesensverschieden. Aus der amtlichen Überschrift der Vorschrift ging hervor, dass nur Werbung unter Strafe gestellt wurde. Die Erfassung sachlicher und auch neutraler Informationen erschien widersprüchlich.

*e) Keine Strafbarkeit von Ärzt:innen**aa) Erläuterung*

Ärzt:innen können sich nicht mehr gem. § 219a StGB strafbar machen. Für eine Strafbarkeit genügte das öffentliche Anbieten und das Streben nach dem üblichen Arzthonorar.⁵⁴ Sie können nun sachliche Informationen in den Grenzen des HWG, des UWG und deren spezifischen Berufsordnungen bereitstellen. Sofern durch § 219a StGB ein Eingriff in die Berufsfreiheit in Form der Berufsausübungsfreiheit gem. Art 12 Abs. 1 S. 2 GG gesehen wurde, wurde dieser durch die Aufhebung der Vorschrift beseitigt.

bb) Auseinandersetzung

Es wurde angemerkt, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb der Hinweis auf einen medizinischen Eingriff tatbestandslos sein solle, wenn Ärzt:innen diesen ohne Vergütung vornehmen, er hingegen mit Honorar strafbar war. Denn eine Vermehrung des Vermögens als sog. Ausbeutung läge aufgrund der nahezu umfänglichen Erstattungsfähigkeit des Arzthonorars nicht vor.⁵⁵ Die enge Sichtweise auf Mediziner:innen verkennt, dass der Straftatbestand nicht ausschließlich sie erfassen wollte, sondern auch andere Personen, die sich einen Vermögensvorteil versprechen könnten. Dies wird durch die Deliktsnatur der Norm deutlich. Durch das *Wer* handelte es sich gerade nicht um ein Sonderdelikt,⁵⁶ sondern um ein Allgemeindelikt. Demnach sollten auch andere Berufsgruppen und Personen unter die Norm fallen. Nun soll auch die ärztliche Berufsordnung sicherstellen, dass Informationen über den Schwangerschaftsabbruch nicht in einer Weise erfolgen, die die Entscheidungsfreiheit der Frau beeinträchtigen.⁵⁷ Für Nicht-Mediziner:innen sollen andere Regelungen wie das UWG (vgl. §§ 3 Abs. 1, 5 und 6 UWG) und das HWG (vgl. §§ 3, 14 HWG; §§ 11 Abs. 1 und 15 Abs. 1 Nr. 8 HWG) werbende Handlungen unterbinden. Durch die Aufhebung ist das Grundrecht der Berufsfreiheit in Form der Berufsausübung jedenfalls nicht mehr von § 219a StGB tangiert. Art 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Berufsausübung. Dazu gehört nicht nur die berufliche Praxis, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und ihr dient.⁵⁸ Darunter fällt auch die berufliche Außendarstellung des Grundrechtsträgers einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme seiner Dienste.⁵⁹ Die Berufsausübung ist nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG einschränkbar. Das Werbeverbot könnte somit ein Eingriff gewesen sein. Jedoch steht die Berufsausübung nach der Drei-Stufen-Theorie auf der untersten Eingriffsstufe. Danach reicht es aus, wenn das Werbeverbot einen vernünftigen Allgemeinwohlbelang verfolgt. Dieser ist hier im hervorgehobenen Zweck des Schutzes des Ungeborenen zu sehen.⁶⁰

⁵⁴ Prütting, in: Medizinrecht, § 219a StGB Rn. 1.

⁵⁵ Weigend, in: FS Kindhäuser, S. 851f.

⁵⁶ Grop/Wörner, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 2a.

⁵⁷ BT-Drs. 20/1635, S. 1.

⁵⁸ BVerfGE 85, 248 (256).

⁵⁹ Ebd.

⁶⁰ A.A. Scholler, KriPoZ 2021, 327 (334).

f) Keine Beeinträchtigung des Rechts auf freie Arztwahl (Art. 2 Abs. 1 GG) und fachlich-medizinische Versorgung

aa) Erläuterung

Das Recht auf freie Arztwahl (bei Regelversorgung) ergibt sich zum einen aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG, aus der Garantie des Art. 8 Abs. 1 EMRK sowie aus § 76 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V).⁶¹ § 219a StGB wurde entgegengehalten, dass dieser das Auffinden von Ärzt:innen, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, erschwere und den Zugang zu fachlicher medizinischer Versorgung behindere.⁶² Auch seien Mediziner:innen zur Durchführung von Abbrüchen wegen des Strafverfolgungsrisikos und der gesellschaftlichen Gegenbewegungen kaum bereit.⁶³ Zudem sei § 219a StGB eine Ursache für die immer schlechtere Versorgungslage bei Schwangerschaftsabbrüchen.⁶⁴ Die Streichung des § 219a StGB soll das Recht der freien Arztwahl gewährleisten und die Versorgung sicherstellen.⁶⁵

bb) Auseinandersetzung

Für die mangelnde Versorgung wird insbesondere das Weigerungsrecht in § 12 SchKG angeführt.⁶⁶ Durch § 12 Abs. 1 SchKG wird statuiert, dass niemand an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken verpflichtet ist. Eine Ausnahme gilt nach Abs. 2 nur dann, wenn die Mitwirkung notwendig ist, um die Frau vor einer anders nicht abwendbaren Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung zu bewahren. Zwar hat § 219a StGB auch die Werbung für § 218a Abs. 2 StGB (medizinische Indikation) erfasst, aber die Versorgung wurde durch die Ausnahme des § 12 Abs. 2 SchKG weiterhin gesichert. Ein weiteres Hindernis für die Versorgung sei, dass sich neben Mediziner:innen auch Kliniken als Institutionen auf dieses Recht berufen können, obwohl ungeklärt sei, ob § 12 SchKG überhaupt auf Einrichtungen anwendbar ist.⁶⁷ Die Streichung allein wird voraussichtlich nicht unmittelbar dazu führen, dass die Bereitschaft der Ärzt:innen steigt und die Versorgung gesichert wird. Die Debatten rund um die Streichung des § 219a StGB haben jedoch bewirkt, dass über die schlechte Versorgungslage, insbesondere in ländlichen Gebieten, gesprochen wurde und diese Versorgungslücken geschlossen werden soll. Ein erster Schritt in diese Richtung ist die angesprochene „Elsa-Studie“.⁶⁸ Eine Einschränkung bei der freien Arztwahl können politisch oder religiös motivierte Abtreibungsgegner sein, die sich teils an den Zugängen zu Arztpraxen, die Schwangerschaftsabbrüche anbieten, postierten.⁶⁹ Die Streichung allein wird dies auch künftig nicht verhindern. Die Protestierenden üben ihr demokratisches Grundrecht der Versammlungs- bzw. Meinungsfreiheit aus. Derzeit wird debattiert, ob sog. Gehsteigbelästigungen als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden sollen.⁷⁰ Vorzugswürdig wäre es, gezielt digitale Beratungs- und Informationsangebote anzubieten, um solche Belästigungen weitgehend zu umgehen. Dies hätte zugleich den Vorteil, die Versorgung in ländlichen Gegenden zu sichern oder zumindest maßgeblich zu verbessern. Die sog. Telemedizin soll auch nach den Plänen des Bundesministeriums

⁶¹ Engels, in: Krauskopf, SGB V, 116. EL. (9/2022), § 140a Rn. 74; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. (2021), § 22 Rn. 13.

⁶² Vgl. Kubiciel, JZ 2022, 934 (934); vgl. auch Wörner, NK 2022, 121 (122).

⁶³ Wörner, NK 2022, 121 (122); Laura Eßlinger, Warum immer weniger Ärzte Abtreibungen durchführen, Deutschlandfunk v. 29.7.2021, online abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/schwangerschaftsabbrueche-in-deutschland-warum-immer-100.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁶⁴ BVerfGE 85, 248 (256).

⁶⁵ BT-Drs. 20/1635, S. 1.

⁶⁶ Köninger, Stellungnahme – Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss v 18.5.2022, S. 5, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/05/Stellungnahme-Koeninger-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.3.2023); Frommel, NK 2021, 474 (476).

⁶⁷ Frommel, NK 2021, 474 (476).

⁶⁸ Studie des Bundesministeriums für Gesundheit; Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer – Angebote der Beratung und Versorgung (ELSA), online abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/ressortforschung-1/handlungsfelder/forschungsschwerpunkte/ungewollte-schwangerschaft/elsa.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁶⁹ Zur Problematik der Abtreibungsgegner: Graf/Vasovic, NVwZ 2022, 1679.

⁷⁰ Weiterführende Ausführungen zur Gehsteigproblematik: Rostalski, Libra 2022; Fischer, ZfL 2022, 1 (4).

für Gesundheit in Zukunft vor allem im ländlichen Raum ein Bestandteil der medizinischen Versorgung werden.⁷¹ Diese könnte auf den Bereich der Beratung über Schwangerschaftsabbrüche erweitert werden. Auch muss die Rechtslage geklärt werden, ob Kliniken als Institutionen sich auf das Weigerungsrecht nach § 12 SchKG berufen können. Wenn dieses Recht höchstpersönlicher Natur ist und damit nur Personen zustehe, die einen Schwangerschaftsabbruch tatsächlich durchführen, müssten Kliniken solche medizinischen Eingriffe anbieten bzw. gewährleisten.⁷² Dies stünde auch im Einklang mit der Aufgabe der Länder, die unter Berücksichtigung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (vgl. § 13 Abs. 2 SchKG) und der § 219 StGB und § 218a StGB verpflichtet sind, ausreichende Versorgungsmöglichkeiten (ambulante sowie stationäre Angebote) bereitzustellen. Daher wurde auch gefordert, den Schwangerschaftsabbruch künftig als medizinischen Eingriff in das Medizinstudium zu integrieren.⁷³ Es erfordert mehr als nur die Streichung des § 219a StGB, um mehr Ärzt:innen zu einer Tätigkeit rund um Schwangerschaftsabbrüche zu bewegen bzw. die Versorgung sicherzustellen.

g) Stärkung des Selbstbestimmungsrechts der ungewollt Schwangeren

aa) Erläuterung

Der zentrale Vorteil der Abschaffung sei, dass sie das Selbstbestimmungsrecht der ungewollt Schwangeren stärke.⁷⁴ Dieses Recht wird aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet.⁷⁵ Nach allgemeinem Verständnis wird darunter die Unabhängigkeit des bzw. der Einzelnen von jeder Art der Fremdbestimmung (z. B. durch gesellschaftliche Zwänge, staatliche Gewalt)⁷⁶ verstanden. Durch die staatliche Regulierung des § 219a StGB wurden den betroffenen Frauen sachliche Informationen vorenthalten. Die Frauen sahen sich einem „Frauenbild aus dem Mittelalter“⁷⁷ ausgesetzt und fühlten sich bevormundet, was u.a. durch die Formulierung „haarsträubendes Frauenbild“⁷⁸ deutlich wird.

bb) Auseinandersetzung

Ob § 219a StGB die Selbstbestimmungsfreiheit der Frau in besonderem Maß beeinträchtigt habe, sei fraglich. Denn es existiere keine Empirie darüber.⁷⁹ Es könnten auch andere Personen oder Quellen Einfluss auf das Selbstbestimmungsrecht der Frau nehmen, z.B. der werdende Vater oder ökonomische, religiöse oder kulturelle Einflüsse.⁸⁰ Der Lebensschutz der Leibesfrucht genießt nach dem *BVerfG* grundsätzlich für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren.⁸¹ Die Entscheidung des *BVerfG* von 1993 muss im Licht des neuen Urteils zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gem. § 217 StGB a.F., das die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen berücksichtigt, gesehen werden. Es begreife den Menschen als eine zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähige Person, die nicht in Lebensformen

⁷¹ Bundesministerium für Justiz, Telemedizin, online abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/t/telemedizin.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁷² Vgl. *Frommel*, NK 2021, 474 (479).

⁷³ *Horsthemke*, Tabuthema Abtreibung, v. 5.9.2022, online abrufbar unter: <https://www.spektrum.de/news/schwangerschaftsabbruch-im-medizinstudium-tabuthema-abtreibung/2054778> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 20/1635, S. 3.

⁷⁵ *Di Fabio*, in: Düring, Herzog, Scholz, GG, Art. 2 Rn. 204.

⁷⁶ Duden online, online abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Selbstbestimmung> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁷⁷ Vgl. Linke, Paragraf 219a: Ein mittelalterliches Frauenbild, Links bewegt v. 19.9.2021, online abrufbar unter: <https://www.links-bewegt.de/de/article/395.paragraf-219a-ein-mittelalterliches-frauenbild.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁷⁸ Vgl. Ver.di, Wir bleiben dabei: Der Paragraf 219a muss weg!, online abrufbar unter: <https://frauen.verdi.de/junge-frauen/feminismus-heute/++co++6b140976-d5dd-11e7-ab97-525400f67940> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

⁷⁹ *Henning/Turhan*, NK 2022, 129 (132).

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ BVerfGE 88, 203 (256 f., 306 f.).

gedrängt werden darf, die in unauflösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstbild und Selbstverständnis stehen.⁸² Im Rahmen ihrer Eigenverantwortung entscheidet die ungewollt Schwangere letztverbindlich darüber, ob sie das Kind austragen wird oder nicht. Diese Letztverantwortlichkeit betonte das *BVerfG* auch schon 1995 in seiner Entscheidung zur Beratungslösung.⁸³ Um diese zu wahren, müssen der betroffenen Frau alle sachlichen Informationen für eine verantwortungsvolle und gewissenhafte Entscheidung zur Verfügung stehen, auch schon vor einem Beratungsgespräch. Durch die Abschaffung stehen der Letztverantwortlichen diese Informationen nun frei zur Verfügung.

h) Keine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung

aa) Erläuterung

Aus den Debatten um die Streichung des § 219a StGB ging hervor, dass Frauen dadurch in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eingeschränkt seien.⁸⁴ Dieses Recht ist eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankert und gewährleistet einen besonderen Autonomie-Schutz. Es erfasst die Einstellung zum Geschlechtlichen und die Ausrichtung des Sexuallebens⁸⁵ und gehört dem Intim- und Sexualbereich an.⁸⁶ Durch die Streichung ist der Vorwurf nun ausgeräumt.

bb) Auseinandersetzung

Es wurde auch vertreten, dass § 219a StGB nicht in die sexuelle Selbstbestimmung der Frau eingreife.⁸⁷ Die Norm schränke nicht die Möglichkeit ein, das Verhältnis zu anderen auf intimer Ebene autonom zu gestalten.⁸⁸ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Die (ungewollte) Schwangerschaft ist der sexuellen Selbstbestimmung nachgelagert. Die Norm beschränkte weder das Verhältnis zur Sexualität noch beeinträchtigte sie ihre autonome Ausgestaltung.

i) Keine Beeinträchtigung der reproduktiven Selbstbestimmung

Mit der Abschaffung des Werbeverbots konnte Deutschland seiner Verpflichtung nachkommen, den Zugang zu Informationen im Kontext reproduktiver Tätigkeit nach internationalem Recht zu gewährleisten. Deutschland ist als Vertragspartner des Sozialpakts (ICESCR) und der UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) verpflichtet, sachliche und ärztlich gesicherte Informationen zu gewährleisten.⁸⁹ Durch die Abschaffung der Norm, die auch sachliche und neutrale Informationen erfasste, ist nun der Zugang zu Informationen, die für die Reproduktion relevant sind, möglich. Auch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) sieht Informationsbeschränkungen als Hindernis für die Gewährleistung sicherer Schwangerschaftsabbrüche an.⁹⁰ Durch die Abschaffung werden der Zugang zu Informationen und die Aufklärung im Hinblick auf die reproduktive Versorgung verbessert, im Einklang mit der deutschen Nachhaltigkeitsstrategie zur Umsetzung der Agenda 2030 der Vereinten Nationen.⁹¹

⁸² BVerfGE 153, 182 (260 ff.).

⁸³ *Frommel*, NK 2018, 300 (303, 307).

⁸⁴ BT-Drs. 20/1635, S. 6, 10.

⁸⁵ *Di Fabio*, in: Düring, Herzog, Scholz, GG, Art. 2 Rn. 200.

⁸⁶ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. (2022), Art. 2 Rn. 42.

⁸⁷ *Kubiciel*, JZ 2022, 943 (938).

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allg. Bemerkungen Nr. 22, E/C.12/GC/22, 2.5.2016, § 6; zustimmend auf der Grundlage des Art. 12 UN-Frauenrechtskonvention: Ausschuss zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau, allg. Bemerkungen Nr. 24, A/54/38/Rev.1, chap. I, 1999, § 31 (b).

⁹⁰ WHO, Abortion care guideline, 2022, 1 (12).

⁹¹ BT-Drs. 20/1635, S. 13.

j) Keine Vorfeldkriminalisierung

aa) Erläuterung

Durch die Streichung des Werbeverbots ist es nicht mehr möglich, Personen zu verurteilen, die weit vor dem eigentlichen Schwangerschaftsabbruch Informationen oder Werbung anbieten, ankündigen oder anpreisen.

§ 219a StGB hatte Werbung pönalisiert, die keinen begangenen geschweige denn einen strafbaren Abbruch zum Gegenstand hatte.⁹²

bb) Auseinandersetzung

Diesbezüglich wurde vertreten, dass § 219a StGB keine Vorbereitung einer strafbaren oder straflosen Haupttat, d.h. eines legalen oder illegalen Schwangerschaftsabbruchs, unter Strafe stelle.⁹³ Das Werbeverbot sei ein von der Haupttat des Schwangerschaftsabbruchs unabhängiger Straftatbestand.⁹⁴ Auch wurde ein vielfach geführter Vergleich mit § 217 StGB a.F., der die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung zum Gegenstand hatte und verfassungsrechtlich bedenklich rein unterstützende, zeitlich weit vor dem Beginn des Versuchs der straflosen Haupttat liegende Unterstützung missbilligte, gezogen.⁹⁵ § 219a StGB sei hingegen von der Haupttat losgelöst und stelle eine eigenständige Handlung dar, die weder rechtlich noch inhaltlich als Teilnahme an einer unbestimmten, in der Zukunft liegenden Tat gewertet werden könne.⁹⁶

Eine weite Vorfeldkriminalisierung aufgrund des § 219a StGB könnte auch seinem Typus als abstraktes Gefährdungsdelikt geschuldet sein. Abstrakte Gefährdungsdelikte erfordern, anders als Erfolgsdelikte, nicht den Eintritt eines Erfolgs in Form einer Verletzung oder konkreten Gefährdung eines Rechtsguts,⁹⁷ sondern stellen Verhaltensweisen unter Strafe, die typischerweise, aber nicht zwingend zu einem Eintritt von Rechtsgutsverletzungen führen können. Dadurch wird die Strafbarkeit durch abstrakte Gefährdungsdelikte sehr weit vorverlagert (sog. Vorfeldkriminalisierung).⁹⁸ Abstrakte Gefährdungsdelikte sind aufgrund der weiten Vorverlagerung des strafbaren Handelns im Kriminalstrafrecht nicht unumstritten, jedoch hat der Gesetzgeber den § 219a StGB nach überwiegender Ansicht⁹⁹ als solches ausgestaltet. Schutzgut sei hier das Leben des ungeborenen Kindes.¹⁰⁰

k) Abschaffung eines Widerspruchs

aa) Erläuterung

Durch die Streichung der Vorschrift wurde ein inhaltlicher Widerspruch beseitigt. In der zweiten Entscheidung des *BVerfG* zum Schwangerschaftsabbruch entwickelte das Gericht das sog. Beratungsmodell.¹⁰¹ Der Gesetzgeber hatte nach der Entscheidung des Senats den Tatbestand des § 219a StGB unverändert gelassen und damit legales Handeln (vgl. § 218a StGB) nach § 219a StGB unter Strafe gestellt.¹⁰² Der Wertungswiderspruch der Norm lag somit darin, dass er eine Sanktion vorsah, obwohl der Schwangerschaftsabbruch selbst kein Unrecht darstellte,¹⁰³

⁹² Vgl. Eschenbach, in BeckOK-StGB, 53. Ed. (Stand: 1.5.2022), § 219a Einl.

⁹³ Kubiciel, ZRP 2018, 13 (15).

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ Schweiger, ZRP 2018, 98 (98 f.); ähnlich Kubiciel, ZRP 2018, 13 (15).

⁹⁶ Ebd.

⁹⁷ Vgl. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. (2020), § 6 Rn. 8.

⁹⁸ Vgl. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 11.

⁹⁹ Vgl. Eschenbach, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn.1; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. § 218 Rn. 23, § 219a Rn.1; Rogall, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), § 219a Rn. 1.; a.A. kritisch Mitsch, KriPoZ 2019, 214 (215 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. Eschenbach, in: BeckOK-StGB, § 219a Einl.

¹⁰¹ BVerfGE 88, 203 (203 f.).

¹⁰² Wörner, NK 2022, 121 (123 f.).

¹⁰³ Vgl. Kriminalpolitischer Kreis, ZfL, 2018, 31 (31 f.); Weigend, ZfL 2018, 120 (121).

und damit auch die Werbung und Informationen für legale Schwangerschaftsabbrüche erfasste.¹⁰⁴ Der Kriminalpolitische Kreis¹⁰⁵ sah diese gravierenden Unterschiede bei den verschiedenen rechtlichen Modalitäten der Schwangerschaftsabbrüche schon in seiner Ausarbeitung im Dezember 2017 und versuchte die Tathandlungen an deren Wirkweise in der Gesellschaft auf einen möglichst legitimen Kern anzupassen. Der Tatbestand des § 218 Abs. 1 StGB stellt nur den vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch unter Strafe. Bei § 218a StGB muss unterschieden werden, denn zum einen kann der Tatbestand nach Absatz 1 (Beratungsregelung) entfallen oder die Rechtswidrigkeit des Abbruchs nach Absatz 2 (medizinische Indikation) bzw. Absatz 3 (kriminologische Indikation) ausgeschlossen sein. Bei § 218a Abs. 1 StGB handele es sich um die Rechtsnatur eines Tatbestandsausschlusses *sui generis*,¹⁰⁶ bei dem der Abbruch zwar tatbestandslos, aber rechtswidrig bleibt. Bei § 218a Abs. 2 und Abs. 3 StGB entfällt hingegen die Rechtswidrigkeit und damit der Unrechtsvorwurf. Aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung des Unrechts des Abbruchs müsse diese Divergenz rechtlich anders bewertet werden.¹⁰⁷ Die unterschiedliche Schwere des Unrechts unter Berücksichtigung des § 219a StGB wurde vom Kriminalpolitischen Kreis in zwei Vorschlägen herausgearbeitet. Der erste Vorschlag sah vor, die Tathandlungen des *Anbietens* und *Ankündigens* auf tatbestandsmäßige und rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche zu beschränken. Der zweite Vorschlag beinhaltete, die Tathandlung des *Anpreisens* zu sanktionieren, wenn der Abbruch nicht tatbestandsmäßig bzw. rechtmäßig sei.¹⁰⁸ Letztere könne sanktioniert werden, wenn in der aggressiven Werbung eine Störung der öffentlichen Ordnung zu sehen sei.¹⁰⁹ Anders als der erste Vorschlag sollte der zweite als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld belegt werden.

bb) Auseinandersetzung

Das *BVerfG* entschied 1993, dass der Gesetzgeber alle Schwangerschaftsabbrüche im Sinn von §§ 218, 218a StGB gleich behandeln dürfe, sofern das Schutzkonzept des neugestaltenden Rechts es für erforderlich hält.¹¹⁰ Es wurde vertreten, keine Unterscheidungen zwischen den Schwangerschaftsabbrüchen vorzunehmen, vielmehr solle dieser Bereich des sensiblen Themas von öffentlichen Stellungnahmen abgeschirmt werden, und die uneingeschränkte Anwendung des § 219a StGB gefordert.¹¹¹ Andere Ansichten wiesen darauf hin, dass eine solche Regelung, bei der eine Handlung straffrei ist, aber deren Werbung unter Strafe gestellt wird, dem Recht nicht fremd sei.¹¹² Dazu wurde das Beispiel der Tabakwerbung herangezogen, wonach § 35 Abs. 1 Nr. 7 bis 9 TabakErzG diejenigen sanktioniert, die für die genannten Erzeugnisse werben, obwohl sie legal vertrieben werden dürfen. Damit werde unerlaubte Werbung für an sich erlaubtes Verhalten erfasst.

Es erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, dass § 219a StGB eine Strafbarkeit vorsah, obwohl die Schwangerschaftsabbrüche selbst aufgrund von § 218a Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 StGB möglicherweise nicht strafbar waren. Das *BVerfG* und der Gesetzgeber wollten dem Charakter des Schwangerschaftsabbruchs als „Dienst- bzw. Gesundheitsleistung“ entgegenwirken. Dadurch sollte verhindert werden, „dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales *dargestellt* und *kommerzialisiert* wird.“¹¹³ Dieser vermeintliche Widerspruch sei im Lichte des Schutzes des ungeborenen Lebens zu sehen.¹¹⁴ Auf der moralischen Ebene scheint es

¹⁰⁴ BT-Drs. 20/1635, S. 2; vgl. auch *Schweiger*, ZRP 2018, 98 (98).

¹⁰⁵ Zusammenschluss deutscher Strafrechtsprofessorinnen und -professoren, die sich mit Fragen der Strafrechtspolitik befassen.

¹⁰⁶ BVerfGE 88, 203 (279); BT-Drs. 13/1850, S. 25.

¹⁰⁷ Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31 (31 f.).

¹⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁹ Vgl. auch *Weigend*, ZfL 2018, 120 (121).

¹¹⁰ BVerfGE 88, 230 (280).

¹¹¹ *Pietsch*, KriPoZ 2022, 74 (80); *Sowada*, ZfL 2018, 24 (25).

¹¹² *Kubiciel*, JZ 2022, 934 (936); Vgl. Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31 (31 f.).

¹¹³ BT-Drs. 7/1981, S. 17.

¹¹⁴ A.A. *Wörner*, NK 2022, 121 (123).

verständlich, dass auch tatbestandslose und rechtmäßige Spätabtreibungen sensible Fragen aufwerfen können und in der Öffentlichkeit mit Bedacht behandelt werden sollten. Als Beispiel wurde die Abtreibung eines behinderten Kindes angeführt.¹¹⁵ Rechtsdogmatisch jedoch müsse vom aufgeführten Unrechtsgehalt ausgehend eine Unterscheidung vorgenommen werden, wie auch schon der Kriminalpolitische Kreis vorgebracht hat. Denn es erschien inkohärent, dass die Rechtsordnung ein Verhalten tatbestandslos stellte oder gar die Rechtswidrigkeit entfallen ließ, der Täter von § 219a StGB aber im Schuldspruch keine Differenzierung zu einem Täter, der Einfluss auf einen vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch ausübte, erfuhr. Unter Berücksichtigung der Entscheidung des *BVerfG* müsse zum Schutz des ungeborenen Lebens auch vor Werbeeinflüssen bei den sensiblen Gründen des Schwangerschaftsabbruchs geschützt werden. Eine Abstufung des Unrechts der Tat nach § 219a StGB hätte vielmehr durch eine Ordnungswidrigkeit erreicht werden können.¹¹⁶ Die differenzierten Vorschläge des Kriminalpolitischen Kreises unterschieden zutreffend zwischen den Tathandlungen und den jeweiligen Abbrüchen. Dabei fällt auf, dass der zweite Vorschlag durch das Tatbestandsmerkmal der *Störung der öffentlichen Ordnung* begrifflich dem Ordnungsrecht angelehnt ist und anders als der § 219a StGB in seiner geltenden Fassung als eher konkretes Gefährdungsdelikt modifiziert wurde. Der erste Vorschlag ließ die Deliktsnatur hingegen unberührt. Zutreffend wurde in den Vorschlägen herausgearbeitet, dass neutrale und sachliche Hinweise keine relativierende Wirkung auf die Gesellschaft haben.

l) Keine Rechtsunsicherheit

Die Abschaffung des Werbeverbots hat Rechtsunsicherheit beseitigt. Diese resultierte unter anderem daraus, dass die Vorschrift aufgrund ihres Absatzes 4 in der Judikatur unterschiedlich ausgelegt wurde.¹¹⁷ Dabei blieb die Frage der Kriminalisierung fragmentarischer Informationen über das „Wie“ eines Schwangerschaftsabbruchs weitgehend ungeklärt. Die Modalitäten des Absatzes 4 Nr. 1 und Nr. 2 konnten sowohl alternativ als auch kumulativ verstanden werden.¹¹⁸ Damit sachliche Informationen nicht unter den Tatbestand fallen, weist *Hillenkamp* in einer Begutachtung der auf § 219a StGB ergangenen Urteile darauf hin, dass die Gerichte bei § 219a StGB die Auslegungsmethoden hätten nutzen sollen.¹¹⁹ Insbesondere dränge schon die amtliche Überschrift darauf, nur Werbung zu erfassen.¹²⁰ Des Weiteren wurde kritisiert, dass der Unrechtsgehalt alternativer Handlungen bei identischer Strafandrohung annähernd gleich sei, also das *Anbieten* einem *werbenden Ankündigen* oder *Anpreisen* nachgelagert sein müsse. Dies sei nach *Hillenkamp* verkannt worden. *Frommel* wies darauf hin, dass die Gerichte die Tathandlungen des § 219a StGB restriktiv im Licht der Grundrechte von Mediziner:innen und Patientinnen hätten auslegen müssen.

¹¹⁵ *Weigend*, in: FS Kindhäuser, S. 854; *Sowada*, ZfL 2018, 24 (25).

¹¹⁶ Vgl. auch Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31 (33).

¹¹⁷ Sehr detailliert herausgearbeitet *Henning/Turhan*, JZ 2020, 465 (465 ff.).

¹¹⁸ Vgl. dazu *Lorenz/Turhan*, JR 2020, 465 (470 ff.).

¹¹⁹ *Hillenkamp*, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 9. Aufl. (2019), S. 13 (24); vgl. auch *Wörner*, in: Gender & Crime, 2022, S. 32 (39 ff.).

¹²⁰ Ebd.; Vertiefungshinweis *Stieper*, GRUR 2003, 398.

m) Abschaffung des „Relikts aus der Nazizeit“¹²¹

aa) Erläuterung

§ 219a StGB wurde in den medialen Debatten nicht selten als „Nazi-Paragraf“,¹²² der auf den „Müllhaufen der Geschichte“¹²³ gehöre oder als „Relikt der Nazis“¹²⁴ bezeichnet.

bb) Auseinandersetzung

Die Vorschrift ist zwar im Zuge des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933 in Kraft getreten (§§ 219, 220 RStGB, die weitgehend dem § 219a StGB entsprachen).¹²⁵ Das Werbeverbot ging jedoch rechtshistorisch auf Entwürfe aus der Zeit des Kaiserreichs und auf eine Initiative in der kriminalpolitisch liberalen Zeit der Weimarer Republik zurück.¹²⁶ Somit sei es unrichtig, dass die Vorschrift aus dunkler nationalsozialistischer Vergangenheit stamme.¹²⁷ Der Gesetzgeber sah vielmehr in den 1970er Jahren für § 219a StGB ausdrücklich vor, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit nicht als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert werde.¹²⁸ Der Abbruch sollte nicht verharmlost und zum Betätigungsfeld ausbeuterischer Aktivitäten werden.¹²⁹ Somit stellte er erstmalig den Schutz des ungeborenen Lebens in den Vordergrund. *Kubiciel* wendet zutreffend ein, dass es viele Vorschriften im Strafgesetzbuch gebe, die eine geschichtliche Entwicklung aufweisen.¹³⁰ § 219a StGB sei auch insgesamt mit der Verfassung vereinbar gewesen¹³¹ und stehe insbesondere im Einklang mit Art. 123 GG. Ob ein – wie hier – vorkonstitutionelles Gesetz mit der Verfassung vereinbar ist, bestimmt sich maßgeblich nach Art. 123 Abs. 1 GG. Danach gilt das Recht aus der Zeit vor der Konstituierung des Bundestages fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht. Für ein Fortbestehen des Rechts bedürfe es zumindest einer impliziten, vorzugsweise aber expliziten konstruktiven Anordnung des Verfassungsgebers.¹³² Eine solche Auseinandersetzung sei nach *Kubiciel* spätestens durch die Änderung des Absatzes 4 im Jahr 2019 erfolgt.¹³³

2. Kontra – Argumente gegen die Streichung des § 219a StGB

a) Missachtung des Schutzes des vorgeburtlichen Lebens und Verminderung des Schutzkonzepts

aa) Erläuterung

Das *BVerfG*¹³⁴ betonte schon in seinem ersten Schwangerschaftsabbruchurteil, dass das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung gem. Art. 2 Abs. 2 S.1 GG i.V.m.

¹²¹ *Haaf*, Der Abtreibungsparagraf ist ein Relikt der Nazis und gehört abgeschafft, SZ v. 24.11.2017, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/sexualitaet-der-abtreibungsparagraf-ist-ein-relikt-der-nazis-und-gehört-abgeschafft-1.3764288> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹²² *Lühring*, Der Nazi-Paragraf 219a gehört auf den Müllhaufen der Geschichte, zwd v. 14.1.2019, online abrufbar unter: <https://www.zwd.info/der-nazi-paragraf-219a-gehört-auf-den-muellhaufen-der-geschichte.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹²³ Linke, Ein Urteil, eine verlogene Rechtslage und eine neue Debatte, v. 20.12.2017, online abrufbar unter: <https://www.linksfraktion.de/publikationen/detail/ein-urteil-eine-verlogene-rechtslage-und-eine-neue-debatte/> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹²⁴ *Sasse*, NJ 2018, 433 (434).

¹²⁵ Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26.5.1933 (RGBl. I 1933, S. 295).

¹²⁶ *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 1; zur historischen Einordnung des § 219a StGB siehe insgesamt *Scholler*, KriPoZ 2021, 327.

¹²⁷ *Sasse*, NJ 2018, 433 (434).

¹²⁸ BT-Drs. 7/1981, S. 17.

¹²⁹ *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 1.

¹³⁰ *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14).

¹³¹ *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14) mit weiteren Hinweisen *Kubiciel*, JZ 2022, 934 (938).

¹³² *Giegerich*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG Art. 123, Band VII, 100. Auflage (2023), Rn. 1-4.

¹³³ *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 (14).

¹³⁴ BVerfGE 39, 1-95.

Art. 1 Abs. 1 GG steht und damit gewichtiger ist als das Selbstbestimmungsrecht der Frau. Dabei erstrecke sich die Schutzpflicht des Staates auch darauf, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen. Eine solche Pflicht bestehe auch gegenüber der Mutter. Der Gesetzgeber sah für § 219a StGB explizit vor, zum Schutz des Rechtsguts des ungeborenen Lebens als strafrechtliche Norm zu fungieren¹³⁵ und mittelbar dem Schutz des Ungeborenen zu dienen.¹³⁶ Der Staat habe die Aufgabe, „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben“.¹³⁷ Mit der Streichung des § 219a StGB geht die Sorge einher, dass Abbrüche verharmlost und zum Betätigungsfeld ausbeuterischer Aktivitäten werden.¹³⁸ Ebenso könnte das Schutzkonzept des ungeborenen Kindes in den §§ 218 ff. StGB geschwächt worden sein.¹³⁹ Es wird zudem angezweifelt, ob der „Schutzpflicht des Gesetzgebers für das ungeborene Kind“ mit der Regelung im HWG Genüge getan wird.¹⁴⁰ Zum einen seien schon die zentrale Begriffsbildung des Gesetzgebers sowie der bisherige Anwendungsbereich unpassend. Zum anderen lasse sich der Schwangerschaftsabbruch nicht mit einem dort genannten Verfahren vergleichen (z.B. Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden, krankhaften Beschwerden oder operativen plastisch-chirurgischen Eingriffen, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG), weil er einerseits nicht nur eine Rechtssphäre, sondern konfligierende Rechte zweier Grundrechtsträger betreffe,¹⁴¹ und andererseits mit den dort vorgesehenen Behandlungen, z.B. Schönheitsoperationen, auf die gleiche Wertungsebene gestellt werde und dadurch als moralisch unbedenklich gelte.¹⁴² Auch sei die Wahl des Gesetzes aufgrund seines Sinnes und Zweckes ungeeignet, da das HWG Patienten vor „Gesundheitsgefahren infolge übermäßigen, unkontrollierten, unnötigen, missbräuchlichen oder in sonstiger Weise unsachgemäßen Gebrauchs dieser Mittel“¹⁴³ schütze¹⁴⁴ und somit Gefahren einer unsachgemäßen Selbstmedikation in den Blick nimmt.¹⁴⁵ Der Telos des HWG sei daher mit einem Schwangerschaftsabbruch als solchem nicht vergleichbar, sodass das Bußgeld aus § 15 Abs. 1 Nr. 8 HWG keinen ausreichenden Schutz gewähre.¹⁴⁶ Vielmehr werde dadurch der Schutz des ungeborenen Lebens geschwächt.

bb) Auseinandersetzung

In dem Gesetzesentwurf zur Streichung des § 219a StGB wurde deutlich, dass die Vorschrift kein tragender Bestandteil des gebotenen Schutzkonzepts sei.¹⁴⁷ Dies erscheine jedoch auf den zweiten Blick nicht stimmig. Denn im Rahmen der Änderung des HWG heißt es, dass er damit der Schutzpflicht für das ungeborene Leben Rechnung getragen habe.¹⁴⁸ Aber wenn das Werbeverbot kein tragender Bestandteil war, wieso müsse jetzt das HWG dem Lebensschutz des Ungeborenen Rechnung tragen?¹⁴⁹ Zwar gäbe die Rechtsprechung des *BVerfG* keinen Hinweis darauf, dass § 219a StGB nicht verzichtbar sei.¹⁵⁰ Es erscheine aber konträr, wenn § 219 StGB einerseits die Auf-

¹³⁵ BT-Drs. 7/1983, S. 19.

¹³⁶ Eschenbach, in: BeckOK-StGB, § 219a Rn. 1.

¹³⁷ BVerfGE 88, 203, (260 f.).

¹³⁸ Vgl. BT-Drs. 7/1981, S. 17.

¹³⁹ Vgl. Pietsch, KriPoZ 2022, 74 (74).

¹⁴⁰ Kubiciel, JZ 2022, 934 (938).

¹⁴¹ Ebd.

¹⁴² Pietsch, KriPoZ 2022, 74 (81).

¹⁴³ Zimmermann, HWG, 1. Aufl. (2012), Einl. Rn. 1, 3.

¹⁴⁴ Kubiciel, JZ 2022, 934 (938).

¹⁴⁵ Burk, GRUR 2012, 1097.

¹⁴⁶ Vgl. auch Wörner, NK 2022, 121 (124).

¹⁴⁷ BT-Drs. 20/1635, S. 1.

¹⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 20/1635, S. 2.

¹⁴⁹ Vgl. Kubiciel, JZ 2022, 943 (943).

¹⁵⁰ Weigend, in: FS Kindhäuser, S. 853.

gabe hat, der schwangeren Frau eine ergebnisoffene Beratung zu ermöglichen, und auf der anderen Seite aggressive Werbung für einen Schwangerschaftsabbruch ohne Begrenzung zuließe.¹⁵¹

b) Risiken der vollständigen Abschaffung

aa) Erläuterung

Anstelle einer vollständigen Streichung wurde vorgeschlagen, den Tatbestand des § 219a StGB auf das Anpreisen in grob anstößiger Weise zu beschränken.¹⁵² Gegner des § 219a StGB, die eine vollständige Streichung der Vorschrift forderten, nahmen nur die erste Tathandlung der Vorschrift in den Blick.¹⁵³ Dass die Norm weitere Tathandlungen wie das „Ankündigen“ und das „Anpreisen“ unter Strafe stellte, wurde in den Debatten verkannt. Ein Resultat der Streichung sei, dass unsachliche und anpreisende Werbung nach dem StGB nun nicht geahndet werde.¹⁵⁴

bb) Auseinandersetzung

Dem wurde entgegengehalten, dass eine Beschränkung des Tatbestands auf das „Ankündigen“ und „Anpreisen“ nicht erforderlich sei, sofern das Delikt als abstraktes Gefährdungsdelikt zu verstehen sei.¹⁵⁵ Es fehle insoweit an der Abstraktheit, denn es existiere keine Empirie darüber, ob eine solche Werbung die Selbstbestimmungsfreiheit der Frau in besonderem Maß beeinträchtige.¹⁵⁶ Es drohe anderenfalls eine partielle Kriminalisierung „ins Blaue“ hinein.¹⁵⁷ Nach dem Gesetzesentwurf bestehe keine Gefahr, dass durch eine etwaige Aufhebung unsachliche oder anpreisende Werbung für Schwangerschaftsabbrüche betrieben werde, da berufsrechtliche Regelungen (vgl. § 27 Abs. 3 der (Muster-)Berufsordnung der Landesärztekammern¹⁵⁸) sicherstellen¹⁵⁹, dass die Informationen über den Schwangerschaftsabbruch nicht in einer Weise erfolgen, die die Entscheidungsfreiheit der Frau beeinträchtigt.¹⁶⁰ Auch sprechen die berufsrechtlichen Regelungen für Ärzt:innen nicht gegen eine *Beibehaltung* eines *Kernwerbeverbots*,¹⁶¹ vielmehr wurde es von § 219a StGB als Bundesrecht gestärkt. Das ärztliche Berufsrecht ist Landesrecht und berge die Gefahr, keinen einheitlichen Lebensschutz zu garantieren.¹⁶² Zudem habe das Berufsrecht der Ärzt:innen nicht den speziellen Gewissenskonflikt der Schwangeren im Blick,¹⁶³ anders hingegen der vor der Streichung geltende § 219a StGB. Die Werbeverbote nach Berufsrecht und nach dem UWG hätten den Zweck, den Wettbewerb fair zu stabilisieren sowie die Gesundheit der Frau zu fördern, nicht hingegen das vorgeburtliche Leben.¹⁶⁴ Die Streichung führe nun dazu, dass Nicht-Ärzt:innen in bestimmten Bereichen nicht sanktioniert werden, z.B. beim Bewerben von Produkten.¹⁶⁵

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Vgl. dazu *Frommel*, JR 2018, 239 (240 f.).

¹⁵³ *Lorenz/Turhan*, NK 2022, 129 (130).

¹⁵⁴ Vgl. *Kubiciel*, JZ 2022, 934 (934).

¹⁵⁵ *Henning/Turhan*, NK 2022, 129 (132); a. A. *Mitsch*, KriPoZ 2019, 214 (215 ff.).

¹⁵⁶ *Henning/Turhan*, NK 2022, 129 (132).

¹⁵⁷ Ebd.

¹⁵⁸ § 27 MBO, Ziel, dass Ärzt:innen sich nicht von kommerziellen Interessen leiten lassen.

¹⁵⁹ Der Referentenentwurf auf S. 7, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_219a_StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), sprach neben berufsrechtlichen Regelungen noch von strafrechtlichen Vorschriften, namentlich von § 111 StGB („Öffentliche Aufforderung zu Straftaten“) und § 140 StGB („Billigung von Straftaten“), in dem Gesetzesentwurf jedoch nicht mehr vgl., BT-Drs. 20/1635, S. 2. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass die allg. Straftatbestände nicht geeignet waren, einen gewissen Schutz herzustellen, sehr ausführlich und zur Vertiefung: *Lorenz, Turhan*, NK 2022, 129 (134 ff.).

¹⁶⁰ BT-Drs. 20/1635, S. 2.

¹⁶¹ *Hillenkamp*, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 2019, 13 (22).

¹⁶² *Frommel*, NK 2018, 300 (302).

¹⁶³ *Henning/Turhan*, NK 2022, 129 (134).

¹⁶⁴ *Frommel*, NK 2018, 300 (302 f.).

¹⁶⁵ *Frommel*, NK 2018, 300 (302).

c) Entfallen des strafrechtlichen generalpräventiven Charakters

aa) Erläuterung

Das Strafrecht hat aufgrund seiner generalpräventiven Wirkung sowohl positiv als auch negativ die Aufgabe und das Ziel, Rechtsunterworfenen von einem bestimmten strafbewehrten Verhalten abzuhalten.¹⁶⁶ Der Staat ist gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zum Schutz des menschlichen (auch ungeborenen)¹⁶⁷ Lebens verpflichtet. Um dieses menschliche Leben zu schützen, sei er insbesondere auch zum Erlass und zur Durchsetzung von Strafgesetzen verpflichtet.¹⁶⁸ Dabei muss er sich schützend und fördernd vor das ungeborene Leben stellen. Er hat zwar die Möglichkeit, dies mit den Mitteln des Strafrechts¹⁶⁹ auszugestalten, jedoch ist ihm dabei ein Rückgriff auch auf andere Schutzkonzepte nicht verwehrt,¹⁷⁰ sofern sie den gleichen Schutz für das ungeborene Kind bewirken und das Untermaßverbot berücksichtigt wird. Dem Gesetzgeber stehe somit eine weit gefasste Einschätzungsprärogative zu. Dabei sah der Gesetzgeber ausdrücklich vor, den Tatbestand des § 219a StGB weder in das Ordnungswidrigkeitenrecht zu überführen¹⁷¹ noch ihn zu streichen.¹⁷² Er sollte vielmehr dem Schutz des ungeborenen Kindes dienen und als Strafnorm ausgestaltet bleiben.¹⁷³ Zum Schutz des vorgeburtlichen Lebensschutzes sei daher eine Pönalisierung einzufordern.¹⁷⁴ Die Streichung aus dem Regelungswerk des Strafgesetzbuchs berge die Gefahr, die Bedeutung des ungeborenen Lebens zu mindern.¹⁷⁵ Es sei zu befürchten, dass Beanstandungen oder Ordnungsgelder durch Berufskammern oder Berufsgerichte keine vergleichbare abschreckende Wirkung auf den Einzelnen oder die Bevölkerung haben.¹⁷⁶ Anders als bei den Berufskammern gelten im Strafrecht das Legalitätsprinzip und der Ermittlungsgrundsatz, durch die der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen bestimmte Maßnahmen zur Aufklärung von Straftaten zur Verfügung stehen. Es müsse aufgrund des Schutzes des ungeborenen Lebens eine staatliche Pflicht bleiben, diese aufzuklären und das Recht durchzusetzen.¹⁷⁷ Ermittlungsmaßnahmen stehen den Berufskammern nicht in solchem Umfang zur Verfügung wie den Strafverfolgungsbehörden. Zwar können berufsrechtliche Regelungen werbende Handlungen unterbinden, jedoch liegen die Kontrolle und die Durchsetzung bei den einzelnen berufsständischen Kammern, die auf der Landesebene als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind. Dies kann dazu führen, dass divergierende Verfahrensordnungen mangels zentralisierter Organisation keinen einheitlichen Schutz gewährleisten. Es scheint problematisch, dass eine mittelbare Staatsverwaltung werbende Beeinflussungen für das Leben des ungeborenen Kindes *ahnden* soll.¹⁷⁸ Auch passe es nicht zur Festlegung des *BVerfG*, dass alle Regelungen zum Lebensschutz vom Bund im Rahmen seiner Annexkompetenz zum Strafrecht dort zu regeln seien.¹⁷⁹

bb) Auseinandersetzung

Nach anderer Ansicht müsse vielmehr das Übermaßverbot bei der Überprüfung von Strafnormen, hier des § 219a

¹⁶⁶ Joecks/Erb, in: MüKo-StGB, Band I, 4. Aufl. (2020), Einl. Rn. 67 ff.

¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (251 ff.).

¹⁶⁸ BVerfGE 39, 1 (37, 41); 88, 203 (257 ff.).

¹⁶⁹ BVerfGE 39, 1 (LS 4).

¹⁷⁰ BVerfGE 88, 203 (LS 8, 11); Wörner, NK 2022, 121 (123).

¹⁷¹ BT-Drs. 6/3434, S. 16.

¹⁷² BT-Drs. 7/554, S. 8.

¹⁷³ BT-Drs. 7/1983, S. 19.

¹⁷⁴ BVerfGE 88, 203 (257 ff.).

¹⁷⁵ Pietsch, KriPoZ 2022, 74 (82).

¹⁷⁶ Kubiciel, JZ 2022, 934 (939).

¹⁷⁷ A.A. Henning/Turhan, NK 2022, 129 (134).

¹⁷⁸ Kubiciel, JZ 2022, 934 (939).

¹⁷⁹ BVerfGE 98, 265 (299 f., 302); vgl. Frommel, NK 2018, 300 (303).

StGB, beachtet werden.¹⁸⁰ Das Strafrecht als *Ultima Ratio* könne nur eingesetzt werden, wenn ein bestimmtes Verhalten über das Verbot hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich sei.¹⁸¹ Damit sei das von § 219a StGB verfolgte Ziel nicht erfüllt, da es sachliche Informationen über gerechtfertigte und tatbestandslose Abbrüche in seiner geltenden Zeit erfasste.¹⁸² Wie die gesetzliche Überschrift des Werbeverbots ausdrücklich auswies, stellte der Tatbestand die *Werbung* unter Strafe. Dies scheine unter dem Gesichtspunkt, dass Werbeverbote bzw.-beschränkungen grundsätzlich eine originäre Kompetenz des Wettbewerbs- bzw. Gewerberechts seien, rechtsdogmatisch befremdlich und somit im Strafrecht falsch verortet.¹⁸³ Diese Sichtweise verkenne jedoch, dass inkriminierte Werbeverbote dem Strafrecht an sich nicht fremd sind, was § 284 Abs. 4 StGB und § 16 UWG verdeutlichen.¹⁸⁴

Ob das Strafrecht für das Werbeverbot nach § 219a StGB das geeignete Mittel unter Berücksichtigung des Ultima-Ratio-Charakters war, beantwortete der Gesetzgeber selbst, indem er den Anwendungsbereich des HWG gem. § 1 Abs. 2 lit. b HWG auf Schwangerschaftsabbrüche erweitert hat und damit irreführende Werbung gem. §§ 3, 14 HWG unter Strafe stellt. Der Vorteil des HWG ist, dass es auf der Rechtsfolgenebene zwischen Kriminalstrafe und Bebußung differenzieren kann, vgl. §§ 15 Abs. 1 Nr. 8 HWG. Jedoch kann die Verlagerung ins Nebenstrafrecht eine herabsenkende Billigung des Verhaltens mit sich bringen. Denn grundsätzlich werden Tatbestände des Nebenstrafrechts in das Kernstrafrecht überführt, damit es nicht nur z.B. die Wirtschaft oder die Medizin etc. betrifft, sondern darüber hinaus auch Ausdruck eines allgemein sozialetisch missbilligten Verhaltens ist.¹⁸⁵

IV. Abschließende Stellungnahme

In der Debatte um die Abschaffung des Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche wurde deutlich, dass geltendes Recht nicht losgelöst von gesellschaftlichen und politischen Diskursen gesehen werden kann. Das Recht und dessen Anerkennung in der Gesellschaft hängen stark von politischen Haltungen ab. Für die Bevölkerung war zum Teil unverständlich, warum sich eine Ärztin wie *Kristina Hänel* strafbar machen konnte, die auf ihrer Internetseite ausschließlich sachliche Informationen zu Schwangerschaftsabbrüchen bereitstellte. Das Zurverfügungstellen rein sachlicher oder neutraler Informationen sollte per se nicht unter Strafe gestellt werden. Dies erkannte auch der Gesetzgeber und nahm die Streichung der Vorschrift vor. Die Forderung nach einer vollständigen Abschaffung berücksichtigt jedoch nicht, dass sich die Kritik ausschließlich gegen die Tatvariante des *Anbietens* richtete. Sie war spätestens mit der reformierten Form der Beratungslösung 1995 als überholt anzusehen.¹⁸⁶ Statt der Forderung nach einer vollständigen Abschaffung nachzukommen, wäre eine Beschränkung des § 219a StGB auf die Tathandlung des Anpreisens in grob anstößiger Weise ein milderes Mittel. Zudem hätte der Gesetzgeber den Absatz 4 der Norm dahingehend modifizieren können, dass sachliche Informationen eindeutig vom Straftatbestand ausgenommen werden und das Werbeverbot auf wirklich werbendes Verhalten beschränkt wird. Dies hätte den Vorteil, dass der Schutz des ungeborenen Lebens weiterhin im Strafgesetzbuch manifestiert wäre und das Schutzkonzept der

¹⁸⁰ Deutscher Juristinnenbund e.V., Stellungnahme – Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss v. 18.5.2022, S. 3, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/05/Stellungnahme-Schuchmann-UND-Steinl_djb-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹⁸¹ BVerfGE 120, 224 (239 f.).

¹⁸² Bsp. § 12 UWG a.F. zu § 299 StGB: *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 26 Rn. 1.

¹⁸³ *Schweiger*, ZRP 2018, 98 (98).

¹⁸⁴ *Weigend*, in: FS Kindhäuser, S. 855; schon *Weigend*, ZfL 2018, 120 (121).

¹⁸⁵ Bsp. § 12 UWG a.F. zu § 299 StGB: *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 26 Rn. 1.

¹⁸⁶ Vgl. auch *Frommel*, NK 2018, 300 (304).

§§ 218 ff. StGB nicht geschmälert würde. Die Forderung der vollständigen Abschaffung kann sich daraus begründen lassen, dass der Gesetzgeber im Jahr 2019 aktiv wurde und eine unzureichende Änderung des § 219a StGB vornahm. Bei einer erneuten Reform bestand in der Gesellschaft möglicherweise weiterhin die Sorge, der Straftatbestand werde nicht anhand der schutzwürdigen Bedürfnisse der betroffenen Frauen betrachtet. Gleiches kann mit Blick auf eine denkbar fortbestehende Besorgnis der weiterhin bestehenden Pönalisierung von Ärzt:innen gelten. Die Validierung der Streichung des § 219a StGB zeigt, wie wichtig es ist, den Sinn und die Bedeutung von Normen in ihrem Gesamtsystem zu verstehen und ihre Sinnhaftigkeit zu begreifen. Die Normen stehen in einem systematischen Kontext und nicht losgelöst voneinander, verfolgen unterschiedliche Zwecke und haben Auswirkungen auf andere Vorschriften. Dabei ist es wichtig, auf juristische Auslegungsmethoden zurückzugreifen, wozu auch die amtliche Überschrift gehört. Ob die Abschaffung dieser Vorschrift alle vorgebrachten Vorbehalte lösen wird, mag bezweifelt werden. Zwar besteht unter anderem für Ärzt:innen nun die Möglichkeit, aufgrund ihres detaillierten und fachspezifischen Wissens sachliche und qualitativ solide Informationen auf ihren Internetseiten bereitzustellen, dies ist jedoch weiterhin nur eine fakultative Möglichkeit und begründet keine obligatorische Pflicht. Eine Gewährleistung steter Verfügbarkeit qualifizierter Informationen seitens der Ärzt:innen auf öffentlichen Internetseiten ist dadurch nicht gegeben. Wichtig bleibt – auch nach Außerkrafttreten der Vorschrift – weiterhin, die Bedürfnisse der informationssuchenden Personen und (ungewollt) schwangeren Frauen im Blick zu behalten und das Beratungsangebot weiter auszubauen, sodass Defizite weitestgehend behoben werden. Solange die Problematik der erörterten Gehsteigbelästigungen rechtlich nicht geklärt ist und einschüchterndes Verhalten hier nicht unterbunden werden kann, könnten Ärzt:innen von Abtreibungsgegnern oder Gegenbewegungen weiterhin rechtlich wie tatsächlich belastet werden. Dies kann zur Folge haben, dass immer weniger Mediziner:innen den Eingriff eines Schwangerschaftsabbruchs vornehmen wollen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass dies kein rein nationales Problem ist. Vielmehr kann beobachtet werden, dass sich eine regelrechte Lobby der Abtreibungsgegner gebildet hat, die international vernetzt den Versuch unternimmt, systematisch gegen Abtreibungen vorzugehen.¹⁸⁷ Es erscheint daher geboten, an den Gesetzgeber zu appellieren, diese Problematik verstärkt in den Blick zu nehmen. Aus diesen und weiteren Gründen, auf die in dieser Arbeit nicht vollumfassend eingegangen werden kann,¹⁸⁸ folgt, dass sich Ärzt:innen nicht in der Öffentlichkeit, z. B. auf der Liste der Bundesärztekammer nach § 13 Abs. 3 SchKG, eintragen lassen, sich auf ihren Internetseiten dazu bekennen oder Abbrüche selbst vornehmen werden. Die Verankerung des § 219a StGB im nationalen Kernstrafrecht stärkte das Beratungskonzept im Sinne des § 219 StGB und schützte damit auch das Leben des Ungeborenen vor werbender Beeinflussung der Mutter. Sowohl das geborene als auch das ungeborene Leben eines Menschen sollten ein vergleichbar hohes Schutzniveau sowie eine gleichrangige Anerkennung im Gesetz erfahren. Daher wäre es zielführender, die Vorschrift im bundesgesetzlichen Kernstrafrecht des StGB zu belassen und lediglich wie beschrieben diejenigen Verhaltensweisen aus dem Tatbestand zu streichen, die keiner Pönalisierung bedürfen, wie sachliche Informationen zum Abbruch. Dies würde dem Rechtsgut des Lebens des ungeborenen Kindes auf der einen Seite und dem ergebnisoffenen Entscheidungsrecht der betroffenen Frauen auf der anderen Seite gerecht werden. Die nicht ersatzlose Streichung des Werbeverbots im Strafgesetzbuch, sondern die teilweise Verlagerung in das HWG trägt dazu bei, dass das geänderte HWG, das UWG und die landesrechtlichen Berufsordnungen einen sachlich adäquaten Umgang mit Schwangerschaftsabbrüchen begünstigen. Auch wenn der Gesetzesentwurf den § 219a StGB nicht als tragenden Pfeiler des Schutzkonzepts gesehen hat, ist es lobenswert, dass zumindest versucht wurde, diesem

¹⁸⁷ WDR-Aktuell v. 13.9.2021, online abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=NuFSpUO7Vlg> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹⁸⁸ Z.B. Mangelnde Einbindung des Schwangerschaftsabbruchs im Medizinstudium.

Lebensschutz im HWG Rechnung zu tragen. Ob das Schutzniveau der neuen Regelungen als ausreichend angesehen werden kann, wird sich noch zeigen. Es ist von zentraler Bedeutung, das Leben eines ungeborenen Kindes weiterhin als hochgradig schützenswert anzusehen. Unabhängig von der Frage einer tatsächlich-emotionalen Hemmschwelle, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, sollte davor stets eine hohe rechtliche Hürde zu überwinden sein, insbesondere, da das noch ungeborene Kind nicht selbst über sein Leben entscheiden kann. Die Wiedereinführung eines modifizierten § 219a StGB *de lege ferenda* ist aus vorzugswürdigen Gründen auszuschließen, zumal dieser im Bundestag vermutlich gegenwärtig keine Mehrheit fände. Jedoch besteht die Gefahr, dass der Abbruch als solcher eine Relativierung erfährt und sich die Streichung der Vorschrift als erster Schritt erweist, sich dem Lebensschutzkonzept der §§ 218 ff. StGB künftig weiter anzunähern und es mehr und mehr aufzuweichen.¹⁸⁹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Anregung des Europäischen Parlaments, ein Recht auf Abtreibung in die Europäische Grundrechtscharta aufnehmen zu wollen.¹⁹⁰ Die geschilderte Gesamthematik um Schwangerschaftsabbrüche hat nicht nur eine rein nationale Bedeutung, sondern ist von globaler Relevanz, was sich nicht nur bei den in Deutschland dazu geführten Debatten zeigt. Auch in den USA,¹⁹¹ Polen¹⁹² und Kroatien¹⁹³ wird das Thema Schwangerschaftsabbrüche virulent diskutiert. In Deutschland wurde eine Kommission einberufen, der die Aufgabe zukommt, zu prüfen, ob der Straftatbestand des § 218 StGB, der nach wie vor die Frage der Strafbarkeit des Abbruchs regelt, aus dem Strafgesetzbuch gestrichen werden kann und sollte.¹⁹⁴ Es bleibt abzuwarten, in welcher Form das Schutzkonzept des ungeborenen Lebens weiterhin Geltung erfährt, verankert bleibt und welche Auswirkungen es auf das ungeborene Leben haben wird.

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

¹⁸⁹ Diese Besorgnis wird deutlich unter: Kommissariat der Deutschen Bischöfe, Stellungnahme – Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss v. 18.5.2022, S. 7, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/05/Stellungnahme-Sasserath_Kommissariat-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹⁹⁰ ABl. EU C 47/268 v. 7.7.2022 S. 1.

¹⁹¹ Geier/Naue, Der Kampf geht weiter: Ein Jahr nach Ende des Rechts auf Abtreibung in den USA, online abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/der-kampf-geht-weiter--ein-jahr-nach-ende-des-rechts-auf-abtreibung-in-den-usa> (zuletzt abgerufen am 23.8.23).

¹⁹² Polnische Aktivistin wegen Beihilfe zur Bestrafung von Abtreibungspillen verurteilt, SPIEGEL Ausland v. 14.3.2023, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/ausland/polen-aktivistin-wegen-beihilfe-zur-beschaffung-von-abtreibungspillen-verurteilt-a-12ab5ab0-76a9-483d-aa69-ccfl1ece67f1> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹⁹³ Tausende Menschen demonstrieren für Recht auf Abtreibung, Zeit v. 13.5.2023, online abrufbar unter: https://www.zeit.de/gesellschaft/2022-05/kroatien-abtreibung-demonstration-frauenrechte?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹⁹⁴ Bundesministerium für Gesundheit, Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin konstituiert sich v. 31.3.2023, online abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/konstituierung-kommission-reproduktive-selbstbestimmung.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Katharina Bonrath

Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch zeitgemäß?

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 11.4.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	51
1. <i>Thema und Fragestellung</i>	51
2. <i>Begriffserklärung</i>	51
3. <i>Skizzierung der derzeitigen rechtlichen Situation</i>	52
a) <i>Embryonenschutzgesetz und Adoptionsvermittlungsgesetz</i>	52
b) <i>Internationaler Vergleich</i>	53
II. Diskussion	53
1. <i>Für ein Verbot der Leihmutterschaft streitende Aspekte</i>	53
a) <i>Schutz der Leihmütter</i>	53
aa) <i>Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG</i>	53
bb) <i>Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG</i>	55
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	56
b) <i>Schutz der Kinder</i>	56
aa) <i>Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG</i>	56
bb) <i>Körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG</i>	57
cc) <i>Gespaltene Elternschaft</i>	59
dd) <i>Recht auf Kenntnis der Abstammung Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG</i>	60
ee) <i>Gewährleistung der elterlichen Pflege Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG</i>	61
2. <i>Gegen ein Verbot der Leihmutterschaft streitenden Aspekte</i>	61
a) <i>Soziale, ethische Aspekte</i>	61
b) <i>Grundrechte der Wunscheltern</i>	63
aa) <i>Recht auf reproduktive Selbstbestimmung Art. 6 Abs. 1 GG</i>	63
bb) <i>Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG</i>	63
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	64
c) <i>Grundrechte der Leihmütter</i>	64
aa) <i>Allgemeines Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG</i>	64
bb) <i>Allgemeine Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG</i>	64
cc) <i>Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG</i>	65
dd) <i>Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG</i>	65
ee) <i>Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG</i>	65
ff) <i>Zwischenergebnis</i>	65
d) <i>Schutz von Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG</i>	65
e) <i>Grundrechte Dritter</i>	66
aa) <i>Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG</i>	66
bb) <i>Wissenschaftsfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG</i>	67
f) <i>Abwägung der Grundrechte aller Beteiligten</i>	67
3. <i>Fazit</i>	68
III. Stellungnahme	68

I. Einführung

1. Thema und Fragestellung

Jedes zehnte Paar zwischen 25 und 59 Jahren in Deutschland ist ungewollt kinderlos.¹ Dabei liegen die Ursachen entweder in vollständiger Sterilität oder Infertilität und/oder in der Auslebung einer gleichgeschlechtlichen Beziehung. Im Jahr 2021 wurden insgesamt ca. 128.709 legale Kinderwunschbehandlungen vorgenommen.² In Deutschland ist – im Gegensatz zu anderen Ländern – ein Rückgriff auf die reproduktionsmedizinische Möglichkeit der Leihmutterschaft verboten. Trotzdem gehen Experten von mehreren Hundert Leihmutterschaftskindern in Deutschland aus.³ Ob ein Verbot der Leihmutterschaft noch zeitgemäß oder eine Liberalisierung des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) sowie Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiG) erforderlich ist, soll im Folgenden untersucht werden.

2. Begriffserklärung

Als Leihmutter oder auch Ersatzmutter wird eine Frau bezeichnet, die ein Kind für sogenannte Wunscheltern austrägt, um es diesen nach der Geburt zu überlassen, vgl. § 13a AdVermiG.⁴ Die Begriffe Leihmutter und Ersatzmutter sind Synonyme.⁵ Charakteristisch für die Leihmutterschaft ist, dass die Frau den Willen, das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen, bereits vor der Befruchtung gefasst haben muss. Ansonsten handelt es sich um zulässige pränatale Adoption.⁶ Zur Befruchtung der Leihmutter wird zumeist auf Reproduktionsmedizin zurückgegriffen.⁷ Folglich gibt es unterschiedliche Möglichkeiten der genetischen Verwandtschaft des Kindes mit den Wunscheltern. Insgesamt können bis zu fünf Personen an einer erfolgreichen Leihmutterschaft mitwirken: Samenspender, Eizellenspenderin, Leihmutter und Wunscheltern.⁸ Es ist zwischen kommerzieller und altruistischer Leihmutterschaft zu differenzieren.⁹ Im Rahmen der altruistischen Leihmutterschaft bekommt die austragende Frau nur eine Aufwandsentschädigung, wohingegen bei der kommerziellen Leihmutterschaft ein Honorar vereinbart wird.¹⁰

¹ BMFSFJ, Kinderlose Frauen und Männer, ungewollte oder gewollte Kinderlosigkeit im Lebenslauf und Nutzung von Unterstützungsangeboten, 2015, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/schwangerschaft-und-kinderwunsch/ungewollte-kinderlosigkeit> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023).

² Deutsches IVF-Register, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Jahrbuch 2021, Sonderheft 4, 2022, online abrufbar unter: <https://www.deutsches-ivf-register.de/perch/resources/dir-jahrbuch-2021-deutsch-1.pdf>, S. 22.

³ Konigorski, Der gemietete Bauch, Deutschlandfunk, online abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/der-gemietete-bauch-100.html#:~:text=Körper%20damit%20zurechtkam,-,der%20Eizelle%20der%20späteren%20Mutter> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023).

⁴ Wunscheltern/Bestelleltern werden im Diskurs synonym verwendet. Der Gesetzgeber nutzt den Begriff der Bestelleltern, wohingegen im weiteren Diskurs Wunscheltern verwendet wird; vgl. Engelhardt/Zimmermann, in: Ditzgen/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 1.

⁵ Im politischen und gesellschaftlichen Diskurs hat sich der Begriff der Leihmutter durchgesetzt, wohingegen der Gesetzgeber an dem Begriff Ersatzmutter festhält, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13d, 14b Abs. 2 AdVermiG; Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, 2018, S. 63.

⁶ Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 64.

⁷ Funcke, NZFam 2016, 207 (208).

⁸ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, 2021, S. 51.

⁹ Lang, JZ 2022, 327 (334); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (482).

¹⁰ Schramm, in: Schramm/Wermke, Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 86; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, 2018, S. 109.

3. Skizzierung der derzeitigen rechtlichen Situation

a) Embryonenschutzgesetz und Adoptionsvermittlungsgesetz

Die Leihmutterschaft ist seit 1990 in Deutschland untersagt. Das Verbot ist in § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG sowie §§ 13c ff. AdVermiG normiert. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer bei potenziellen Leihmüttern künstliche Befruchtungen durchführt oder ihnen menschliche Embryonen überträgt. Gegenüber der Leihmutter sowie den Wunscheltern greift der persönliche Strafausschlussgrund des § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 ESchG.¹¹ Der Gesetzgeber begründet die Strafbefreiung der Leihmütter damit, dass diese zumeist altruistisch handeln und häufig nicht überschauen können, in welche Konfliktsituationen sie sich begeben. Außerdem wird mit einem möglicherweise notwendigen Schutz des Kindes argumentiert. Wenn die Leihmutter das Kind nicht mehr abgeben möchte, muss sie das Kind umsorgen können. Bei Abgabe sind die Wunscheltern zuständig. Auch bekundet der Gesetzgeber ein gewisses Verständnis für die Wunscheltern, welches die Strafbefreiung unterstreicht.¹²

Weiterhin ist die Vermittlung der Leihmutterschaft nach §§ 13c ff. AdVermiG untersagt. Umfasst ist nicht nur das Zusammenbringen, sondern auch das jeweilige öffentliche Suchen oder Anbieten von Leihmüttern und Wunscheltern. Parallel zu den Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes werden Wunscheltern und Leihmütter auf Grund des persönlichen Strafausschlussgrundes § 14b Abs. 3 AdVermiG nicht bestraft¹³. Ziel des Gesetzgebers war es die Entstehung menschlichen Lebens zu schützen, vorgeburtliche Entwicklungsstörungen, „menschenunwürdige Konflikte“, gespaltene Mutterschaft sowie einen Verstoß gegen die Werteordnung des Grundgesetzes zu verhindern.¹⁴ Die Haltung der heutigen Bundesregierung hat sich insofern geändert, als dass im Koalitionsvertrag festgehalten wurde, sich erneut mit dem Thema Leihmutterschaft auseinanderzusetzen und eine mögliche Legalisierung zu prüfen.¹⁵

Strafbare Täter des Verbotes der Leihmutterschaft sind vor allem die Reproduktionsmediziner.¹⁶ Diese können sich nicht nur direkt, sondern auch im Rahmen von Anstiftung und Beihilfe strafbar machen. An die Qualität der Beihilfehandlung stellen die Literatur und die Rechtsprechung, aufgrund der berufstypischen Neutralität, unterschiedliche Anforderungen.¹⁷ Für die Literatursicht ist es erforderlich, dass die Handlung die Tat objektiv fördert und der Gehilfe sich subjektiv an der Haupttat orientiert.¹⁸ Die Rechtsprechung hingegen fordert, dass die Beihilfehandlung ausschließlich auf eine Straftat abzielt.¹⁹ Eine Anstiftung könnte beispielsweise vorliegen, wenn ein Arzt den Wunscheltern eine Inanspruchnahme von Leihmutterschaft vorschlägt.²⁰ Die deutschen Ärzte können auch dann gem. § 3, 9 Abs. 2 StGB bestraft werden, wenn sie Anstiftungs- oder Beihilfehandlungen zu Leihmutterschaft in einem Land vornehmen, in dem diese erlaubt ist.²¹

¹¹ Häberle, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band XVII, 240. EL (4/2022), § 1 ESchG Rn. 12.

¹² BT-Drs. 11/5460, S. 9 f.; BR-Drs. 417/89, S. 20.

¹³ Wache/Lutz, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 14b AdVermiG Rn. 1.

¹⁴ BT-Drs. 11/5283, S. 7 f.

¹⁵ Koalitionsvertrag 20. Legislaturperiode, S. 116; BT-Drs. 20/1355, S. 82 f.

¹⁶ Häberle, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 ESchG, Rn. 12.

¹⁷ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 27 Rn. 9 ff.

¹⁸ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 12, 13.

¹⁹ BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99; BGH, Urt. v. 31.12.2013 – XI ZR 295/12; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 10; Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 27 Rn. 16.

²⁰ Paetow, KriPoZ 2022, 346-354, (347).

²¹ Häberle, in: Häberle/Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 ESchG, Rn. 14; Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 67; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, online abrufbar unter: https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 69.

b) Internationaler Vergleich

Im Vergleich mit europäischen Ländern ist das in Deutschland herrschende Verbot der Leihmutterschaft nicht unüblich.²² Dennoch gibt es auch im europäischen Raum einige Staaten, die zumindest die altruistische Leihmutterschaft erlauben, etwa Belgien, England und Portugal.²³ Ferner ist in Europa und der Welt zum Teil sogar die kommerzielle Leihmutterschaft zulässig, beispielsweise in der Ukraine, der Russischen Föderation und Georgien, Teilen der USA und Indien.²⁴ Infolgedessen, dass Leihmutterschaft nicht überall auf der Welt verboten ist, kommt es zum Phänomen des Leihmutterschafts- bzw. Fortpflanzungstourismus. Wunscheltern begeben sich in ein Land, in welchem Leihmutterschaft erlaubt ist und nutzen die dort gegebenen Möglichkeiten.²⁵

II. Diskussion

1. Für ein Verbot der Leihmutterschaft streitende Aspekte

Im Rahmen der Argumentation für ein Verbot der Leihmutterschaft werden sowohl Kindesschutzaspekte als auch Schutzinteressen der Leihmütter sowie gesellschaftliche Ansichten thematisiert.

a) Schutz der Leihmütter

aa) Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG

Der Gesetzgeber begründet das Verbot der Leihmutterschaft unter anderem mit dem Vorbeugen einer Würdeverletzung der Leihmutter nach Art. 1 GG.²⁶ Ein Mensch ist in seiner Würde verletzt, wenn seine Subjektqualität in Frage gestellt wird und er zum reinen Objekt staatlichem Handeln degradiert wird.²⁷ Ob ein Würdeverstoß vorliegt, ist nicht rein objektiv zu beurteilen, sondern anhand des individuellen Würdeverständnisses des Betroffenen zu bestimmen.²⁸ Übertragen auf die Leihmutterschaft würde ein Eingriff vorliegen, wenn die Leihmutter aufgrund der Kommerzialisierung ihrer Dienstleistung nicht mehr als Person geachtet würde.²⁹ Sowie, wenn sie nicht in der Lage wäre, in selbstbestimmter Art und Weise, insbesondere ausreichend informiert, einsichtsfähig und freiwillig,

²² Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, WD-9-3000-039/18, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 22 ff.

²³ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, WD-9-3000-039/18, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 33 ff.

²⁴ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich, WD-9-3000-039/18, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592446/b04363cfd1cf5f6fa65c94b8c48495d9/WD-9-039-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 47 ff. 52 ff., 56 ff.

²⁵ Vgl. Lagarde, ZEuP 2015, 233-240 (235); Engelhardt/Zimmermann, in: Ditzel/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, S. 2, 8; Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (494).

²⁶ BT-Drs. 11/4154, S. 7; BT-Drs. 11/5283, S. 8.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.6.1969 – 1 BvL 19/63, Rn. 20; BVerfG, Urte. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. EL. (9/2022), Art. 1 Rn. 36; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 189 f.; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 16/72, Rn. 35; Windthorst, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, 5. Aufl. (2022), Art. 1 Rn. 36b; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484).

²⁹ Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, 2020, S. 381 f.; Paetow, KriPoZ 2022, 346-354, (351); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 189 ff.

die Reichweite ihrer Würde zu bestimmen.³⁰ Teilweise wird vorgebracht, die Leihmutter könnte schon aufgrund des wirtschaftlichen Missverhältnisses zwischen ihr und den Wunscheltern keine autonome Entscheidung treffen.³¹ Der Aspekt der Ausbeutung wird zumeist bei kommerziellen Leihmüttern, aus wirtschaftlich schwächeren Ländern wie Indien oder der Ukraine, vorgetragen.³² Die Ausbeutung setzt sich aus einem prozeduralem und einem substanzialen Moment zusammen.³³ Eine Partei nutzt die individuelle Schwäche der anderen Partei aus, wodurch sich die eigene Leistung als geringer darstellt. Ein Einvernehmen steht der Ausbeutung nicht entgegen.³⁴ Die profitierende Seite der eventuellen Ausbeutung sind die Wunscheltern.³⁵ Einerseits stehen sich die Leistung der Leihmutter, in Form des Austragens und Geburt des Kindes, und die Gegenleistung der Wunscheltern, Zahlung einer Geldsumme, entgegen. Andererseits könnte auch eine Ausbeutung durch eine einseitig belastende Vertragsgestaltung, bspw. fehlendes Mitspracherecht während der Schwangerschaft, vorliegen.³⁶ Ob und inwiefern sich Leihmütter tatsächlich ausgebeutet fühlen, wurde vereinzelt in Studien untersucht.³⁷ Dabei wurden Leihmütter aus unterschiedlichen Ländern nach ihrer Lebenssituation, Motivation und Erfahrungen mit der Leihmutterchaft befragt. Keine der befragten Frauen berichtete von einer Ausbeutung.³⁸ Die repräsentative Wirkung der Studien kann, aufgrund der geringen Anzahl der Teilnehmer und dem kurzen Untersuchungszeitraum, angezweifelt werden. Nichtsdestotrotz liegen keine Beweise für ein Ausnutzen der Leihmütter vor. Vielmehr lassen sich Belege finden, die gerade gegen eine Ausbeutung sprechen.³⁹ Die Ausbeutung ist vornehmlich ein Problem des Leihmutterchaftstourismus. Aus diesem Grund ist die Aussagekraft der Studien bedeutungslos für die Einführung der altruistischen Leihmutterchaft. Der Gesetzgeber kann allen potenziellen Formen der Ausbeutung in Deutschland, sowie einer Ausbeutung von Leihmüttern im Ausland durch entsprechende Ausgestaltung der Gesetze entgegenwirken.⁴⁰ Mangels vorliegender Anhaltspunkte für eine Ausbeutung aus Sicht der Leihmütter kann ein Würdeverstoß nicht angenommen werden.

Befürworter eines Würdeverstoßes bringen als weiteres Argument vor, dass die Entscheidung der Leihmutter lediglich das Spiegelbild der verwurzelten traditionellen Fortpflanzungsvorstellung der Gesellschaft ist.⁴¹ Sowie,

³⁰ *Lammers*, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 154 f.; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 128; *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13; *BGH*, Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17; *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (352); *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 191; *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (485); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (494).

³¹ *Paetow*, KriPoZ 2022, 346, (351); *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 189 ff.

³² *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 36, 141; *Mettele*, in: Schramm/Wermke, Kinder wünschen – Mütter leihen. Geschlechtergeschichtliche Überlegungen zur Familie und ihre Machbarkeit, 2018, S. 33.

³³ *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 141 ff.

³⁴ *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 150.

³⁵ Ebd.

³⁶ *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 131.

³⁷ *Blyth*, Journal of Reproductive and Infant Psychology, online abrufbar unter: <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/02646839408408885?needAccess=true&role=button> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 969 - 992.

³⁸ *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 28 ff.; *Akker*, Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update, online abrufbar unter: <https://academic.oup.com/humupd/article/13/1/53/749903> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 53 - 62.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 131; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 155; *Schwind*, in: Ditzgen/Weller, Regulierung der Leihmutterchaft, S. 130; *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterchaft in Deutschland, S. 85; *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (351).

⁴¹ *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (484).

dass die Kommerzialisierung, der Fortpflanzungsfunktionen des weiblichen Körpers, die Frau zu einer „Gebärmaschine“ degradiere. Auch die Dienstleistung sei lediglich ein Mittel zur Erfüllung fremder Interessen.⁴² Dem bringen Gegner des Verbots entgegen, dass die Leihmutterschaft gerade eine Chance sei, mit biologischen Paradigmen und geschlechterspezifischen Rollenbildern zu brechen. Denn die Leihmutterschaft gibt auch infertilen Frauen die Chance auf ein eigenes, genetisch von ihnen abstammendes, Kind.⁴³ Insgesamt darf der Würdeschutz nicht dazu benutzt werden, Einzelne vor sich selbst und der eigenen Autonomie zu schützen. Im Rahmen der Debatte, ob ein Würdeverstoß vorliegt, muss weiterhin die Freiwilligkeit der Leihmütter im Fokus stehen.⁴⁴ Diese von der Prostitution übertragene Argumentation ist auch insofern zutreffend, als dass ansonsten nach der Begründung des Gesetzgebers zur Leihmutterschaft auch die Prostitution eine Würdeverletzung der Frau darstellen müsste. Die Frau, welche sexuelle Dienstleistungen anbietet würde ebenfalls zum Objekt degradiert und vermiete ihren Körper zum Zweck der Befriedigung.⁴⁵ Es ist unter diesen Gesichtspunkten nicht ersichtlich, warum Prostitution in Deutschland erlaubt ist, Leihmutterschaft dagegen, auf Grundlage desselben Würdeverstoßes, verboten.⁴⁶ Zusammenfassend kann bei einer freiwilligen Entscheidung der Frau zur Leihmutterschaft keine Verletzung ihrer Würde vorliegen.⁴⁷ Vielmehr wird durch das Verbot die individuelle Entscheidung der Frauen, als Ausdruck ihrer Würde, beeinträchtigt.

bb) Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Des Weiteren werden in der Gesetzesbegründung, durch die Leihmutterschaft entstehende, psychische Konflikte zwischen den Beteiligten, vorgebracht.⁴⁸ In diesen Konflikten könnte ein Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG der Leihmütter liegen. Die körperliche Unversehrtheit umfasst das psychische Wohlbefinden, sowie die Gesundheit des Körpers im biologisch-physiologischen Sinn.⁴⁹ Als Abwehrrecht schützt das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor Eingriffen durch den Staat. Zudem schützt es als Leistungsrecht mittelbar vor Eingriffen durch Dritte.⁵⁰ Nicht vom Recht auf körperliche Unversehrtheit umfasst, ist eine Pflicht zur gesundheitsmäßigen Lebensführung. Vielmehr schützt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Selbstbestimmtheit bezgl. des eigenen Körpers, folglich auch gewisse selbstschädigende Handlungen.⁵¹ Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG könnte in der Schwangerschaft und den damit einhergehenden, sowie nachfolgenden psychischen und physischen Belastungen gesehen werden. Es wird die These aufgestellt, die Leihmütter haben während der Schwangerschaft bereits eine so tiefgehende Beziehung zu dem Kind aufgebaut, dass eine Abgabe des Kindes zu einer unzumutbaren psychischen Belastung führe.⁵² Die Intensität der Beeinträchtigung kann anhand des Motives der Leihmutter

⁴² Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 195; Paetow, KriPoZ 2022, 346, (351); Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 381 f.; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484); Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 153 f.; Majer, NJW 2018, 2294, (2296).

⁴³ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 168; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484).

⁴⁴ Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 171.

⁴⁵ Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 75, 161; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); Majer, NJW 2018, 2294 (2295); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (487).

⁴⁶ Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 382; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 75; Majer, NJW 2018, 2294 (2295); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (487).

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, Rn. 49; BGH, Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17; Paetow, KriPoZ 2022, 346-354, (352); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 191; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (485); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (494).

⁴⁸ BT-Drs. 11/5460, S. 15; BT-Drs. 11/4154, S. 1, 6.

⁴⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 1 Rn. 83.

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 92; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 10.6.2015 – 2 BvR 1967/12; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 91.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09; BVerfG, Beschl. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80; BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09.

⁵² BT-Drs. 11/4154, S.7; Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 81.

bestimmt werden. Es lässt sich nicht abstreiten, dass eine Leihmutter, die aufgrund von Zwang oder finanzieller Not handelt, eine stärkere psychische Belastung verspüren könnte als eine altruistisch handelnde Frau.⁵³ Die meisten Leihmütter, ob kommerziell oder altruistisch, berichten in Studien jedoch von keiner seelischen Beeinträchtigung.⁵⁴ Somit ist nicht von schweren psychischen Belastungen der Leihmütter, die sich bewusst und freiwillig dafür entscheiden haben, auszugehen.⁵⁵ Insgesamt stellt sich in Bezug auf die Gesetzesbegründungen die Frage, inwieweit ein paternalistischer Eingriff durch das Verbot der Leihmutterschaft zulässig ist.⁵⁶ Allgemein sind solche Eingriffe vor allem zum Schutz Dritter, der Allgemeinheit, sowie bei nicht autonomen, selbstschädigenden Handlungen zulässig.⁵⁷ Bei der Leihmutterschaft hingegen handelt es sich zumeist um eine autonome Entscheidung. Die psychische Belastung tritt gegebenenfalls bei der Leihmutter selbst auf und hat keine Auswirkung auf Rechte Dritter. Mithin überschreitet das derzeitige Leihmutterschaftsverbot die Grenzen des zulässigen Paternalismus.⁵⁸ Die eventuellen psychischen Belastungen stellen keinen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar.⁵⁹ Es besteht keine ausreichende Grundlage für das Verbot der Leihmutterschaft.⁶⁰ Inwiefern andere Aspekte und Argumente die Belastungen wieder ausgleichen bleibt zu untersuchen.

cc) Zwischenergebnis

Durch ein Zulassen der Leihmutterschaft in Deutschland wird weder in die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG der Leihmutter noch in das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen. Vielmehr wird im Rahmen der körperlichen Unversehrtheit die zulässige Reichweite staatlichem Paternalismus überschritten.

b) Schutz der Kinder

aa) Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG

Durch Leihmutterschaft ausgetragene Kinder könnten in ihrer Menschenwürde verletzt sein. Eine Verletzung könnte in der Degradierung der Kinder zu handelbarer Ware liegen.⁶¹ Zur Eröffnung des Schutzbereichs müsste bereits das ungeborene Leben geschützt werden. Wann die Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet ist und inwiefern der Nasciturus geschützt wird ist strittig.⁶² Bezüglich des Schutzes des Embryos gibt es im Wesentlichen zwei Auffassungen. Nach der einen beginnt der Würdeschutz bereits mit der Befruchtung, nach der anderen erst mit der Nidation.⁶³ Das *BVerfG* hat sich der zweiten Ansicht insofern angeschlossen, als dass der Würdeschutz

⁵³ Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482-491 (486); Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 81.

⁵⁴ Akker, Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update, online abrufbar unter: <https://academic.oup.com/humupd/article/13/1/53/749903> (zuletzt abgerufen am 4.9.2023), S. 53 - 62; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 34; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (486); Engel, ZEuP 2014, 538 (555 f.); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352); erneut ist auf die Zweifel bezüglich der repräsentativen Wirkung zu verweisen.

⁵⁵ Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 81; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 136 ff.

⁵⁶ Hermann, in: Gosepath/Hinsch/Rössler, Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, 2009, S. 962 f.; Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 19 f.

⁵⁷ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 181 f.; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 198.

⁵⁸ Vgl. Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (486); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 181; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 387.

⁵⁹ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 255.

⁶⁰ Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (486); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 136.

⁶¹ Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 198; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (350); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (483); Majer, NJW 2018, 2294-2299, (2297); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (496).

⁶² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 8; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 65.

⁶³ Ebd.

spätestens mit der Nidation beginnt.⁶⁴ Die Vereinbarung zwischen Leihmutter und Wunscheltern über das Austragen eines Kindes findet jedoch bereits vor Befruchtung und Nidation statt. Mithin liegt weder nach der einen noch der anderen Auffassung ein taugliches Schutzobjekt vor. Folglich ist das Leihmutterchaftsverbot nicht mit dem subjektiven Menschenwürdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG zu rechtfertigen.⁶⁵

Jedoch könnte der objektive Schutzgehalt der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG bereits das werdende Leben umfassen.⁶⁶ Der objektive Schutzgehalt der Menschenwürde kommt nur zum Tragen, wenn er sich bereits auf ein konkretes, menschliches Individuum beziehen kann.⁶⁷ Eine Individualisierung ist bei der Leihmutterchaft gegeben.⁶⁸ Jeglicher Diskurs zwischen den Wunscheltern und der Leihmutter dreht sich um das auszutragende Kind. Folglich ist eine Anwendung des objektiven Schutzgehaltes der Menschenwürde möglich.⁶⁹ Eine Verletzung des objektiven Schutzgehaltes des Art. 1 Abs. 1 GG käme ebenfalls bei einer Degradierung des Kindes zu handelbarer Ware in Betracht.⁷⁰ In der Durchführung der Leihmutterchaft, das heißt der Zeugung des Kindes, ist keine Würdeverletzung zu sehen. Jedes Leben ist würdevoller als kein Leben.⁷¹ In Bezug auf die Leihmuttervereinbarung wird in der finanziellen Gegenleistung ein Verkaufen des Kindes gesehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Geldleistung gerade nicht für das Kind, sondern für die Leistung der Leihmutter und der ihr dadurch entstehenden Kosten und Unannehmlichkeiten gezahlt wird.⁷² Insbesondere bei der altruistischen Leihmutterchaft ist ein Verkaufen des Kindes abwegig. Bei der kommerziellen Leihmutterchaft könnten entsprechende Regelungen getroffen werden, welche die Grenze zum Kinderhandel wahren. Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, dass durch die Leihmutterchaft stets ein Eingriff in das Recht auf Achtung der Würde des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 GG eingegriffen wird.⁷³ Das Leihmutterchaftsverbot kann mangels eines Eingriffes in den Schutzbereich nicht auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt werden.

bb) Körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Des Weiteren könnte durch die Leihmutterchaft das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt werden. Ein Eingriff wird zumeist in der durch die Leihmutterchaft entstehenden Beeinträchtigung der psychischen Entwicklung gesehen.⁷⁴ Dabei wird vor allem auf den Zeitpunkt der Trennung von Leihmutter und Kind unmittelbar nach der Geburt abgestellt.⁷⁵ Unstreitig ist, dass sich Embryonen ab dem

⁶⁴ *BVerfG*, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF, 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74; *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92.

⁶⁵ Vgl. *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 263; *Jarass*, in: Jarass/Piero, GG, Art. 1 Rn. 24; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 104.

⁶⁶ *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (483).

⁶⁷ Vgl. *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 266.

⁶⁸ Ebd.

⁶⁹ Ebd.

⁷⁰ *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 198; *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (350); *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (483); *Majer*, NJW 2018, 2294 (2297); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 266.

⁷¹ *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, Rn. 49; *Lammers*, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 159; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 266; *Wapler*, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 117; *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (350); *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 344.

⁷² *Paetow*, KriPoZ 2022, 346, (350); *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterchaft in Deutschland, S. 120 f.

⁷³ *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 267; *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (484); *Paetow*, KriPoZ 2022, 346 (350); *Majer*, NJW 2018, 2294 (2297); *Lammers*, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 162; *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 374; *Jarass*, in: Jarass/Piero, GG, Art. 1 Rn. 24; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 104.

⁷⁴ *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 267; *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 374; *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, Bd. X, 8. Aufl. (2020), § 1591 Rn. 55.

⁷⁵ *Schölmerich*, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterchaft, 2018, S. 212; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 127; *Funcke*, NZFam 2016, 207 (212); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (496); *Hillgruber*, JZ 2020, 12 (14).

letzten Drittel der Schwangerschaft an die Sprache und Sprechmelodie der austragenden Frau gewöhnen, sowie diese nach der Geburt auch wiedererkennen.⁷⁶ Demgegenüber gibt es keinerlei Erkenntnis, welche Auswirkungen für das Kind bestehen, wenn die Sprache und Sprechmelodie nach der Geburt wechselt.⁷⁷ Vielmehr bestätigen Studien, dass Babys kurz nach der Geburt bedingungslos bereit sind, Beziehungen aufzubauen. Daraus ist zu schließen, dass es nicht auf die genetische Verwandtschaft zu den Bezugspersonen nach der Geburt ankommt, sondern auf deren Verhalten.⁷⁸ Mithin ist eine Entwicklungsstörung allein durch die Trennung nach der Geburt nicht belegbar. Des Weiteren wird vorgetragen, dass das Wissen der Kinder um die Geburt durch eine Leihmutter zu tiefgreifenden Identitätskrisen führe.⁷⁹ Es bestehe eine Vergleichbarkeit mit der in Deutschland zulässigen Adoption und Samenspende.⁸⁰ Zur Adoption freigegebene Kinder nehmen die Weggabe der genetischen Mutter häufig als Kränkung wahr und zeigen dadurch vermehrt Identitäts- und Isolationsprobleme.⁸¹ Kinder, die durch Samenspenden gezeugt wurden, sehen den Spender als Familienmitglied und ihre eigene Zeugung, als Warenproduktion.⁸² Im Diskurs sind die Unterschiede der klassischen Adoption zur Leihmutterschaft festzustellen, wobei der wichtigste Unterschied der Entscheidungszeitpunkt ist.⁸³ Bezüglich der Samenspende werden Identitätskonflikte vermieden, weil der genetische Vater häufig auch der soziale Vater ist, bei dem das Kind aufwächst. Dadurch könnte die Leihmutterschaft für die Kinder leichter zu verarbeiten sein, als eine klassische Adoption.⁸⁴ Es ist darauf hinzuweisen, dass trotz bekannter Probleme und Schwierigkeiten sowohl die Samenspende als auch die Adoption umfassend erlaubt sind.⁸⁵ Es ist nicht ersichtlich, warum dieselben Probleme bei der Leihmutterschaft einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff, in die körperliche Unversehrtheit der Kinder, darstellen sollen. Zusammenfassend ist die empirische Grundlage nicht ausreichend, um endgültige Aussagen, bezüglich der Entwicklung von Leihmutterkindern, zu tätigen. Allerdings sind die Studien aussagekräftiger als die Vermutungen der Gesetzesbegründung. Mithin sind die Aspekte der Identitätskrise und psychischen Entwicklung nicht ausreichend, um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Kinder darzustellen.⁸⁶

Darüber hinaus könnten die Reproduktionsmaßnahmen selbst, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, verletzen. Es besteht erneut das Problem, dass noch kein Grundrechtsträger lebt, sodass nur die objektive Schutzpflicht des

⁷⁶ Granier-Deferre/Bassereau/Ribeiro/Jacquet/DeCasper, A Melodic Contour Repeatedly Experienced by Human Near-Term Fetuses Elicits a Profound Cardiac Reaction One Month after Birth, online abrufbar unter: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3044162/pdf/pone.0017304.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.9.2023), S. 2; Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 212; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 127 f.

⁷⁷ Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 212; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 127 f.; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 124.

⁷⁸ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 128; Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 213, 217; Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (496).

⁷⁹ Lang, JZ 2022, 327 (332); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (484); Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 210.

⁸⁰ Vgl. Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (491); Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 83; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 129; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 186.

⁸¹ Funcke, NZFam 2016, 207-212 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (491).

⁸² Funcke, NZFam 2016, 207-212 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 126.

⁸³ S.o. I. 1. a) bb) – Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

⁸⁴ Zu Schwierigkeiten aufgrund von Adoption: Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (491); Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (496).

⁸⁵ Vgl. Samenspenderegistrierungsgesetz (SaRefG); Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG).

⁸⁶ Vgl. Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 82; Lang, JZ 2022, 327 (335).

Staates besteht.⁸⁷ Eine Verletzung könnte vorliegen, wenn die medizinischen Maßnahmen nicht hinreichend erforscht wären und tatsächlich zu körperlichen Beeinträchtigungen der Embryonen und Kindern führen würden.⁸⁸ Gefahren durch Reproduktionstechniken sind nicht von der Hand zu weisen, jedoch kein spezielles Problem der Leihmutterschaft.⁸⁹ In Anbetracht der großen Zahl an zulässigem Reproduktionsverfahren ist nicht ersichtlich, warum die dabei möglichen Gefahren das Verbot der Leihmutterschaft rechtfertigen sollten.⁹⁰ Zusammenfassend liegt in dem Ausführen von Reproduktionstechniken ebenfalls kein Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der Kinder.⁹¹ Die Leihmutterschaft stellt in der Regel keinen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Kinder aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG dar.

cc) Gespaltene Elternschaft

Neben den medizinischen Begründungen wird vorwiegend der Einwand der gespaltenen Elternschaft angebracht.⁹² Gespaltene Mutterschaft umschreibt das Auseinanderfallen von plazerarer und genetischer Mutter.⁹³ Das deutsche Recht legt gem. § 1591 BGB fest, dass die Frau, welche das Kind gebärt, rechtliche Mutter ist. Die nichtgenetische Mutter kann lediglich im Wege der Adoption nach §§ 1741 ff. BGB die rechtliche Mutter des Kindes werden.⁹⁴ Eine rechtliche Vaterstellung zu erreichen, ist einfacher. Vater ist, wer die Vaterschaft mit Zustimmung der unverheirateten Mutter anerkennt oder, wer zum Zeitpunkt der Geburt mit ihr verheiratet ist. Unerheblich ist dabei, ob genetische Verwandtschaft vorliegt. Zudem kann die genetische Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden. Ist die Leihmutter verheiratet, besteht der Weg der Vaterschaftsanfechtung (vgl. §§ 1592 ff. BGB). Die unsichere Rechtslage in Bezug auf die Mutterschaft birgt vor allem da ein Risiko, wo sich die Wunscheltern gegen eine Adoption entscheiden. In diesem Fall hat die Leihmutter keine Möglichkeit, die rechtliche Mutterschaft aufzugeben.⁹⁵ Andersherum haben die Wunscheltern bei einem Umentscheiden der Leihmutter keinen Anspruch auf Herausgabe des Kindes, da der Vertrag gem. § 134 BGB/§ 138 BGB nichtig ist.⁹⁶ Dies sind erneut Probleme, welche vornehmlich dem Leihmutterschaftstourismus und den fehlenden Regelungen im deutschen Familienrecht geschuldet sind. Auch bei klassischer Adoption entsteht eine Form der gespaltenen Mutterschaft.⁹⁷ Da diese bei der Adoption jedoch genau geregelt ist, treten keine Schwierigkeiten auf. Mithin wäre auch dieser Konflikt im Rahmen der Leihmutterschaft durch den Gesetzgeber zu lösen.

Mit dem Aspekt der gespaltenen Mutterschaft, geht das Problem der Staaten- bzw. Elternlosigkeit einher.⁹⁸ Vornehmlich tritt das Problem bei der Inanspruchnahme von ausländischen Leihmüttern auf. Es gibt keine einheitliche Regelung zur Anerkennung der Elternschaft der Wunscheltern in Deutschland.⁹⁹ Unterschieden wird zwischen

⁸⁷ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 269.

⁸⁸ Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 119.

⁸⁹ Vgl. Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 375; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 119.

⁹⁰ Vgl. Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 119.

⁹¹ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? S. 269; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 120; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 377; Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 55.

⁹² BT-Drs. 11/5460, S. 6; BT-Drs. 13/4899, S. 52; BT-Drs. 11/4154, S. 7.

⁹³ Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 124; Lang, JZ 2022, 327 (332).

⁹⁴ Lang, JZ 2022, 327 (332); Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (493); Schramm, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 69 ff.

⁹⁵ Gössl/Sanders, JZ 2022, 492 (493); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (490).

⁹⁶ Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 20; Majer, NJW 2018, 2294 (2297); Lang, JZ 2022, 327 (334); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (354).

⁹⁷ Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 250.

⁹⁸ Vgl. Dethloff, NJW 2018, 23 (28); Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? S. 20; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (354); Campbell, NJW 2018, 196 (197); Heiderhoff, NJW 2014, 2673 (2675).

⁹⁹ S.o. I. 3. B) - Internationaler Vergleich.

Ländern, in denen die Wunscheltern durch Gerichtsentscheidung rechtliche Eltern werden und solchen, in denen lediglich eine einfache Behördenentscheidung ergeht.¹⁰⁰ Unsicher ist die Rechtslage in den Fällen, in denen nur eine ausländische Behördenentscheidung vorliegt. Stets muss einer der Wunscheltern, in der Regel der Vater, beim deutschen Konsulat im Geburtsland des Kindes, die Vaterschaft anerkennen lassen. Nur so kann das Kind die deutsche Staatsbürgerschaft erhalten und legal nach Deutschland einreisen.¹⁰¹ Liegt keine Gerichtsentscheidung vor, so ist deutsches Kollisionsrecht gem. Art. 19 Abs. 3 EGBGB anzuwenden. Demnach bekommt der Wunschvater nur einen deutschen Staatangehörigkeitsnachweis für das Kind, wenn er die nach deutschem Recht zu beurteilende Vaterstellung (§ 1592 BGB) nachweisen kann. Schlägt der Nachweis fehl oder wird die ausländische Behördenentscheidung nicht anerkannt, darf das Kind mangels deutscher Staatsangehörigkeit nicht einreisen.¹⁰² Somit ist das Kind der Gefahr ausgesetzt, allein im Ausland verbleiben zu müssen, da sich die Eltern beispielsweise nicht für unbestimmte Zeit im Geburtsland aufhalten können. Dazu kommt, dass das Kind rechtlich elternlos werden könnte, da das ausländische Recht zu keinem Zeitpunkt eine Mutterschaft der Leihmutter vorsieht und das deutsche Recht eine Elternschaft der Wunscheltern nicht anerkennt. Zusammenfassend ist auch an dieser Stelle festzuhalten, dass das Problem der gespaltenen Mutterschaft, sowie der Staaten- oder Elternlosigkeit nur durch fehlende gesetzliche Regelungen entsteht. Würde der Gesetzgeber eine klare Zuordnung der Leihmutterkinder zu den rechtlichen Eltern treffen, wäre das Kind zu keinem Zeitpunkt einem Risiko ausgesetzt staaten- oder elternlos zu werden. Die zurzeit fehlende gesetzliche Ausgestaltung der rechtlichen Elternschaft kann das Verbot der Leihmuttertschaft nicht rechtfertigen.

dd) Recht auf Kenntnis der Abstammung Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG

Im Zusammenhang mit den rechtlichen Identitätskonflikten könnte durch die Leihmuttertschaft weiterhin in das Recht auf Kenntnis der Abstammung eingegriffen werden. Das Recht auf Kenntnis der Abstammung ist eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, welches die Mitteilung der genetischen Eltern umfasst.¹⁰³ Als Abwehrrecht schafft Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG keinen unmittelbaren Anspruch gegenüber dem Staat. Das Recht wirkt mittelbar im Wege der Drittwirkung von Grundrechten im Zivilrecht.¹⁰⁴ Die Kenntnis der Abstammung erlangt nicht nur Bedeutung im Rahmen von Erbkrankheiten, sondern ist darüber hinaus wichtig für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung der Kinder.¹⁰⁵ Durch neue Reproduktionsverfahren, beispielsweise der Leihmuttertschaft, darf die Verpflichtung des Gesetzgebers, zur Sicherstellung der Kenntnis der Abstammung, nicht unterlaufen werden.¹⁰⁶ Mithin wäre das Recht verletzt, wenn der Gesetzgeber dem Kind keine Möglichkeit schaffen würde, herauszufinden, wer die austragende Leihmutter gewesen ist. Im Vergleich zur Samenspende, bei der es das sogenannte Samenspenderregister und das entsprechende Gesetz gibt, scheint ein generelles Verbot, nicht das mildeste Mittel zu sein, um einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung, zu verhindern.¹⁰⁷ Potenzielle Verletzungen des

¹⁰⁰ *Behrentin/Grünwald*, NJW 2019, 2057 (2057); *Gössl/Sanders*, JZ 2022, 492 (494); *Campbell*, NJW 2018, 196 (196); *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2673).

¹⁰¹ Vgl. *Engel*, ZEuP 2014, 538 (547); *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmuttertschaft in Deutschland, S. 74.

¹⁰² Vgl. §§ 3 ff. AufenthG.

¹⁰³ *BGH*, Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13; *BVerfG*, Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05.

¹⁰⁴ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 214; *BGH*, Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13.

¹⁰⁵ *Lammers*, Leihmuttertschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 163 f.; *BVerfG*, Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, Rn. 33; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmuttertschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 269 f.

¹⁰⁶ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Rn. 213; *Lammers*, Leihmuttertschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 164.

¹⁰⁷ Vgl. *Lammers*, Leihmuttertschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 163 ff.; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmuttertschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 271.

Rechts auf Kenntnis der Abstammung können das Verbot der Leihmutterschaft ebenfalls nicht rechtfertigen.¹⁰⁸

ee) Gewährleistung der elterlichen Pflege Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Zuletzt könnte das Verbot der Leihmutterschaft durch das Grundrecht der Kinder auf Gewährleistung der elterlichen Pflege, welches aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgt, gerechtfertigt werden.¹⁰⁹ Die Schutzdimension des Rechts bezieht sich auf die Pflicht des Staates, die Eltern bei ihrem Erziehungsauftrag zu unterstützen, sowie diesen zu ergänzen.¹¹⁰ Ein Eingriff durch die Leihmutterschaft ist insofern möglich, als dass durch ein Aufwachsen des Kindes getrennt von der leiblichen Mutter die persönliche Entwicklung gefährdet werden könnte.¹¹¹ Eine Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung ist nach bisheriger Untersuchung auszuschließen. Auch ist nicht ersichtlich, warum Wunscheltern ihren Erziehungs- und Pflegeauftrag schlechter erfüllen sollten. Studien, die das Kindeswohl und die Struktur der Leihmutterschaftsfamilien untersucht haben, bestätigen ein gutes Eltern-Kind-Verhältnis.¹¹² Zudem fällt unter die Gewährleistungspflicht des Staates Regelungen aufzustellen, die eine ordnungsgemäße Ausübung des Pflege- und Erziehungsauftrags, auch von anderen als den Eltern, garantieren.¹¹³ Durch das zunehmende Phänomen des Leihmutterschaftstourismus nimmt auch das Problem der Anerkennung der rechtlichen Elternschaft zu. Vor allem in Bezug auf die rechtliche Mutterschaft bestehen erhebliche Defizite.¹¹⁴ In diesen Fällen könnte das Gewährleistungsrecht des Staates eingreifen und der Gesetzgeber könnte dazu verpflichtet sein, der Elternlosigkeit entgegenzuwirken.¹¹⁵ Zusammenfassend liegt durch die Leihmutterschaft kein Eingriff in das Recht auf Gewährleistung der elterlichen Pflege vor. Vielmehr fordert das Recht eine Regelung bezüglich der Elternschaft, wenn Kinder, trotz des Verbotes, von Leihmüttern geboren werden.

2. Gegen ein Verbot der Leihmutterschaft streitenden Aspekte

Im Folgenden sollen die Argumente, die gegen ein Verbot der Leihmutterschaft sprechen, umfassend analysiert und diskutiert werden. Dabei werden soziale und ethische Aspekte thematisiert und Grundrechtsprüfungen vorgenommen. Um Inzidenzprüfungen zu vermeiden, werden zunächst die Grundrechtspositionen der Beteiligten genannt und abschließend eine Abwägung der Grundrechte vorgenommen.¹¹⁶

a) Soziale, ethische Aspekte

In den vergangenen Jahren ist das in Deutschland herrschende Familienbild vom ehelichen Mutter-Vater-Kind-Gebilde offener und vielfältiger geworden.¹¹⁷ Im europäischen Vergleich bekommen Frauen in Deutschland ihr

¹⁰⁸ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 271.

¹⁰⁹ BVerfG, Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87; BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 42.

¹¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, Rn. 33; BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 42.

¹¹¹ Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 273.

¹¹² Ebd.

¹¹³ BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 42; BVerfG, Urt. v. 16.1.2003 – 2 BvR 716/01; BVerfG, Beschl. v. 16.1.2002 – 1 BvR 1069/01; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 52; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 274.

¹¹⁴ S.o. II. 1. A) bb) – Recht auf körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

¹¹⁵ Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 274.

¹¹⁶ BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 143/02, Rn. 9; BVerfG, Beschl. v. 3.11.1987 – 1 BvR 1257/84, Rn. 40; BVerfG, Beschl. v. 7.3.1990 – 1 BvR 1215/87, Rn. 30.

¹¹⁷ Wimbauer, Co-Parenting und die Zukunft der Liebe: Über post-romantische Elternschaft, 2021, S. 22; Schramm/Wermke, Die Pluralisierung von Familienformen und kulturellen Leitbildern im Kontext von gleichgeschlechtlicher und/oder assistierter Elternschaft, 2018, S. 37; Dethloff, NJW 2018, 23 (23).

erstes Kind immer später und gebären im Durchschnitt wenige Kinder mit 1,53 Kinder/Frau.¹¹⁸ Dementsprechend wird die Reproduktionsmedizin allgemein weiter an Bedeutung gewinnen.¹¹⁹ Ein Zulassen der Leihmutterschaft könnte zu mehr Geburten führen, was wiederum dem demographischen Wandel entgegen wirken könnte.¹²⁰ Dieser positive Nebeneffekt allein genügt nicht als Argument, die Leihmutterschaft zu legalisieren. Als stärker wiegendes Argument ist die psychische Belastung durch ungewollte Kinderlosigkeit zu nennen. Paare nehmen die ungewollte Situation als Mangel, Schwäche und Peinlichkeit wahr, als Defizit in der Rolle des eigenen Geschlechts.¹²¹ Durch die gesellschaftliche Wahrnehmung von Kinderlosigkeit als etwas Unnatürliches wird der Druck weiter erhöht.¹²² Die Inanspruchnahme einer Leihmutter kann die einzige Möglichkeit sein, ungewollte Kinderlosigkeit zu überwinden. Bereits zuvor wurde ausführlich dargestellt, dass die zumeist freiwilligen psychischen Belastungen sowohl der Leihmütter als auch der Kinder gering ausfallen.¹²³ Ungewollt kinderlose Paare werden ohne Entscheidungs- oder Abwägungsmöglichkeiten vor endgültige Zustände gestellt. Folglich wirkt die psychische Belastung auf Seiten der Wunscheltern stärker. Es liegt ein Argument für die Leihmutterschaft in Deutschland vor. Ein weiteres sozialbegründetes Argument stellt das Faktum dar, dass Leihmütterkinder Wunschkinder sind.¹²⁴ Wunscheltern durchleben zumeist einen langwierigen, anstrengenden und kostspieligen Prozess zum eigenen Kind.¹²⁵ Sie gelten als besonders kindorientiert und weisen ein überdurchschnittlich gutes Elternverhalten auf.¹²⁶ Mangels empirischer Grundlagen wird häufig versucht die Risiken der Adoption und Samenspende, als Argument für das Verbot, auf Leihmutterschaft zu übertragen.¹²⁷ Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass trotz bekannter Probleme und Schwierigkeiten sowohl die Samenspende als auch die Adoption umfassend erlaubt sind.¹²⁸ Als stärkstes soziales Argument ist der Leihmutterschaftstourismus anzubringen. Das Verbot der Leihmutterschaft führt nicht zur Verhinderung von Leihmutterschaftskindern in Deutschland. Es wird vertreten, dass die Straffreiheit der Wunscheltern, im Rahmen des Verbotes, sogar den Leihmutterschaftstourismus fördert.¹²⁹ Im Wege der Globalisierung und des einfachen Informationsaustausches über das Internet nimmt der Leihmutterschaftstourismus sowie die Leihmutterschaft in Deutschland weiter zu.¹³⁰ Zusammenfassend sprechen viele gesellschaftliche Argumente für eine Legalisierung der Leihmutterschaft. Schwierigkeiten entstehen häufig erst durch das Verbot und könnten mittels gesetzlicher Regelungen überwunden oder zumindest vermindert werden. Jedoch können gesellschaftliche

¹¹⁸ Statistisches Bundesamt, Europa, Das erste Kind kommt immer später, sinkende Geburtenziffern, online abrufbar unter: <https://www.destatis.de/Eu-ropa/DE/Thema/Bevoelkerung-Arbeit-Soziales/Bevoelkerung/Alter-bei-Ge-burt.html> (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹¹⁹ Vgl. Leopoldina, Stellungnahme, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, online abrufbar unter: https://www.leopoldina.org/uplo-ads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedi-zin_web_01.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹²⁰ Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? S. 201 f.; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (51).

¹²¹ Strauß, in: Schramm/Wermke, Psychosoziale Aspekte der ungewollten Kinderlosigkeit, 2018, S. 193; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 143 f.; BMFSFJ, Kinderlose Frauen und Männer, ungewollte oder gewollte Kinderlosigkeit im Lebenslauf und Nutzung von Unterstützungsangeboten, online abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/94130/bc0479bf5f54e5d798720b32f9987bf2/kinderlose-frauen-und-maenner-ungewollte-oder-gewollte-kinderlosigkeit-im-lebenslauf-und-nutzung-von-unterstuetzungsangeboten-studie-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.9.2023), S. 104 f.

¹²² Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 201 f.; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (48); Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 143 f.

¹²³ S.o. II. 1. a) aa) Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG; Sofern Entsprechende Regelungen getroffen werden, die ein umfassendes Auseinandersetzen mit der Situation der Schwangerschaft, sowie der Leihmutterstellung vor Vertragsschluss fordern.

¹²⁴ Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 186; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 377.

¹²⁵ Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349).

¹²⁶ Schölmerich, in: Schramm/Wermke, Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterschaft, S. 217; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 49; Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349).

¹²⁷ Vgl. Funcke, NZFam 2016, 207 (212); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (349); Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482-491 (491); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterschaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 125 f.

¹²⁸ Vgl. Samenspenderegistergesetz (SaRefG); Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG).

¹²⁹ Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 83.

¹³⁰ Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 82 f.

Argumente ein bestehendes Verbot nicht rechtswidrig erscheinen lassen.

b) Grundrechte der Wunscheltern

aa) Recht auf reproduktive Selbstbestimmung Art. 6 Abs. 1 GG

Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung wird entweder an Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG oder an Art. 6 Abs. 1 GG angebunden.¹³¹ Eine Abgrenzung welches Grundrecht konkret einschlägig ist, wird anhand des Fortpflanzungszwecks vorgenommen. Steht die reine Fortpflanzung ohne Familiengründung im Vordergrund, so ist Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG einschlägig. Es fehlt an der für Art. 6 Abs. 1 GG erforderlichen Lebensgemeinschaft.¹³² Vorliegend kommt es im Rahmen des Fortpflanzungsrechts der Wunscheltern jedoch gerade auf die Gründung einer Familien- und Lebensgemeinschaft mit dem Wunschkind an. Mithin ist auf Art. 6 Abs. 1 GG abzustellen. Fraglich ist, ob nur die natürliche oder auch die künstliche Fortpflanzung geschützt ist. Früher wurde vertreten, dass nur die natürliche Fortpflanzung umfasst sei.¹³³ Nach heutiger, herrschender Auffassung sind auch Reproduktionstechniken vom Schutzbereich umfasst.¹³⁴ Folglich fällt auch die Inanspruchnahme von Leihmutter-schaft als Reproduktionsmaßnahme in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG. Allerdings ist Art. 6 GG als Grundrecht primär ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, kein Leistungsrecht des Bürgers auf staatliche Organisation oder Erlaubnis von reproduktionstechnischen Verfahren.¹³⁵

Ein Eingriff in Art. 6 GG liegt vor, wenn einer Person durch staatliche Maßnahmen medizinisch mögliche Reproduktionsmaßnahmen versagt werden.¹³⁶ Leihmutter-schaft ist zwar nicht unmittelbar für die Wunscheltern verboten, jedoch für Reproduktionsmediziner. Mithin wirkt das Verbot mittelbar grundrechtseinschränkend für die Wunscheltern, sodass ein Eingriff anzunehmen ist.¹³⁷

bb) Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG

Des Weiteren könnte in unzulässiger Weise in das Gleichheitsrecht aus Art. 3 GG der Wunscheltern eingegriffen werden. In Betracht kommt eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 GG.¹³⁸ Vorliegend könnte die Ungleichbehandlung darin liegen, dass die Samenspende erlaubt ist, die Leihmutter-schaft hingegen nicht.¹³⁹ Gleichheit liegt insofern vor, als dass es sich jeweils um Reproduktionstechniken zur Überwindung von eigener Unfruchtbarkeit handelt.¹⁴⁰ Ungleich ist hingegen der zeitliche und kör-

¹³¹ Paetow, KriPoZ 2022, 346 (352 f.); Lammers, Leihmutter-schaft in: Deutschland, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, 2016, S. 174 f.; Lang, JZ 2022, 327 (329); Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutter-schaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 111 ff.; Hillgruber, JZ 2020, 12 (13).

¹³² BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 14/09, Rn 59; BVerfG, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, Rn. 89; Hillgruber, JZ 2020, 12 (14); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 176.

¹³³ Cortese/Feldmann, Streit 1985, 123 (130).

¹³⁴ EGMR, NJW 2009, 971 (971); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 176; Hillgruber, JZ 2020, 12 (14); Paetow, KriPoZ 2022, 346 (353); Lang, JZ 2022, 327 (329); Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. (2022), Art. 6 GG Rn. 3; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutter-schaft in Deutschland noch haltbar?, S. 240.

¹³⁵ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 4; Lang, JZ 2022, 327 (329); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 177; Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 159 Rn. 48.

¹³⁶ Lang, JZ 2022, 327 (329); Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 178.

¹³⁷ Vgl. Lammers, Leihmutter-schaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 178.

¹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79; BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43/92.

¹³⁹ Vgl. Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutter-schaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutter-schaft in Deutschland noch haltbar?, S. 246; Majer, NJW 2018, 2294 (2297); Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 354.

¹⁴⁰ Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 354; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutter-schaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; Majer, NJW 2018, 2294 (2297).

perliche Aufwand den Samenspende beziehungsweise Leihmutterchaft mit sich bringen. Wohingegen eine Samenspende schnell und einfach möglich ist, gehen mit der Leihmutterchaft Schwangerschafts- und Geburtsbeschwerden, über einen Zeitraum von ungefähr neun Monaten, einher.¹⁴¹ Die Eingriffsintensität der medizinischen Verfahren ist allein nicht ausreichend, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.¹⁴² Anders sind die Umstände zu beurteilen, die der Gesetzgeber durch die Komplexität der Leihmutterchaft (bspw. gespaltene Mutterchaft) im Gegensatz zur Samenspende, als negative Auswirkungen auf das Kindeswohl befürchtet.¹⁴³ Allerdings sind die Argumente des Gesetzgebers bloße Vermutungen, die nicht empirisch belegt werden können.¹⁴⁴ Mithin sind sie nicht tauglich, einen Eingriff in die Gleichheitsrechte zu rechtfertigen.¹⁴⁵ Insgesamt liegen in der Samenspende und der Leihmutterchaft, aufgrund der unterschiedlichen Intensität, keine vergleichbaren Gegenstücke, sodass bereits ein Eingriff abzulehnen ist.¹⁴⁶

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass durch das Verbot der Leihmutterchaft ein Eingriff in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunscheltern vorliegt. Ein Ausgleich ist im Rahmen der praktischen Konkordanz vorzunehmen. Mangels eines Eingriffs ist eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG abzulehnen.

c) Grundrechte der Leihmütter

aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG

Durch die Untersagung ein Kind für einen anderen auszutragen, könnte in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG der Leihmütter eingegriffen werden. Die Tätigkeit der Leihmutter ist insoweit geschützt, als dass die Entscheidung für eine Schwangerschaft stets die persönliche Entwicklung betrifft. Durch das Verbot liegt ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der potenziellen Leihmutter vor.¹⁴⁷

bb) Allgemeine Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG

Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist auch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Tangiert ist Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen der Privatautonomie der Leihmutter sowie in ihrem Recht auf Selbstbestimmung bezüglich ihrer körperlichen Unversehrtheit.¹⁴⁸ Die allgemeine Handlungsfreiheit tritt als Auffanggrundrecht hinter dem spezielleren Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zurück.¹⁴⁹

¹⁴¹ Vgl. Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 248.

¹⁴² Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 248.

¹⁴³ BT-Drs. 11/5460, S. 6; BT-Drs. 13/4899, S. 52; BT-Drs. 11/4154, S. 7.

¹⁴⁴ S.o. II. 1. b) bb) – Körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

¹⁴⁵ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 250.

¹⁴⁶ Lammers, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 134; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 354 ff.

¹⁴⁷ Windthorst, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 2 Rn. 70, 70a, 75; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 113; Lammers, Leihmutterchaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194; a.A.: Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 368.

¹⁴⁸ Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 243 f.; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 113.

¹⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/53; Wapler, in: Schramm/Wermke, Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive, S. 113.

cc) Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG

Ein Schutz der Leihmütter über Art. 6 GG scheidet aus. Es geht gerade nicht um die vom Schutzbereich umfasste Bildung einer familiären Lebensgemeinschaft.¹⁵⁰ Vielmehr steht die reine Fortpflanzung für einen anderen im Vordergrund.

dd) Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG

Auch könnte das Verbot der Leihmutterschaft in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der Leihmütter eingreifen. Ein Beruf ist jede auf Dauer ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung oder dem Erhalt einer Lebensgrundlage dienen soll.¹⁵¹ Frauen, welche nur einmalig als Leihmutter tätig werden, fallen bereits nicht unter den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Es fehlt am charakteristischen Element der Dauerhaftigkeit.¹⁵² Zudem ist altruistischen Leihmutterschaft, bei der nur eine Aufwandsentschädigung bezahlt wird, nicht umfasst. Die Aufwandsentschädigung ist nicht zur Schaffung oder Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage geeignet.¹⁵³ Lediglich Frauen, die mehr als einmal in kommerzieller Weise Leihmutter werden, könnten sich auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.¹⁵⁴

ee) Gleichheitsrecht Art. 3 Abs. 3 GG

Neben den Freiheitsrechten könnte auch das Gleichheitsrecht der Leihmütter aus Art. 3 Abs. 3 GG verletzt sein. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts liegt vor. Männer können durch die Samenspende andere Paare bei der Fortpflanzung unterstützen, wohingegen Techniken, die eine Unterstützung von Frauen ermöglichen würden, verboten sind.¹⁵⁵ Jedoch ist, wie zuvor bei den Grundrechten der Wunscheltern festgestellt, die Samenspende nicht das Pendant zur Leihmutterschaft. Folglich ist ein Eingriff in Art. 3 Abs. 3 GG mangels Vergleichbarkeit abzulehnen.

ff) Zwischenergebnis

Durch das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland wird in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG der potenziellen Leihmütter eingegriffen. Ein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 3 Abs. 3 GG ist abzulehnen.

d) Schutz von Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG

Neben dem bereits erläuterten Individualgrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG besteht eine staatliche Institutionsgarantie mit dem Telos, wesentliche Strukturen der Ehe und der Familie zu erhalten.¹⁵⁶ In Bezug auf das Leihmutterschaftsverbot könnte in dem Auseinanderfallen der sozialen und genetischen Elternschaft ein Wertverlust der Familie gesehen werden und damit ein Verstoß gegen die Institutionsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 GG vorliegen.¹⁵⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Grundrechte entwicklungs offen sind und sie sich gesellschaftlichen sowie

¹⁵⁰ S.o. II. 1. b) cc) – Gespaltene Elternschaft.

¹⁵¹ *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 16; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 6.

¹⁵² *BVerfG*, Urt. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, Rn. 90.

¹⁵³ *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, S. 243.

¹⁵⁴ *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 194.

¹⁵⁵ Ebd.

¹⁵⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54; *BVerfG*, Beschl. v. 29.6.1968 – 1 BvL 20/63; *BVerfG*, Beschl. v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/1968.

¹⁵⁷ Vgl. *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 276; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 166.

technischen Veränderungen anpassen müssen.¹⁵⁸ Bereits im Jahr 2003 hat das *BVerfG* festgestellt, dass eine biologische Verwandtschaft der Eltern zum Kind nicht notwendig ist, vielmehr stehe eine Lebens- und Erziehungsgemeinschaft im Fokus.¹⁵⁹ Damit stehen die Wunscheltern und das Kind als Familie nicht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 GG.¹⁶⁰ Dies ist auch insofern nachvollziehbar, als dass heute auch die Adoptivfamilie, die Pflegefamilie sowie ein homosexuelles Paar mit Kind als Familie anerkannt werden.¹⁶¹ Anhaltspunkte, die Gefährdungen und Belastungen für die Ehe und Familie der Leihmutter darstellen, sind jedenfalls nicht in der Dimension ersichtlich, dass sie das Verbot der Leihmutterschaft rechtfertigen könnten.¹⁶² Dasselbe gilt für die Ehe der Wunscheltern.¹⁶³ Mithin ist festzustellen, dass durch ein Zulassen der Leihmutterschaft nicht in die Institutionsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG eingegriffen würde.

e) Grundrechte Dritter

Neben Grundrechtsbeeinträchtigungen der Leihmütter, Wunscheltern und Kinder könnten Eingriffe in Grundrechte Dritter vorliegen. In Betracht kommt ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3.¹⁶⁴

aa) Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG

Durch das Verbot der Leihmutterschaft könnte in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG von Reproduktionsmedizinern und Vermittlungstätigen eingegriffen werde. Ein Beruf ist jede auf Dauer ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung oder dem Erhalt einer Lebensgrundlage dienen soll.¹⁶⁵ Das Ausüben von Reproduktionstechniken durch medizinisches Personal, sowie die Vermittlungen von Leihmutterschaft stellen einen Beruf im Sinne des Art. 12 GG dar.¹⁶⁶ Die Tätigkeiten der Mediziner und Vermittlungstätigen fallen in den Schutzbereich der Berufsausübung.¹⁶⁷ Es ist für die Eröffnung des Schutzbereichs unerheblich, dass die Leihmutterschaft einfachgesetzlich verboten ist.¹⁶⁸ Ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist durch förmliches Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung mit berufsregelnder Tendenz möglich.¹⁶⁹ Vorliegend könnte ein Eingriff durch das gesetzliche Verbot der Leihmutterschaft gem. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13c ff. AdVermiG gegeben sein. Mediziner sowie Vermittlungstätige werden durch das Verbot in ihrem Recht auf freie Ausübung ihres Berufes eingeschränkt. Es liegt ein Eingriff mit objektiv berufsregelnder Tendenz vor.¹⁷⁰

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG könnte gerechtfertigt werden. Nach der Dreistufenlehre ist wegen eines Eingriffs

¹⁵⁸ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 17.6.2002 – 1 BvF 1/01; *BVerfG*, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 276.

¹⁵⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96; *BVerfG*, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 14/09.

¹⁶⁰ *Schramm*, in: Schramm/Wermke, Das verbotene Kind – Zur (straf-)rechtlichen Bewertung der Leihmutterschaft in Deutschland, S. 73 f.; *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 276.

¹⁶¹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.4.1989 – 2 BvR 1169/84; *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1984 – 1 BvR 284/84; *BVerfG*, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

¹⁶² Vgl. *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 198; *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 168 f.

¹⁶³ *Lammers*, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 169 f.

¹⁶⁴ *Esser*, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 244.

¹⁶⁵ *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 16; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 6.

¹⁶⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 6 ff.; *Scholz*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 29 ff.; *von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 16.

¹⁶⁷ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 10; *von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, GG, Art. 12 Rn. 14 f.

¹⁶⁸ *BVerfG*, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01; *BVerfG*, Beschl. v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17; *Scholz*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 38.

¹⁶⁹ *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 37, 42; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 14, 30.

¹⁷⁰ Vgl. *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197.

auf erster Stufe eine Rechtfertigung durch entgegenstehende Gemeinwohlinteressen möglich.¹⁷¹ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit müsste der Eingriff einen legitimen Zweck verfolgen.¹⁷² Als legitimer Zweck wird der Schutz von Gemeinwohlbelangen der Leihmütter und Wunschkinder angebracht. Durch das Verbot soll vor allem die Menschenwürde der Leihmütter und Kinder gewahrt, sowie die Körperliche Unversehrtheit geschützt werden.¹⁷³ Wie bereits zuvor umfassend untersucht sind weder Grundrechtsverletzungen bei den Leihmüttern noch bei den durch Leihmutterschaft geborenen Kindern, zu erwarten. Die vom Gesetzgeber angebrachten Befürchtungen stellen keine Grundrechtseingriffe dar. Vielmehr sind durch das Verbot Grundrechte der Leihmütter und Kinder eingeschränkt. Mithin liegt bereits kein legitimer Zweck vor, der den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Auch wurde im Rahmen des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung festgestellt, dass ein generelles Verbot nicht das mildeste Mittel darstellt, um die ggf. vorliegende Grundrechtsverletzung zu rechtfertigen. Als milderer Mittel kommen umfassende Regeln zur Ausübung in Betracht. Das Verbot ist nicht erforderlich. Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG lässt sich mangels legitimen Zwecks und mangels Erforderlichkeit nicht rechtfertigen. Das Verbot der Leihmutterschaft ist Wegen des nicht zu rechtfertigenden Eingriffs in die Berufsfreiheit verfassungswidrig.¹⁷⁴

bb) Wissenschaftsfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG

In Bezug auf die Wissenschaftsfreiheit von Forschern ist festzustellen, dass der Schutzbereich eröffnet ist.¹⁷⁵ Sie werden durch das Verbot an der Erlangung von Kenntnissen über Leihmutterschaft oder auch die weiblichen Eizellen gehindert. Mithin liegt ein Eingriff vor.¹⁷⁶ Letztlich wird die Wissenschaftsfreiheit jedoch nur im Randbereich berührt, sodass Art. 12 Abs. 1 GG vorrangig anzuwenden ist.

f) Abwägung der Grundrechte aller Beteiligten

Abschließend ist festzustellen, dass durch das Leihmutterschaftsverbot in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunscheltern, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der potenziellen Leihmütter, sowie in die Berufsfreiheit von Reproduktionsmedizinern und Vermittlungstätigen eingegriffen wird. Eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit scheitert im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Die weiteren Grundrechtseingriffe könnten im Rahmen der praktischen Konkordanz, zum Schutz andere Grundrechte, gerechtfertigt werden. Die in der Gesetzesbegründung befürchteten Würdeverletzungen, sowie Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit konnten sich nicht als gegeben herausstellen. Auch weitere Grundrechte mit denen die Leihmutterschaft kollidieren könnte, werden nicht eingeschränkt. Beim Zulassen der altruistischen Leihmutterschaft, mit umfassenden Regeln, sind Verletzung nicht zu erwarten. Mithin sind keine Grundrechte ersichtlich, die im Rahmen einer praktischen Konkordanz die Eingriffe in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen können.¹⁷⁷ Folglich greift das Verbot der Leihmutterschaft in unzulässiger Weise in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Wunscheltern, zumindest in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Leihmütter, sowie in das Recht auf

¹⁷¹ *BVerfG*, Beschl. v. 23.3.1971 – 1 BvL 25/61; *BVerfG*, Beschl. v. 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90; *BVerfG*, Urt. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, 1 BvR 814/08, 1 BvR 819/08, 1 BvR 832/08, 1 BvR 837/08; *BVerfG*, Urt. v. 13.12.2000 – 1 BvR 335/97.

¹⁷² *Von Coelln/Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum GG, Art. 12 Rn. 56 f.

¹⁷³ BT-Drs. 11/5460, S. 6; BT-Drs. 11/415, S. 6 f.

¹⁷⁴ Vgl. *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197; *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 369.

¹⁷⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 20.6.2010 – 1 BvR 748/06, Rn. 80; *BVerfG*, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, Rn. 155; *BVerfG*, Beschl. v. 28.10.2008 – 1 BvR 462/06, Rn. 40.; vgl. *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 195 f.

¹⁷⁶ *Reitter*, Rechtspaternalismus und Biomedizin, S. 369.

¹⁷⁷ *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197.

Berufsfreiheit von Medizinern und Vermittlungstätigen ein. Das Verbot der Leihmutterschaft ist in seiner gegenwärtigen Ausprägung verfassungswidrig.¹⁷⁸

3. Fazit

Insgesamt ist bei der Abwägung der pro und contra Argumente bezüglich des Leihmutterschaftsverbots hervorzuheben, dass die gegen das Verbot streitenden Argumente überzeugender sind. Dies folgt vor allem aus den deutlichen Ergebnissen der Grundrechtsprüfung, welche insgesamt eine Grundrechtsverletzung durch die Leihmutterschaft verneint, aber Verletzungen durch das Verbot hervorbringt. Bei den Argumenten, die für das Verbot streiten, als auch bei solchen die nicht ausschließlich gegen das Verbot angebracht werden können, fällt auf, dass sie vornehmlich der kommerzielle Leihmutterschaft entgegenstehen. Abschließend ist festzustellen, dass ein Verbot der kommerziellen Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein kann. Ein Verbot der rein altruistische Leihmutterschaft ist hingegen verfassungswidrig.¹⁷⁹

III. Stellungnahme

Nach der vorgestellten Argumentation zum Verbot der Leihmutterschaft zeigt sich, dass Vermutungen als Grundlage der Argumentation verwendet wurden und die Moral- und Wertevorstellungen des Gesetzgebers eine entscheidende Rolle gespielt haben. Insbesondere im Rahmen der Grundrechtsprüfung ist festgestellt worden, dass mehr Grundrechtsverletzungen durch das Verbot eintreten, als durch dieses verhindert werden können. Auch bezüglich der weiteren Argumente fällt auf, dass das Verbot die Negativargumente hervorbringt. Beispielsweise durch fehlende Regelungen bezüglich der Elternschaft oder der Flucht der Wunscheltern ins Ausland. Mithin sprechen die deutlich besseren Argumente für ein Zulassen der altruistischen Leihmutterschaft in Deutschland. Dieser müsste ein umfassendes Regelwerk zugrunde gelegt werden, dass nicht nur die autonome Entscheidung der Leihmütter sicherstellt, sondern auch die Grundrechte der Kinder wahrt. Etwa das Recht auf Kenntnis der Abstammung mit Hilfe eines Leihmutterregisters. Darüber hinaus sollte die Leihmutterschaft meines Erachtens nur bei medizinischer Indikation sowie gleichgeschlechtlichen männlichen Paaren möglich sein. Weiterhin untersagt werden sollte sie bei eigennütziger Motivation, wie beruflicher Karriere oder dem Streben nach Schönheitsidealen. Auch sollten Auswahlkriterien für die Leihmutter aufgestellt werden. Leihmütter sollten nur die Frauen werden können, die bereits mindestens einmal erfolgreich ein Kind geboren hat. Nur so kann sichergestellt sein, dass die Frau sich über die Tragweite einer Schwangerschaft und Geburt bewusst ist. Im Rahmen einer Zulassung der Leihmutterschaft scheint es erforderlich Studien, zur Kontrolle der bisherigen Ergebnisse, durchzuführen. Außerdem sollte durch die Zulassung dem Leihmutterschaftstourismus entscheidend entgegengewirkt werden, damit die dadurch entstehende Schutzlosigkeit für alle Beteiligten wegfällt. Dies kann nur durch eine entsprechend attraktive Gestaltung der Leihmutterschaft in Deutschland geschehen. Insbesondere ist eine Deckelung der Kosten auf ein für jedermann mögliches Budget oder eine finanzielle Unterstützung durch die Krankenkasse geeignet, den Leihmutterschaftstourismus unattraktiver erscheinen zu lassen. Letztlich darf auch die Adoption im Diskurs nicht außer Acht gelassen werden. Es muss verhindert werden, dass die Zahl an zur Adoption freigegeben Kindern steigt, sowie die Anzahl an Adoptionen abnimmt. Insgesamt bin ich der Überzeugung, dass das Leihmutterschaftsverbot

¹⁷⁸ Vgl. Esser, in: Albers/Gassner/Rosenau, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 277; Lammers, Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, S. 197.

¹⁷⁹ Ebd.

nicht mehr zeitgemäß ist. Der Gesetzgeber sollte ein entsprechendes Gesetz zur Zulassung und Regelung der Leihmutterchaft erlassen sowie Reformen im Familienrecht vornehmen, um letztlich der Lebensrealität in Deutschland entsprechen zu können.

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

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Marie Zauninger

Reformbedarf hinsichtlich der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB?

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 12.4.2023

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	
I. Einleitung	72
II. Konzeption des § 216 StGB	73
III. Legitimationsprobleme	73
1. <i>Schutz von Allgemeininteressen</i>	74
2. <i>Individuell-paternalistische Rechtfertigungsmodelle</i>	75
IV. Verfassungswidrigkeit der Tötung auf Verlangen	76
V. Systematische Abgrenzungsprobleme	77
1. <i>Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 28.6.2022</i>	78
2. <i>Kritik an der BGH-Entscheidung</i>	78
VI. Reaktionsmöglichkeiten	80
1. <i>Verfassungskonforme Auslegung</i>	80
2. <i>Beibehaltung der Norm</i>	80
3. <i>Streichung der Norm</i>	81
4. <i>Modifikation der Norm</i>	82
a) <i>Abstellen auf Kriterium der Freiverantwortlichkeit</i>	82
b) <i>Absicherung durch formelles Verfahren</i>	83
c) <i>Ausnahmetatbestand bei unheilbarer Krankheit</i>	84
5. <i>Einführung eines eigenständigen Sterbehilfegesetzes</i>	85
VII. Reformfordernis und Umsetzung	87
1. <i>Erforderlichkeit einer Reform</i>	87
2. <i>Realitäten einer Reform</i>	88
VIII. Fazit	90

I. Einleitung

Der Tod. Ein Thema mit dem jeder Mensch im Laufe seines Lebens zwangsläufig konfrontiert wird, spätestens wenn sein eigenes Leben sich dem Ende zuneigt. War das Sterben früher noch ein Tabuthema, so ist der Sterbeprozess heute immer häufiger Gegenstand öffentlicher Diskussionen.¹ Die Frage, wie man sein Leben in menschenwürdiger Weise und ohne langes Leiden beenden kann, beschäftigt die Menschen zunehmend.² Sie wünschen sich Hilfe und Begleitung im Sterben.³ Die Sterbehilfe steht im Spannungsfeld zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht, weshalb die Diskussion um ihre Zulässigkeit von Emotionen geprägt ist.⁴ Nach der derzeitigen Rechtslage steht die aktive Sterbehilfe in Form des Verbots der Tötung auf Verlangen in § 216 StGB unter Strafe. Die Vorschrift besteht seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs im Jahre des 1871 und ist abgesehen von der Einführung der Versuchsstrafbarkeit im Jahre 1969, sowie der Festlegung des heute geltenden Strafrahmens bisher in seinem Inhalt unverändert geblieben.⁵

§ 216 StGB steht inhaltlich noch deutlich im Lichte der Epoche, in der er entstanden ist, die von einer eher kollektivistischen Sichtweise geprägt war, die das Individuum als Randfigur behandelte und religiös-sittliche Grundlagen für die Kreation von Strafnormen in großem Umfang berücksichtigte.⁶ Die sich aus dem Liberalismus ergebende Möglichkeit, sich aus staatlichen und religiösen Gemeinschaften zurückzuziehen, hat den Menschen eine neue Perspektive für ihr Lebensende gegeben, denn wer sich weder dem Staat noch Gott zu leben verpflichtet fühlt, kann dieses beenden, wenn er den Sinn seines Lebens nicht mehr zu erreichen glaubt.⁷ Die Vorschrift des § 216 StGB wurde weder an den sozialen und gesellschaftlichen Wandel, noch an den medizinischen Fortschritt angepasst.⁸ Während früher die Aufrechterhaltung des Lebens durch medizinische Maßnahmen begrenzt war, steht heute eine Vielzahl an Verfahren zur Verfügung, die eine erhebliche Verlängerung der Lebenszeit ermöglichen.

§ 216 StGB stand von Beginn an auf wackligen Beinen, denn die zentrale Frage nach der Legitimation kam bereits früh auf und steht bis heute ohne zufriedenstellende Antwort darauf da, warum die Selbstbestimmung des Einzelnen über sein eigenes Leben überhaupt beschränkt werden darf.⁹ So wurden die Stimmen, die mehr Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts über das eigene Leben und dessen Beendigung forderten, immer lauter.¹⁰ Sie wurden so laut, dass die Rechtsprechung sie nicht mehr ignorieren konnte, sodass das *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) sich im Jahr 2020 schließlich klar positionierte und das Recht auf selbstbestimmtes Sterben aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht herleitete.¹¹ Die Verfassung setzt Regelungsgrenzen und stellt abstrakte Anforderungen, die der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen.¹² Die Möglichkeiten und Grenzen des selbstbestimmten Sterbens sind in einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft durch den Gesetzgeber zu regeln.¹³ Dem ist dieser bisher nicht nachgekommen.

Die Frage nach dem „Ob“ und „Wie“ einer Reform des § 216 StGB soll in dieser Arbeit von allen Seiten beleuchtet

¹ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, 2022, S. 81.

² Humanistischer Verband Deutschlands, Entwurf Suizidhilfekonflikt-Gesetz, online abrufbar unter: https://humanistisch.de/sites/humanistisch.de/files/hvd-bundesverband/docs/2020/05/suizidhilfekonfliktgesetz_hvd_bundesverband.pdf (zuletzt abgerufen am 14.9.2023), S. 1.

³ Ebd.

⁴ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 15.

⁵ Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 216 Rn. 1.

⁶ Zehetgruber, HRRS 2017, 31 (32).

⁷ Kubiciel, JZ 2009, 600 (600).

⁸ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 128.

⁹ Kubiciel, JZ 2009, 600 (601).

¹⁰ Kubiciel, JZ 2009, 600 (600).

¹¹ BVerfG, NJW 2020, 905.

¹² Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 15.

¹³ AMHE-SterbehilfeG, 2021, S. V.

und umfassend diskutiert werden.

II. Konzeption des § 216 StGB

Das Verbot der Tötung auf Verlangen schützt das Rechtsgut Leben, dem in unserer Gesellschaftsordnung der höchste Rang zugesprochen wird.¹⁴ Die Norm stellt eine unselbstständige Form des Totschlags dar, die einen minderschweren Fall der Tötung regelt.¹⁵ § 216 StGB stellt es unter Strafe, einen anderen Menschen auf dessen ernstliches und ausdrückliches Verlangen hin zu töten. Grundsätzlich führt eine Einwilligung in die Verletzung von Individualrechtsgütern zur Straflosigkeit des Verhaltens, denn der Betroffene verzichtet auf den Schutz des Rechtsguts, sodass die Handlung keinen Unrechtsgehalt mehr aufweist.¹⁶ Die Einwilligung ist Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten persönlichen Entfaltungsfreiheit.¹⁷ Aus dem Normcharakter des § 216 StGB ergibt sich, dass eine Strafbarkeit auch dann vorliegt, wenn der Sterbewillige ausdrücklich und ernstlich um die Tötung gebeten hat und somit alle Voraussetzungen einer rechtfertigenden Einwilligung vorliegen. Nach der derzeitigen Konzeption des § 216 StGB entzieht sich das Rechtsgut Leben aufgrund einer „strikte[n] strafgesetzliche[n] Verfügungsgrenze“¹⁸ der Disponibilität des Rechtsgutsinhabers.¹⁹ Folglich unterliegt § 216 StGB einer Einwilligungssperre²⁰, denn die Rechtsfolge des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens des Opfers ist hier nicht die Straflosigkeit, sondern die erhebliche Herabsetzung der Strafe, weshalb die Norm als „Fremdkörper in der strafrechtlichen Einwilligungsdogmatik“²¹ einzuordnen ist. Es liegt eine Privilegierung im Verhältnis zu §§ 211, 212 StGB vor.²² In der Literatur wird dies damit begründet, die Privilegierung sei Ausfluss des deutlich herabgesetzten Interesses der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung des absoluten Tötungstabus in Relation zum Individualrechtsgut Leben.²³ Vertreten wird auch, dass § 216 StGB sowohl Individual- als auch Allgemeininteressen schütze²⁴ und die Einwilligung in die Tötung nur das Unrecht in Bezug auf die Individualinteressen entfallen lasse, nicht aber das der Verletzung der Allgemeininteressen,²⁵ da es diesbezüglich bereits an der Einwilligungsfähigkeit fehle.²⁶ Infolgedessen sei die Herabsetzung des Strafrahmens geboten.²⁷ Auch wird vertreten, der Grund der Privilegierung ergebe sich aus der Herabsetzung des Unrechts aufgrund des einwilligungsähnlichen Tötungsverlangens.²⁸ Der Strafgrund des § 216 StGB sei der Schutz vor Fremdtötungen, die nur vermeintlich, aber nicht tatsächlich auf dem freien Willensentschluss des Getöteten beruhen und damit das Ausräumen von Missbrauchsgefahren.²⁹

III. Legitimationsprobleme

Wie bereits aufgezeigt, weicht das Verbot der Tötung auf Verlangen vom allgemeinen Grundsatz ab, dass die

¹⁴ Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 40 Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 216 Rn. 1.

¹⁵ Schneider, in: MüKo-StGB, Band IV, 4. Aufl. (2021), § 216 Rn. 1.

¹⁶ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (107); Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 228 Rn. 3.

¹⁷ Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 2.

¹⁸ Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 104.

¹⁹ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 216 Rn. 1.

²⁰ Rosenau, in: LK-StGB, Band VII, 12. Aufl. (2019), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 49.

²¹ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (107).

²² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2022), § 216 Rn. 1; Kindhäuser/Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 9. Aufl. (2020), § 216 Rn. 2; Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, StGB, 5. Aufl. (2022), § 216 Rn. 4.

²³ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 216 Rn. 2.

²⁴ Sinn, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), § 216 Rn. 2.

²⁵ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (112).

²⁶ Rengier, Strafrecht AT, 14. Aufl. (2022), § 23 Rn. 9.

²⁷ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (113).

²⁸ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 216 Rn. 1; Schneider, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 1.

²⁹ Leitmeier, NStZ 2020, 508 (509); Dreier, JZ 2007, 317 (320).

Einwilligung rechtfertigende Wirkung hat („*volenti non fit iniuria*“).³⁰ Infolgedessen sind die Anforderungen an seine Legitimation besonders hoch, möglicherweise sogar so groß wie bei keiner anderen Vorschrift des deutschen Strafrechts.³¹

Es gibt eine Vielzahl an Legitimationsansätzen unterschiedlicher Art, die sich auf den Schutz von Allgemeininteressen oder individuell-paternalistische Ansätze stützen. Einige von ihnen sollen hier vorgestellt und auf ihre Qualität hin untersucht werden.

1. Schutz von Allgemeininteressen

Eine Legitimation des Verbots der Tötung auf Verlangen könnte sich auf den Schutz von Allgemeininteressen stützen lassen. Die grundsätzliche Unantastbarkeit des fremden Lebens solle demnach gewahrt³² und die Gefahr einer generellen Aufweichung des Fremdtötungsverbots abgewehrt werden.³³ Das Verbot der Tötung auf Verlangen diene dabei als Mittel zur Sicherung des Lebens aller Bürger vor Fremdtötung.³⁴ Ein absoluter Schutz vor Fremdtötungen ist jedoch kein legitimes Ziel und widerspricht dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen.³⁵ Kritisiert wird an dieser Sichtweise zudem, dass der Schutz vermeintlicher weltanschaulicher Tabus keine ausreichende Grundlage für ein strafbewehrtes Verbot sein könne.³⁶ Der Staat sei keine „moralische (Besserungs-)Anstalt“³⁷, der es zustehen könnte, moralisch möglicherweise verwerfliche Entscheidungen von Individuen zu korrigieren, die für die Rechtsgüter Dritter unschädlich sind.³⁸

Eine weitere Betrachtung legitimiert § 216 StGB damit, dass Beweisschwierigkeiten dahingehend vermieden werden sollen, ob die Tötung bis zur letzten Sekunde dem Willen des Sterbewilligen entsprach³⁹, denn dies lasse sich in der Praxis nicht immer einwandfrei feststellen (sog. „Erkenntnisdefizit“⁴⁰). Das Opfer habe keine Möglichkeit, der Behauptung des Täters, es habe wirksam eingewilligt, zu widersprechen, sodass diese Tatsache nicht mehr zu widerlegen sei.⁴¹ Die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten könne allerdings keinen legitimen Strafzweck darstellen, denn sie stelle eine mit dem Schuldprinzip unvereinbare Verdachtsstrafe dar⁴², die auf den Verdacht abziele, dass eine wirksame Einwilligung nicht vorgelegen habe.⁴³ Ein etwaiges Erkenntnisdefizit dürfe nicht durch ein pauschales Verbot der Durchführung der Tötung durch einen Dritten einseitig dem Rechtsgutsinhaber zur Last gelegt werden.⁴⁴ Es bleibe auch ungeklärt, warum ein Gegenbeweis autonomer Willensbildung unter keinen Umständen zugelassen sei.⁴⁵ Eine Legitimation durch die bloße Behauptung, die Gesellschaft sei für ihr Überleben

³⁰ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 216 Rn. 1.

³¹ Kubiciel, JZ 2009, 600 (600).

³² Rengier, Strafrecht BT II, 24. Aufl. (2023), § 6 Rn. 1.

³³ Dreier, JZ 2007, 317 (320); Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 216 Rn. 1.

³⁴ Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 118.

³⁵ BVerfG, NJW 2020, 905 (905).

³⁶ Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 43 ff.; Hoerster, NJW 1986, 1786 (1792).

³⁷ Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 105.

³⁸ Ebd.

³⁹ Kutzer, ZRP 2003, 209 (211); Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (110).

⁴⁰ Rostalski, JZ 2021, 477 (478).

⁴¹ Arzt, ZStW 1971, 1 (36).

⁴² Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 216 Rn. 1a.

⁴³ Arzt, ZStW 1971, 1 (36).

⁴⁴ Rostalski, JZ 2021, 477 (489).

⁴⁵ Tenthoff, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, S. 161; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 216 Rn. 1a.

von der Weiterexistenz der Individuen abhängig und müsse daher Grenzen dafür setzen, ob ein Mitglied der Gesellschaft seine Existenz beenden darf⁴⁶, kann nicht überzeugen. Ein generelles Sterbehilfeverbot ordnet das Allgemeininteresse am Lebensschutz dem Selbstbestimmungsrecht des Individuums in unzulässiger Weise über⁴⁷ und steht zudem im Widerspruch zur Straffreiheit der Selbsttötung. Schließlich lässt sich aus dem Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG keine Pflicht zum Weiterleben herleiten.⁴⁸ Dem Individuum steht im Gegenteil die negative Freiheit zu, über die Beendigung seines Lebens frei zu entscheiden und schuldet demnach niemandem sein Leben.⁴⁹

Hören lässt sich grundsätzlich auch der Ansatz, das Verbot der Tötung auf Verlangen diene dem Schutz alter und kranker Menschen, die nicht dem Druck ausgesetzt werden sollen, sich zur Beendigung ihres Lebens aufgerufen zu fühlen, etwa weil sie für ihre Angehörigen eine Belastung darstellen oder ihre Betreuung hohe Kosten verursache.⁵⁰ Im Hinblick auf die übliche Verantwortungszuschreibung unserer Rechtsordnung, die in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG vorsieht, dass jeder Mensch frei ist, lässt sich das Verbot der Tötung auf Verlangen allerdings höchstens für jene Fälle legitimieren, in denen tatsächlich Druck auf den Sterbewilligen ausgeübt wurde.⁵¹

Ein Blick ist auch auf die Frage zu richten, ob § 216 StGB überhaupt dem Schutz von Allgemeininteressen dienen kann. Richtigerweise wäre die Vorschrift, wenn dem so wäre, den Straftaten gegen die Allgemeinheit zuzuordnen. Dem widerspricht bereits die systematische Stellung der Norm im sechzehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs, der die Straftaten gegen das Leben regelt.

2. Individuell-paternalistische Rechtfertigungsmodelle

Eine zweite Gruppe von Ansätzen stützt die Legitimation des Verbots der Tötung auf Verlangen auf individuell-paternalistische Grundlagen. So wird argumentiert, die Norm sei als paternalistische Vorschrift erforderlich und bezwecke den Schutz des Sterbewilligen vor sich selbst.⁵² Der Staat müsse den Betroffenen davor schützen, als unüberlegte Überreaktion sein Leben zu beenden, sodass das Verbot der Tötung auf Verlangen aus § 216 StGB rechtstechnisch ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstelle.⁵³ Es stellt sich hier die Frage, warum ein gründlich durchdachter Sterbewunsch eines einsichtsfähigen Menschen nicht respektiert wird, wenn er dabei die Hilfe Dritter in Anspruch nimmt.⁵⁴ Zudem verlangt § 216 StGB ein ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen und greife damit bei unüberlegtem Handeln von vorneherein nicht.⁵⁵ Eine Klassifizierung des § 216 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt entspreche ferner nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers.⁵⁶ Die individuell-paternalistischen Rechtfertigungsmodelle führen darüber hinaus aus, dass der Umstand, dass ein Sterbewilliger die Hilfe Dritter in Anspruch nimmt, darauf schließen lasse, dass er nicht freiverantwortlich handle, da es am endgültigen Entschluss fehle.⁵⁷ Der Suizid als Solcher zeichne sich durch eine besonders hohe Hemmschwelle aus, die vom Sterbewilligen die Überwindung seines natürlichen Selbsterhaltungstriebes fordere.⁵⁸ Für eine Straffreiheit sei es demnach erforderlich, dass der Betroffene diese Hemmschwelle selbst überwindet und den Akt der Tötung in eigener Person

⁴⁶ Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, S. 59 f.; dazu: Kubiciel, JA 2011, 86 (87 f.).

⁴⁷ Brunhöber, JuS 2011, 401 (402).

⁴⁸ BVerfG, NJW 2020, 905 (906), Rn. 204; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 216 Rn. 1.

⁴⁹ Rostalski, JZ 2021, 477 (481).

⁵⁰ Lindner, JZ 2006, 373 (378).

⁵¹ Brunhöber, JuS 2011, 401 (403).

⁵² Tenthoff, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, S. 86 ff.

⁵³ Jakobs, Tötung auf Verlangen: Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 23.

⁵⁴ Brunhöber, JuS 2011, 401 (403).

⁵⁵ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, § 216 Rn. 1.

⁵⁶ Jakobs, Tötung auf Verlangen: Euthanasie und Strafrechtssystem, S. 23.

⁵⁷ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (108).

⁵⁸ Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 265.

vornimmt.⁵⁹ An dieser Stelle wird verkannt, dass der Sterbewillige womöglich der Erniedrigung, Tragik und brutalen, schmerzhaften Art des Suizids sowie der Traumatisierung Dritter aus dem Weg gehen möchte, die der eigenhändige Suizid häufig innehat.⁶⁰ Die Erklärung leugnet zudem, dass es Fälle geben kann, in denen der Betroffene beispielsweise physisch nicht in der Lage ist, sein Leben eigenhändig zu beenden⁶¹, sodass die Fremdtötung in bestimmten Fällen den einzigen Ausweg darstellt.⁶²

IV. Verfassungswidrigkeit der Tötung auf Verlangen

Da es bereits an einer überzeugenden Legitimation des § 216 StGB fehlt, drängt sich die Frage nach einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Norm nahezu auf. Die Debatte angefacht hat auch das *BVerfG* mit seinem Urteil vom 26.2.2020,⁶³ in dem es das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung aus § 217 StGB für unvereinbar mit dem Grundgesetz und folglich für nichtig erklärt hat. Die Argumentation stützte sich im Wesentlichen auf die Anerkennung eines Rechts auf selbstbestimmtes Sterben als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 2, Art. 1 Abs. 1 GG, das Ausdruck persönlicher Autonomie ist.⁶⁴ Es muss freiverantwortlich handelnden Sterbewilligen möglich sein, bei Wahrnehmung dieses Rechts auf selbstbestimmtes Sterben die Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen.⁶⁵

Einwände dahingehend, die Einwilligung in die eigene Tötung verletze die Menschenwürde, indem sich der Sterbewillige durch seine Bitte zum Objekt des anderen mache,⁶⁶ können nicht überzeugen. Freiheitsgrundsätze können schon ihrem Wesen nach nur Freiheiten schaffen, nicht aber diese verkürzen.⁶⁷ Die Menschenwürde ist eine freiheitliche Garantie, die in unserer Verfassung bewusst an erster Stelle positioniert wurde und nicht in freiheitsbeschränkender Form gegen ihren Träger verwendet werden kann.⁶⁸ Die Annahme einer Menschenwürdeverletzung bei der Tötung auf Verlangen stellt eine übertriebene Auslegung der Norm im Widerspruch zur Menschenwürdegarantie dar.⁶⁹

Die Behauptung, der Gesellschaft stünde das Recht zu, den Sterbewunsch des Betroffenen als „übereilt“, „reiflich überlegt“ oder „gerechtfertigt“ kategorisieren zu dürfen⁷⁰ und die Zulässigkeit der Sterbehilfe damit auf Fälle begrenzen zu dürfen, in denen eine medizinisch-palliative Behandlung das medizinische Minimalziel der Schmerzfreiheit nicht mehr erreichen kann,⁷¹ ist spätestens seit der Entscheidung des *BVerfG* nicht mehr haltbar. Das Gericht hat sich zu dieser Thematik ausdrücklich positioniert. So sei das Recht auf selbstbestimmtes Sterben nicht auf fremddefinierte Situationen beschränkt, insbesondere nicht auf bestimmte Lebens- bzw. Krankheitsphasen oder auf besonders schwerwiegende und unheilbare Krankheitszustände.⁷² „Eine Einengung des Schutzbereichs auf bestimmte Ursachen und Motive liefe auf eine Bewertung der Beweggründe des zur Selbsttötung Entschlossenen und auf eine inhaltliche Vorbestimmung hinaus, die dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes fremd ist.“⁷³ Der freie Wille des Sterbewilligen muss demzufolge auch dann akzeptiert werden, wenn er für Außenstehende

⁵⁹ *Roxin*, 140 Jahre GA, 1993, S. 178.

⁶⁰ *Schoppe*, Bucerius Law Journal 2012, 107 (108).

⁶¹ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 6.

⁶² *Schoppe*, Bucerius Law Journal 2012, 107 (108).

⁶³ *BVerfG*, NJW 2020, 905.

⁶⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907), Rn. 208.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ *Wilms/Jäger*, ZRP 1988, 41 (44).

⁶⁷ *Schoppe*, Bucerius Law Journal 2012, 107 (110).

⁶⁸ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 109 f.

⁶⁹ *Chatzikostas*, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, S. 259.

⁷⁰ *Leitmeier*, NStZ 2020, 508 (510).

⁷¹ *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (606).

⁷² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907), Rn. 210.

⁷³ Ebd.

unverständlich und nicht nachvollziehbar erscheint.⁷⁴ Bei der Beihilfe zum freiverantwortlichen Suizid spielen Motive des Suizidenten zudem ebenfalls keine Rolle, sodass von vorneherein nicht zu begründen ist, warum dies im Fall der Tötung auf Verlangen anders gehandhabt werden sollte.⁷⁵ Das Urteil hat der Vorschrift des § 216 StGB, die ohnehin viele Probleme in seiner Legitimation aufwirft und in dieser Hinsicht kritisch zu hinterfragen ist⁷⁶ sowie aufgrund der starken Betonung der Autonomie des Einzelnen die Grundlage entzogen.⁷⁷ Wenn im höchstpersönlichen Bereich der Frage über die Lebensbeendigung der freie Wille und das Selbstbestimmungsrecht des Individuums geachtet werden sollen, betrifft das nicht nur die Frage nach dem „Ob“ der Lebensbeendigung, sondern zugleich die Frage nach dem „Wie“.⁷⁸ Das *BVerfG* hat dies bestätigt, indem es die Zuhilfenahme Dritter ausdrücklich als möglich festlegt⁷⁹ und damit zum Ausdruck bringt, dass der Sterbewillige nicht auf einen eigenhändig durchgeführten Tod verwiesen werden darf. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Sterbewillige berechnete Interessen an der Durchführung der Tötungshandlung durch einen Dritten haben kann, so etwa dessen Fachkompetenz im Umgang mit dem konkreten Tötungsinstrument oder dessen spezieller Erfahrung, die sicherstellt, dass die Tötung auch tatsächlich gelingt.⁸⁰

Das Verbot der Tötung auf Verlangen aus § 216 StGB ist in seiner derzeitigen Fassung verfassungsrechtlich nicht haltbar.

V. Systematische Abgrenzungsprobleme

Weitergehende erhebliche Schwachstellen des § 216 StGB zeigen sich auch bei der Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Beihilfe am freiverantwortlichen Tod. Die auch als „aktive Sterbehilfe“ bezeichnete Tötung auf Verlangen beschreibt eine Tötungshandlung, die auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Sterbewilligen durch einen Dritten durchgeführt wird.⁸¹ Sie ist in § 216 StGB geregelt und unterliegt einem strafbewehrten Verbot, von dem es keine Ausnahmen gibt. Die Beihilfe zur Selbsttötung meint im Gegensatz dazu die Suizidassistentz, bei der der Sterbewillige die zum Tode führende Handlung eigenhändig ausführt und an der ein Dritter vorbereitend oder unterstützend mitwirkt, indem er dem Suizidenten die Gelegenheit oder das Mittel verschafft, sein Leben zu beenden.⁸² Da die Selbsttötung in Deutschland keinem strafbewehrten Verbot unterliegt, kann mangels strafbarer Haupttat nach den Regeln der akzessorischen Teilnehmerhaftung keine Bestrafung des Dritten erfolgen.⁸³ Abzugrenzen sind Tötung auf Verlangen und Suizidassistentz nach dem Kriterium der Tatherrschaft.⁸⁴ Entscheidend für die Abgrenzung ist, wer den das Leben beendenden Akt eigenhändig ausführt.⁸⁵ Tatherrschaft des Dritten liegt vor, wenn der Sterbewillige sich nach dem Gesamtplan in seine Hände begibt und den Tod duldend von ihm entgegennimmt.⁸⁶ Führt der Sterbewillige hingegen die zum Tode führende Handlung eigenständig aus und behält bis zuletzt die freie Entscheidung über seinen Tod, so liegt eine straflose Selbsttötung vor, auch wenn ein Dritter mitgewirkt hat.⁸⁷ Dies soll selbst dann gelten, wenn die Ursachenreihe vom Dritten in Gang gesetzt wurde, dem

⁷⁴ Rostalski, JZ 2021, 477 (480).

⁷⁵ Zehetgruber, HRRS 2017, 31 (33).

⁷⁶ Zehetgruber, HRRS 2017, 31 (31).

⁷⁷ Leitmeier, NSTZ 2020, 508 (508).

⁷⁸ Leitmeier, NSTZ 2020, 508 (510).

⁷⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907), Rn. 208.

⁸⁰ Rostalski, JZ 2021, 477 (480).

⁸¹ Lindner, NSTZ 2020, 505 (505).

⁸² Humanistischer Verband Deutschlands, Entwurf Suizidhilfekonflikt-Gesetz, online abrufbar unter: https://humanistisch.de/sites/humanistisch.de/files/hvd-bundesverband/docs/2020/05/suizidhilfekonfliktgesetz_hvd_bundesverband.pdf (zuletzt abgerufen am 14.9.2023), S. 4.

⁸³ Rengier, Strafrecht AT, § 45 Rn. 13.

⁸⁴ Leitmeier, NSTZ 2020, 508 (511).

⁸⁵ *BGH*, NJW 2022, 3021 (3022), Rn. 14.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Ebd.

Suizidenten aber auch nach Abschluss dieses Tatbeitrags bis zuletzt die Freiheit verbleibt, selbst Rettungsmaßnahmen einzuleiten, um sich den Auswirkungen zu entziehen und den Vorgang zu beenden.⁸⁸

1. Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 28.6.2022

In einer Entscheidung vom 28.6.2022⁸⁹ hat der *BGH* ausgeführt, dass für die Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Suizid eine bloße Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln keine zufriedenstellenden Ergebnisse hervorbringt, sodass stattdessen eine normative Betrachtung des Gesamtgeschehens erforderlich ist.⁹⁰ Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein schwer kranker, bettlägeriger und unter chronischen Schmerzen leidender Ehemann seine Ehefrau freiverantwortlich dazu aufgefordert hatte, ihm alle im Haus befindlichen Medikamente zu bringen, die er daraufhin selbstständig einnahm. Anschließend bat der unter anderem auch unter Diabetes leidende Mann seine Frau darum, ihm alle sich noch im Haus befindlichen Insulinspritzen zu bringen und zu injizieren. Diesem Wunsch kam die angeklagte Ehefrau nach, in dem Wissen, dass die verabreichende Insulindosis tödliche Wirkung haben konnte. Absprachegemäß sah die Ehefrau im weiteren Verlauf davon ab, einen Arzt herbeizurufen, obwohl ihr Mann von Zeit zu Zeit schwächer wurde und letztlich an Unterzuckerung verstarb. Die eingenommenen Medikamente hätten ihrerseits ausgereicht, den Tod herbeizuführen, wenn auch erst zeitlich später.

Der *BGH* hatte die Ehefrau freigesprochen und sich dabei im Wesentlichen auf zwei Argumente gestützt. Zum einen bilden bei normativer Betrachtung die Medikamenteneinnahme und die Insulininjektion einen einheitlichen Lebenssachverhalt. In der Insulininjektion ein isoliertes Verhalten zu sehen, trage dem auf die Herbeiführung des Todeseintritts gerichteten Gesamtplan nicht ausreichend Rechnung, denn es sei letztendlich dem Zufall geschuldet, dass die Insulininjektion den Tod herbeiführte und nicht die Medikamenteneinnahme.⁹¹ Zum anderen sei der Ehemann auch nach der Insulininjektion noch einige Zeit bei Bewusstsein gewesen und habe so die Möglichkeit gehabt, einen Arzt herbeizurufen, um den Todeseintritt abzuwenden, sodass er infolgedessen die Tatherrschaft innehatte.⁹²

2. Kritik an der BGH-Entscheidung

Die Entscheidung des *BGH* hat für viel Aufsehen gesorgt und steht stark in der Kritik. Die Bewertung des *BGH* erweist sich als unvereinbar mit der strafrechtlichen Kausalitätslehre.⁹³ Eine Ursache ist immer dann kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.⁹⁴ Reserveursachen sind im Rahmen der hypothetischen Kausalität unbeachtlich.⁹⁵ Ob die Medikamente den Tod zeitlich später ebenfalls herbeigeführt hätten, kann deshalb für die Strafbarkeit keine Rolle spielen.

Zudem subsumiert das Gericht unter seine entwickelte normative Betrachtungsweise fehlerhaft.⁹⁶ Es ist fernlie-

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ *BGH NJW 2022, 3021.*

⁹⁰ *BGH, NJW 2022, 3021 (3022), Rn. 15.*

⁹¹ *BGH, NJW 2022, 3021 (3022), Rn. 16.*

⁹² *BGH, NJW 2022, 3021 (3022), Rn. 17.*

⁹³ *Seifert, HRRS 2023, 13 (15).*

⁹⁴ *Rengier, Strafrecht AT, § 13 Rn. 3.*

⁹⁵ *Rengier, Strafrecht AT, § 13 Rn. 15-17.*

⁹⁶ *Seifert, HRRS 2023, 13 (15).*

gend, dass der bettlägerige und in vollem Umfang auf Hilfe angewiesene Ehemann das Tatgeschehen beherrschte.⁹⁷ So erscheint es äußerst fraglich, wie er selbstständig Rettungsmaßnahmen hätte einleiten sollen, um sich den Auswirkungen des Geschehens zu entziehen.⁹⁸ Gänzlich eigenständig, demnach ohne Zuhilfenahme seiner Ehefrau, war dies jedenfalls undenkbar, denn selbst wenn er darum gebeten hätte, den Notruf zu wählen, hätte es in der Macht der Ehefrau gelegen, ob sie der Bitte nachkommt, sodass auch nach der Insulininjektion die Tatherrschaft noch in ihren Händen lag.⁹⁹

Weitere Kritik besteht an den vom *BGH* zur Abgrenzung angeführten Kriterien zur Bestimmung der Tatherrschaft, die zu willkürlichen Ergebnissen führen.¹⁰⁰ Die Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Suizidassistenz wird davon abhängig gemacht, ob der Tatbeitrag des Hilfeleistenden beendet ist oder nicht, was jedoch für die Bestimmung der Tatherrschaft nicht entscheidend sein kann.¹⁰¹ Durch das isolierte Abstellen auf die finale Tathandlung wird ein einheitliches Geschehen auseinandergerissen, anstatt die Tatherrschaft danach zu bestimmen, wer den Tötungsprozess und damit das Gesamtgeschehen steuert.¹⁰² Interessant ist an dieser Stelle auch, dass der *BGH* in seiner Entscheidung betont, die Abgrenzung nach diesen Kriterien verhindere zufällige und willkürlich wirkende Bewertungen.¹⁰³ Liest man die Urteilsgründe weiter, widerspricht das Gericht sich beim Heranziehen zweier Entscheidungen zu dieser Thematik als Vergleich in seinen Entscheidungsgründen selbst und offenbart so die Ungeeignetheit seiner Abgrenzungskriterien.¹⁰⁴ Im sogenannten „Gisela-Fall“¹⁰⁵ wollte ein Ehepaar gemeinsam aus dem Leben scheiden und hatte sich zu diesem Zweck gemeinsam in das eigene Auto begeben. Der auf dem Fahrersitz befindliche Ehemann hatte zuvor den Auspuff mittels eines Schlauchs mit dem Innenraum des Autos verbunden und durch das Durchtreten des Gaspedals die Abgase in das Innere des Autos geleitet. Er selber wurde in diesem Zusammenhang bewusstlos, der Tod trat jedoch nur bei seiner Ehefrau ein. Der *BGH* hatte den Ehemann wegen Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB schuldig gesprochen, da er laut Auffassung des Gerichts die Tatherrschaft innehatte. Dass die sterbewillige Ehefrau bis zum Eintritt ihres Todes in der Lage war, die Beifahrertür zu öffnen oder den Fuß ihres Ehemannes vom Gaspedal zu entfernen, hat der *BGH* für die Entscheidung über die Tatherrschaft unberücksichtigt gelassen.¹⁰⁶

Dagegen sei eine andere Bewertung im ähnlich gelagerten „Gashahn-Fall“¹⁰⁷ laut *BGH* geboten gewesen. Hier hatten sich Ehemann und Ehefrau in ein Hotelzimmer begeben, um ihrem Sterbewunsch gemeinsam nachzukommen. Dafür hatte die Ehefrau den Spalt unter der Tür verstopft, während der Ehemann die Gashähne aufdrehte. Auch hier trat der Tod durch Gasvergiftung lediglich bei der Ehefrau ein, der später angeklagte Ehemann überlebte. Im „Gashahn-Fall“ hat der *BGH* entschieden, dass die Ehefrau bis zuletzt die Möglichkeit gehabt hatte, die Gashähne abzdrehen oder anderweitige Rettungsmaßnahmen zu ergreifen, sodass der Ehemann mangels Tatherrschaft freigesprochen wurde.

Betrachtet man beide Fälle nun aber normativ, zeigt sich, dass es sich letztlich um gleichgelagerte Fälle handelt, denn die verstorbenen Ehepartner hatten bis zuletzt die Möglichkeit, sich dem Geschehen zu entziehen.¹⁰⁸ Der einzige Unterschied besteht darin, dass im „Gashahn-Fall“ die Tathandlung des Ehemannes abgeschlossen war,

⁹⁷ Fischer, *PflegeRecht* 2022, 553 (561).

⁹⁸ Ebd.

⁹⁹ Seifert, *HRRS* 2023, 13 (15).

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Ebd.

¹⁰² Ebd.

¹⁰³ Fischer, *PflegeRecht* 2022, 553 (560 f.).

¹⁰⁴ Seifert, *HRRS* 2023, 13 (15).

¹⁰⁵ BGHSt 19, 135.

¹⁰⁶ Seifert, *HRRS* 2023, 13 (15).

¹⁰⁷ *RG*, *JW* 1921, 579.

¹⁰⁸ Seifert, *HRRS* 2023, 13 (15).

im „Gisela-Fall“ musste der Ehemann das Gaspedal weiterhin herunterdrücken, sodass seine Handlung beim Todeintritt seiner Ehefrau noch nicht abgeschlossen war. Hätte der Ehemann jedoch statt eigener Muskelkraft einen Stein auf das Gaspedal gelegt, wäre er straffrei geblieben,¹⁰⁹ obwohl sich an der Situation der Ehefrau nichts geändert hätte. Auch im Fall der Insulininjektion hätte die kleinste Veränderung des Geschehens zur Strafbarkeit geführt, so beispielsweise, wenn der Ehemann vor der Injektion durch die Medikamenteneinnahme bereits das Bewusstsein verloren hätte.¹¹⁰

Es zeigt sich, dass der *BGH* das Ergebnis der Abgrenzung von Zufälligkeiten im Tatgeschehen abhängig macht, was aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht hinnehmbar ist.

VI. Reaktionsmöglichkeiten

Wie bereits dargestellt, unterliegt die Vorschrift des § 216 StGB vielfältigen Schwachpunkten. Wie darauf zu reagieren ist, wird im Folgenden dargelegt, indem verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten einer möglichen Reform aufgezeigt werden.

1. Verfassungskonforme Auslegung

Der *BGH* spricht sich in seinem Urteil vom 28. Juni 2022¹¹¹ dafür aus, die vom *BVerfG* in Bezug auf § 217 StGB entwickelten Grundsätze auf § 216 StGB anzuwenden, weil die Vorschrift das Recht auf selbstbestimmtes Sterben in gleicher Weise tangiere.¹¹² Nach der Auffassung des *BGH* bedürfe § 216 StGB einer verfassungskonformen Auslegung dahingehend, dass jedenfalls Fälle vom Anwendungsbereich der Norm auszunehmen seien, in denen es dem Sterbewilligen faktisch unmöglich sei, seine freiverantwortliche und frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung zur Beendigung des Lebens umzusetzen.¹¹³ Infolgedessen stelle die Durchführung der unmittelbar zum Tode führenden Handlung durch einen Dritten für sie den einzigen Ausweg dar, ihr Recht auf selbstbestimmtes Sterben wahrzunehmen.¹¹⁴ Aktive täterschaftliche Tötungen auf Verlangen sollen also immer dann straffrei sein, wenn sie für den Sterbewilligen aufgrund seiner körperlichen Verfassung die einzige Handlungsalternative darstellen.¹¹⁵

2. Beibehaltung der Norm

Eine Auffassung in der Literatur befürwortet die Beibehaltung der Norm. Sie sei Ausdruck einer gesetzgeberischen Entscheidung, die das absolute Fremdtötungstabu bestätigen solle.¹¹⁶ Selbst wenn der Rechtgutsinhaber durch sein Verlangen zum Ausdruck bringe, dass er dieses nicht mehr ausüben möchte, verletze jede Tötung, sei sie auch aus noch so edlen Motiven durchgeführt worden, das Lebensrecht.¹¹⁷ Das Aufgeben der grundsätzlichen Tabuisierung könnte gravierende Folgen haben.¹¹⁸ Es sei nicht absehbar, für welche Bereiche ebenfalls Straffreiheit gefordert

¹⁰⁹ Seifert, HRRS 2023, 13 (16).

¹¹⁰ Fischer, PflegeRecht 2022, 553 (561).

¹¹¹ *BGH*, NJW 2020, 3021.

¹¹² *BGH*, NJW 2020, 3021 (3023), Rn. 23.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ Fischer, PflegeRecht 2022, 553 (561).

¹¹⁶ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (107).

¹¹⁷ Schoppe, Bucerius Law Journal 2012, 107 (111).

¹¹⁸ Ebd.

werden würde.¹¹⁹ Zu denken wäre hier an eine Ersetzung der Einwilligung des Sterbewilligen selbst durch eine Einwilligung staatlicher Organe oder aber durch die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter, in Fällen in denen ein Kind aufgrund seiner geistigen Verfassung nicht einwilligungsfähig ist.¹²⁰ „Das Recht neigt dazu, graduell weitere kleine Schritte folgen zu lassen, sobald erstmal ein erster Schritt gemacht wurde.“¹²¹ Diese Entwicklung gelte es im Bereich des Lebensschutzes dringend zu unterbinden, wie es derzeit von § 216 StGB gewährleistet werde.¹²² Demzufolge müsse die Norm beibehalten werden, da sie die zentrale Funktion erfülle, den Appell auszusenden, dass die Verletzung der Achtung des Lebens unter keinen Umständen gebilligt werden könne und deshalb stets durch das Strafrecht zu sanktionieren sei.¹²³ Ihr komme dahingehend generalpräventive Wirkung zu.¹²⁴

3. Streichung der Norm

Neben der Beibehaltung der Norm wird die Gegenposition vertreten, die eine ersatzlose Streichung der Norm vorsieht.¹²⁵ Begründet wird dies damit, dass die Ungleichbehandlung von Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Suizid von vorneherein nicht erklärbar sei.¹²⁶ Der Gesetzgeber habe hier an einer Stelle eine Differenzierung angeordnet, an der es normativ keinen Unterschied gebe.¹²⁷ Danach bleibe straflos, wer das tödlich wirkende Mittel besorge und dem Sterbewilligen auf den Nachtschisch lege, während derjenige, der es ihm auf dessen Wunsch hin verabreiche, weil er selbst nicht dazu in der Lage sei, mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren rechnen müsse,¹²⁸ obwohl der Sachverhalt hinsichtlich des Todeswunsches des Sterbewilligen ähnlich sei.¹²⁹ Problematisch sei hier auch, dass das Geschehen häufig nicht nur vom Suizidenten oder dem Helfer, sondern von beiden gemeinsam beherrscht werde.¹³⁰

Die derzeitige Rechtslage führt zu Szenarien, die an Science-Fiction Filme erinnern. Wissenschaftler haben es sich zur Aufgabe gemacht, komplizierte Apparaturen zu entwickeln, die es schwerkranken Menschen ohne Möglichkeit zur Selbsttötung aus eigener Kraft ermöglichen, die Tötung selbst auszulösen und so die Tatherrschaft innezuhaben, um eine für alle Beteiligten folgenlose und damit straflose Selbsttötung zu ermöglichen.¹³¹ So hat der australische Arzt Philip Nitschke eine im 3D-Druckverfahren hergestellte Kapsel namens „Sarco“ entwickelt, mit der Sterbewillige per Knopfdruck ihr Leben beenden können.¹³² Dafür begeben sie sich in die mobile, einem Sarg ähnelnde Kapsel mit Sichtfenster, die an einen Ort ihrer Wahl gebracht werden kann, und die sich nach dem Druck auf einen Knopf mit Stickstoff füllt. Dadurch reduziert sich der Sauerstoffgehalt in der Kapsel und der Sterbewillige verliert ohne Schmerzen zu erleiden das Bewusstsein, bevor er nach ungefähr zehn Minuten verstirbt. Das Verfahren habe laut *Nitschke* den Vorteil, dass es den Tod schmerzfrei und zuverlässig herbeiführe.¹³³ Allein der Gedanke, dass ein Rückgriff auf derartige Apparaturen erforderlich ist, löst Unbehagen aus.

¹¹⁹ *Hirsch*, FS Lackner, 1987, S. 613.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ *Schoppe*, Bucerius Law Journal 2012, 107 (111).

¹²² Ebd.

¹²³ Ebd.

¹²⁴ *Chatzikostas*, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, S. 248.

¹²⁵ *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).

¹²⁶ *Leitmeier*, NSTz 2020, 508 (511).

¹²⁷ *Krack*, KJ 1995, 60 (71).

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 2.

¹³⁰ *Krack*, KJ 1995, 60 (72).

¹³¹ *Krack*, KJ 1995, 60 (71).

¹³² *Barkhausen*, Der Traum vom selbstbestimmten Tod: mit einer „Selbstmordkapsel“ ins Jenseits, online abrufbar unter: <https://www.rnd.de/panorama/der-traum-vom-selbstbestimmten-tod-mit-einer-selbstmordkapsel-ins-jenseits-SGVDEYXIHFD4TOR7W6GNL7JYBA.html> (zuletzt aufgerufen am 12.4.2023).

¹³³ Ebd.

Bei Tötung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung handle es sich um normativ gleichgelagerte Fälle, sodass sie vom Gesetzgeber bezüglich ihrer Strafbarkeit gleichbehandelt werden müssen.¹³⁴ Eine Kriminalisierung der Beihilfe zum Suizid ist wegen der Straffreiheit des Suizids nicht möglich, da es insoweit an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat fehlt. Die Konsequenz sei demnach die Streichung des § 216 StGB.¹³⁵ Das Rechtsgut Leben sei auch bei einer ersatzlosen Streichung des § 216 StGB ausreichend über die §§ 211, 212 StGB vor vorsätzlichen Fremdtötungen geschützt.¹³⁶

4. Modifikation der Norm

In Betracht kommt auch, die Norm generell im Strafgesetzbuch zu belassen, sie aber einer Modifikation zu unterziehen, um sie an die heutigen Bedürfnisse anzupassen.

a) Abstellen auf Kriterium der Freiverantwortlichkeit

In einem Vorschlag von *Rostalski* zur Modifikation der Norm wird das Kriterium der Freiverantwortlichkeit in den Fokus gerückt.¹³⁷ Die Entscheidung des *BVerfG* zur Unvereinbarkeit des § 217 StGB mit dem Grundgesetz betreffe die Vorschrift des § 216 StGB gleichermaßen, indem sie das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen in gleichem Umfang berühre.¹³⁸ § 216 StGB in seiner derzeitigen Fassung bevormunde den Einzelnen in unzulässiger paternalistischer Weise und lasse Fallkonstellationen außer Betracht, die im Rahmen des Schutzes der freien Sterbeentscheidung besonderer Berücksichtigung bedürfen.¹³⁹ Die Vorschrift sei dahingehend zu modifizieren, dass es für die Strafbarkeit allein darauf ankommen dürfe, ob das Verhalten des Dritten, das den Tod herbeiführt, dem freiverantwortlichen und willensmangelfrei gebildeten Willen des Sterbewilligen entsprach.¹⁴⁰ Dürfte der Handelnde von der Freiverantwortlichkeit ausgehen, handle er erlaubt, unabhängig davon, welchen Umfang sein Tatbeitrag einnahm und wer die tatsächlich zum Tode führende letzte Handlung ausgeführt habe.¹⁴¹ Das *BVerfG* hat klargestellt, dass es möglich sein müsse, gegenüber einem Dritten auf den Schutz des Rechtsguts Leben zu verzichten und bei der Beendigung des eigenen Lebens dessen Hilfe in Anspruch zu nehmen.¹⁴² Bestehen bleibe jedoch das beweisrechtliche Problem hinsichtlich der Feststellung des tatsächlichen Willens des Opfers in Bezug auf die Tötung.¹⁴³ Dem Wunsch des Sterbewilligen dürfe immer dann nicht nachgekommen werden, wenn der Ausführende nach den sich ihm bietenden Umständen nicht davon ausgehen dürfe, dass der Sterbewillige keinem relevanten Willensmangel unterliege.¹⁴⁴ Gleiches solle aber auch für die Beihilfe zum Suizid gelten: Der Gehilfe dürfe keine Unterstützungshandlung vornehmen, wenn er von einer willensmangelfreien Entscheidung nicht ausgehen dürfe.¹⁴⁵ Ansonsten mache er sich wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB strafbar, wenn er in Bezug auf das Kriterium der Freiverantwortlichkeit fahrlässig gehandelt habe und gleichzeitig sicher feststehe, dass die

¹³⁴ *Krack*, KJ 1995, 60 (60).

¹³⁵ *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31 (33).

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ *Rostalski*, JZ 2021, 477.

¹³⁸ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (480).

¹³⁹ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).

¹⁴⁰ Ebd.

¹⁴¹ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).

¹⁴² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (906), Rn. 203.

¹⁴³ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).

¹⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁵ Ebd.

Entscheidung des Suizidenten zur Selbsttötung unter Zuhilfenahme eines Dritten mit einem Willensmangel behaftet war.¹⁴⁶ Problematisch sei hier aber, dass eine Strafbarkeitslücke zurückbliebe, da § 222 StGB wegen des Grundsatzes „*in dubio pro reo*“ tatbestandlich immer dann nicht vorliege, wenn sich nicht sicher klären lasse, ob Willensmängel vorlagen.¹⁴⁷ Diese Lücke sei zu schließen, indem der strafrechtliche Lebensschutz auf fahrlässiges Fehlverhalten hinsichtlich der Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches des Opfers vorverlagert werde.¹⁴⁸ Damit wäre eine Bestrafung in Fällen möglich, in denen sich die Frage nach dem Vorliegen von Willensmängeln nicht sicher klären lasse.¹⁴⁹ Es handle sich demnach nicht um ein Erfolgsdelikt, sondern um ein Gefährdungsdelikt.¹⁵⁰ Nach der Ansicht von *Rostalski* könnte der § 216 StGB in Zukunft wie folgt aussehen:

§ 216 StGB (Unerlaubte Tötung auf Verlangen und unerlaubte Förderung oder Veranlassung einer Selbsttötung)

Wer einen Menschen auf dessen Verlangen hin tötet, obwohl er nach den Umständen nicht davon ausgehen darf, dass dieses Verlangen frei von wesentlichen Willensmängeln ist, wird (...) bestraft. Ebenso wird bestraft, wer die Selbsttötung eines anderen oder deren Versuch veranlasst oder fördert, obwohl er nach den Umständen nicht davon ausgehen darf, dass die Selbsttötung frei von wesentlichen Willensmängeln ist. Eine etwaige Strafbarkeit nach den allgemeinen Vorschriften bleibt unberührt.¹⁵¹

b) Absicherung durch formelles Verfahren

Es stellt sich die Frage, ob eine Absicherung der Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches durch Einführung eines ergänzenden formellen Verfahrens sinnvoll sei.¹⁵² Das *BVerfG* zieht dies im Bereich der Neuregelung der Suizidhilfe nach Streichung des § 217 StGB in Betracht und zählt dabei Aufklärungs- und Wartepflichten, Erlaubnisvorbehalte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern, sowie Verbote besonders gefahrträchtiger Methoden als mögliche Regelungsmechanismen auf.¹⁵³ Dabei hält das Gericht offen, diese Regelungsmechanismen im Strafrecht zu verankern oder sie durch strafrechtliche Sanktionierung von Verfahrensverstößen abzusichern.¹⁵⁴

Schäfer schlägt vor, das grundsätzliche Verbot der Tötung auf Verlangen sowie die Strafbarkeit des Versuchs in Absatz 1 und 2 beizubehalten.¹⁵⁵ Vorgesehen ist darüber hinaus die Erweiterung der Vorschrift um einen weiteren Absatz, der ein formelles Verfahren zur Absicherung der Freiverantwortlichkeit des Sterbewilligen vorsieht und wie folgt aussehen soll:

- (3) Nicht rechtswidrig handelt ein Arzt, der
1. pflichtgemäß zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Patient sein Verlangen freiwillig und nach reiflicher Überlegung geäußert hat,
 2. den Patienten über dessen Situation und über dessen Aussichten aufgeklärt hat,
 3. nach einer Beratung feststellt, dass der Patient zu der Überzeugung gelangt ist, dass es für seine Situation keine andere annehmbare Lösung gibt,

¹⁴⁶ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).

¹⁴⁷ Ebd.

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ Ebd.

¹⁵⁰ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Ebd.

¹⁵³ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921), Rn. 338 ff.

¹⁵⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921), Rn. 339.

¹⁵⁵ *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 200.

4. mindestens einen anderen, unabhängigen Arzt zu Rate gezogen hat, der den Patienten untersucht und schriftlich zur Voraussetzung unter 1. bis 3. Stellung genommen hat und
5. bei der Lebensbeendigung nach Regeln der ärztlichen Kunst verfahren ist.¹⁵⁶

In einem nebenstrafrechtlichen Sterbehilfegesetz (SHG) sollen zudem die Voraussetzungen mithilfe von Dokumentations- und Berichterstattungspflichten kontrolliert werden.¹⁵⁷ Die gesetzliche Regulierung müsse sich am Selbstbestimmungsrecht und an der sich daraus ergebenden freien Verfügbarkeit über das eigene Leben orientieren.¹⁵⁸ Die Autonomie müsse festgestellt, sowie die Voraussetzungen und Schranken der Selbstbestimmung festgelegt werden.¹⁵⁹ Autonom handle, wer die Fähigkeit besitze, eigenständig Entscheidungen zu treffen, die sich inhaltlich mit seinen Interessen decken.¹⁶⁰ Dabei müsse er über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen, die Bedeutung und Konsequenzen seiner Entscheidung in vollem Umfang zu erkennen, zu verstehen und zu bewerten.¹⁶¹ Autonomie sei ein zweistufiges Konstrukt, in dem der Rechtsgutsträger nicht nur frei in seiner Entscheidung als solcher sei (zweite Stufe), sondern auch darin, welche Informationen er in die Entscheidung einbeziehen und welche Werte er berücksichtigen möchte (erste Stufe).¹⁶² Für die Sterbehilfe bedeute dies, dass Beratung und Aufklärung des Sterbewilligen als Eingriff in die erste Stufe rechtfertigungsbedürftig seien, wenn sie den Willen des Sterbewilligen missachten und zur zwingenden Voraussetzung für die Wahrnehmung der Autonomie in Form der Sterbehilfe gemacht werden.¹⁶³ Formelle Verfahrensregelungen wie verpflichtende Beratungsgespräche und Wartezeiten tragen der Absicherung einer autonomen Entscheidung Rechnung und ermöglichen eine Meinungsänderung hin zu einer Lebensbejahung, dürfen aber nicht zu einer faktisch vollständigen und damit unverhältnismäßigen Einschränkung der Autonomie führen.¹⁶⁴ Wichtig ist dabei, dass dem Einzelnen ausreichend Freiheit in Bezug auf die Umsetzung seines Sterbewunsches verbleibe, damit das Recht auf selbstbestimmtes Sterben nicht durch regulatorische Einschränkungen unverhältnismäßig berührt wird.¹⁶⁵

c) Ausnahmetatbestand bei unheilbarer Krankheit

Ein weiterer Vorschlag der Modifikation von *Hoerster* sieht vor, der Einwilligung in die eigene Tötung durch einen Dritten ausnahmsweise rechtfertigende Wirkung zukommen zu lassen.¹⁶⁶ Zwar habe der Mensch einen stark ausgeprägten Überlebensinstinkt, jedoch lassen sich Umstände vorstellen, unter denen er nach einer Abwägung seiner Interessen sowie der für ihn entstehenden Vor- und Nachteile zu dem Entschluss kommt, dass es vernünftiger sei, das Tötungsverbot ausnahmsweise außer Kraft zu setzen.¹⁶⁷ Dies soll immer dann der Fall sein, wenn der Sterbewillige an einer unheilbaren Krankheit leide, die sein Leben derart beeinträchtige, dass es als nicht mehr lebenswert anzusehen sei.¹⁶⁸ Diese Ausnahme von der Strafbarkeit wird damit begründet, dass in diesen Fällen zwar noch erfüllte, glückliche Momente im Leben denkbar seien, diese aber von Schmerz und Frustration überlagert werden, sodass nicht begründbar sei, warum die Rechtsordnung den Betroffenen in dieser Lage vor lebensverkürzenden Maßnahmen schützen solle, die in seinem Zustand seinen langfristigen Interessen entsprechen und

¹⁵⁶ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 201.

¹⁵⁷ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 202.

¹⁵⁸ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 142.

¹⁵⁹ Ebd.

¹⁶⁰ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 145.

¹⁶¹ Ebd.

¹⁶² Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 150.

¹⁶³ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 151.

¹⁶⁴ Schäfer, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, S. 156 ff.

¹⁶⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921), Rn. 341.

¹⁶⁶ *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1792).

¹⁶⁷ *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1788).

¹⁶⁸ *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1790).

ihm nicht schaden, sondern nützen.¹⁶⁹ Für das Vorliegen der Voraussetzungen genüge die tatsächliche Einwilligung des Patienten, aber auch seine mutmaßliche Einwilligung in die Lebensbeendigung.¹⁷⁰ Für alle übrigen Konstellationen, in denen eine derartige lebensbeeinträchtigende Krankheit nicht vorliegt, verbleibe es bei der ursprünglichen Strafbarkeit inklusive der Versuchsstrafbarkeit.¹⁷¹

Die Norm soll nach dem Vorschlag von *Hoerster* so aussehen:

§ 216 StGB (Tötung mit Einwilligung)

- (1) Die Einwilligung des Getöteten schließt die Rechtswidrigkeit der Tötung nicht aus, es sei denn, er leidet an einer Krankheit, die nach ärztlicher Erkenntnis unheilbar ist und sein weiteres Leben derart beeinträchtigt wird, daß es nach gewöhnlichen Maßstäben nicht mehr als lebenswert erschiene.
- (2) Die mit Einwilligung des Getöteten begangene, rechtswidrige Tötung wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
- (3) Der Versuch ist strafbar.¹⁷²

5. Einführung eines eigenständigen Sterbehilfegesetzes

Schlussendlich wird auch eine Neuregelung des gesamten Systems der Sterbehilfe durch Ausgliederung in ein eigenständiges Sterbehilfegesetz vorgeschlagen.¹⁷³ Hierbei handelt es sich um einen Vorschlag, der von Jurist:innen der Universität Augsburg, der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und der Ludwig-Maximilians-Universität in München verfasst wurde und in Anlehnung an die Anfangsbuchstaben der Universitätsorte AMHE-Sterbehilfegesetz (AMHE-SterbehilfeG) genannt wird. Das AMHE-SterbehilfeG verfolge das Ziel, das Recht auf selbstbestimmtes Sterben rechtsklar und verfassungskonform auszugestalten.¹⁷⁴ Der Entwurf stelle die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung ins Zentrum und mache umfassende Vorschläge zur Regelung von Behandlungsverzicht, Behandlungsbegrenzung, Behandlungsabbruch, Suizid sowie aktiver und indirekter Sterbehilfe.¹⁷⁵ Der Gesetzesvorschlag sieht vor, das Verbot der Tötung auf Verlangen aus § 216 StGB aufzuheben und den Regelungsgegenstand durch § 6 AMHE-SterbehilfeG in Verbindung mit § 15 AMHE-SterbehilfeG in modifizierter Form zu erfassen.¹⁷⁶ Die Tötung auf Verlangen bleibe grundsätzlich strafbewehrt, es trete jedoch ein Rechtfertigungsgrund hinzu, der in bestimmten Fällen die Rechtswidrigkeit der aktiven Sterbehilfe ausschließe.¹⁷⁷ Die Beibehaltung des grundsätzlichen Verbots wird damit begründet, dass es vor den abstrakten Gefahren für die Selbstbestimmung am Ende des Lebens schütze.¹⁷⁸ Eine unterschiedliche rechtliche Bewertung im Vergleich zu indirekter Sterbehilfe und Behandlungsabbruch sei aufgrund der geringeren Gefährdung und Missbrauchsmöglichkeiten aufgrund des dort vorliegenden therapeutischen beziehungsweise palliativ-medizinischen Kontextes gerechtfertigt.¹⁷⁹ Das Erfordernis des ausdrücklichen und ernsthaften Verlangens bringe zum Ausdruck, dass es nur auf einen

¹⁶⁹ *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1790).

¹⁷⁰ Ebd.

¹⁷¹ *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1792).

¹⁷² Ebd.

¹⁷³ AMHE-SterbehilfeG.

¹⁷⁴ AMHE-SterbehilfeG, S. VI.

¹⁷⁵ Ebd.

¹⁷⁶ AMHE-SterbehilfeG, S. 83.

¹⁷⁷ AMHE-SterbehilfeG, S. 55.

¹⁷⁸ AMHE-SterbehilfeG, S. 57.

¹⁷⁹ Ebd.

willensmangelfrei gebildeten tatsächlichen Willen, nicht aber auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen ankommen könne.¹⁸⁰ Der Entwurf greift einen Gedanken auf, der erstmals bereits 1986 in der Strafrechtswissenschaft aufgekommen ist und ein Absehen von Strafe bei Tötung auf Verlangen vorsieht, wenn „die Tötung der Beendigung eines schwersten, vom Betroffenen nicht mehr zu ertragenden Leidenszustand dient, der nicht durch andere Maßnahmen behoben oder gelindert werden kann“¹⁸¹. Aktive Sterbehilfe solle nur subsidiär zulässig sein und sei demnach nur dann straffrei möglich, wenn die im Gesetz vorrangig zulässigen Formen, indirekte Sterbehilfe und Behandlungsabbruch, nicht möglich oder für den Sterbewilligen unzumutbar sein.¹⁸² Nur medizinisches Personal könne aktive Sterbehilfe straffrei durchführen, was sicherstelle, dass die Tötung nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolge.¹⁸³ Darüber hinaus befähige ihre Expertise sie dazu, den Zustand des Patienten sowie die Ernsthaftigkeit des Sterbewunsches einzuordnen und zu bewerten.¹⁸⁴

Die Tötung auf Verlangen soll wie folgt geregelt werden:

§ 6 AMHE-SterbehilfeG (Aktive Sterbehilfe)

Die täterschaftliche Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen (aktive Sterbehilfe), um einen schwersten, von der betroffenen Person nicht zu ertragenden und nicht anders abwendbaren Leidenszustand zu beenden, ist nicht rechtswidrig, wenn

1. sie von einer ärztlichen Person vorgenommen wird,
2. eine unabhängige ärztliche Person hinzugezogen wurde und diese den Leidenszustand sowie dessen nicht anderweitige Abwendbarkeit bestätigt hat,
3. eine Beratung nach § 8 Absatz 1 erfolgt ist,
4. die nach § 9 zuständige Kommission die Freiverantwortlichkeit des Sterbewillens bestätigt hat und
5. die Dokumentation nach § 8 Absatz 2 erfolgt ist.

Anders abwendbar ist der Leidenszustand, sofern die indirekte Sterbehilfe (§ 7) möglich ist oder wenn die betroffene Person in der Lage ist und ihr zugemutet werden kann, einen ärztlich assistierten Suizid (§ 5 Absatz 2) in Anspruch zu nehmen.¹⁸⁵

Die formellen Vorschriften aus § 8 Abs. 1 AMHE-SterbehilfeG erfordern die Inanspruchnahme einer Beratung bei einer ärztlichen Person oder einer zugelassenen Beratungsstelle, in der alternative Behandlungsmöglichkeiten sowie Versorgungsangebote, insbesondere die Palliativversorgung aufzuzeigen sind. Zudem ist über Art und Ablauf eines assistierten Suizids oder einer aktiven Sterbehilfe inklusive deren Konsequenzen aufzuklären. Eine Niederschrift der Beratung ist anzufertigen und von allen Beteiligten zu unterschreiben. Strenge Dokumentationsanforderungen aus § 9 AMHE-SterbehilfeG sollen die nachträgliche Überprüfbarkeit und Nachvollziehung des Vorliegens der Voraussetzungen ermöglichen. Letztlich regelt § 9 AMHE-SterbehilfeG, dass eine Kommission über das Vorliegen der Freiverantwortlichkeit entscheidet, die sich aus Experten verschiedener Disziplinen zusammensetzt. Als Kommissionsmitglieder sind nach Absatz 2 zwei unbeteiligte ärztliche Personen, eine Person mit Befähigung zum Richteramt, ein Psychotherapeut und ein Laie festgelegt. Die Strafbarkeit als solche ergibt sich erst in Verbindung mit § 15 AMHE-SterbehilfeG, der es unter Strafe stellt, entgegen der Voraussetzungen des § 6 AMHE-SterbehilfeG aktive Sterbehilfe vorzunehmen und den Strafrahmen des § 216 StGB dafür aufgreift.

¹⁸⁰ AMHE-SterbehilfeG, S. 59.

¹⁸¹ Schöch, ZRP 1986, 236 (238).

¹⁸² AMHE-SterbehilfeG, S. 59.

¹⁸³ Ebd.

¹⁸⁴ Ebd.

¹⁸⁵ AMHE-SterbehilfeG, S. 4 f.

Auch der Versuch soll strafbar bleiben.

VII. Reformfordernis und Umsetzung

Es wurden verschiedene Möglichkeiten, die Probleme um die Vorschrift des § 216 StGB anzugehen, vorgestellt. Doch welcher Umgang mit der Tötung auf Verlangen wird den Interessen der Betroffenen am besten gerecht und steht dabei im Einklang mit der Verfassung? Ist eine Reform erforderlich und wie wäre sie am besten umzusetzen? Diese Fragen werden in diesem letzten Abschnitt abschließend diskutiert.

1. Erforderlichkeit einer Reform

Für die Beibehaltung der Norm und damit die eine Ablehnung eines Reformfordernisses spricht, dass die Tötung einen nicht korrigierbaren Eingriff in das Rechtsgut Leben darstelle, der eine Differenzierung zu anderen Rechtsgütern gebiete.¹⁸⁶ Frühzeitiger strafrechtlicher Schutz sei deshalb insbesondere dann angebracht, wenn die Wahrscheinlichkeit der Verletzung des Rechtsguts Leben zwar gering sei, jedoch nicht völlig ausgeschlossen werden könne.¹⁸⁷ Ein empirischer Beweis gegen das drohende fortschreitende Aufweichen des Tötungsverbot wurde nicht geführt.¹⁸⁸ Im Gegenteil zeigt sich, dass eine solche systematische Ausweitung von Ausnahmetatbeständen in beispielsweise Belgien und den Niederlanden bereits vorliege.¹⁸⁹

Eine Beibehaltung der Norm im Istzustand kann jedoch nicht überzeugen. Das *BVerfG* hat sich ausdrücklich dafür ausgesprochen, dass das Recht auf selbstbestimmtes Sterben die Möglichkeit umfasst, die Hilfe Dritter bei der Tötung in Anspruch zu nehmen.¹⁹⁰ Ein pauschales Verbot aller Fremdtötungen, wie es in § 216 StGB normiert ist, widerspricht, wie von *Rostalski* erkannt, insoweit der in diesem Zusammenhang komplexen Interessenlage.¹⁹¹ Die Probleme bei der Anwendung des § 216 StGB führten bereits zu zahlreichen Unstimmigkeiten und Ausnahmen in der Rechtsprechung.¹⁹² Letztlich klingt es zwar edel, sich statt der Schaffung einer Möglichkeit der fremdausgeführten Lebensbeendigung darauf zu fokussieren, den Betroffenen ihr Leiden erträglich zu machen, indem Schmerztherapie und Pflege verbessert werden.¹⁹³ Jedoch wird dies dem Selbstbestimmungsrecht nicht gerecht und verkennt zugleich, dass dem Einzelnen das Recht auf selbstbestimmtes Sterben nicht abgesprochen werden darf, indem der Staat paternalistische Schutzvorschriften schafft.

Auch der *BGH* nimmt eine Beibehaltung der Norm unter verfassungskonformer Auslegung vor. Dabei stellt er mit seiner Einschränkung des Anwendungsbereichs richtigerweise fest, dass das in § 216 StGB enthaltene Tötungsverbot nicht mit dem verfassungsrechtlich garantierten Recht auf selbstbestimmtes Sterben vereinbar ist.¹⁹⁴ Allerdings unterfällt es weder seinem Aufgaben- noch seinem Kompetenzbereich, die Verfassungsmäßigkeit von § 216 StGB im Rahmen eines *obiter dictums* anzuzweifeln und als Konsequenz eine „ergebnisorientierte Scheinbegründung“¹⁹⁵ abzuliefern.¹⁹⁶ Die Überprüfung von Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit obliegt dem *BVerfG*,

¹⁸⁶ *Schoppe*, Bucerius Law Journal 2012, 107 (111).

¹⁸⁷ Ebd.

¹⁸⁸ Ebd.

¹⁸⁹ *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (602) unter Bezugnahme auf: Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge, online abrufbar unter: https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/Archiv/Stellungnahme_Selbstbestimmung_und_Fuersorge_am_Lebensende.pdf (zuletzt abgerufen am 14.9.2023), S. 30 ff.

¹⁹⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907), Rn. 208.

¹⁹¹ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).

¹⁹² S. dazu die Ausführungen unter IV – Verfassungswidrigkeit der Tötung auf Verlangen.

¹⁹³ *Dölling*, FS Laufs, 2006, S. 773.

¹⁹⁴ *BGH*, NJW 2020, 3021 (3023), Rn. 23.

¹⁹⁵ *Seifert*, HRRS 2023, 13 (16).

¹⁹⁶ Ebd.

damit Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit verhindert werden. Demzufolge wäre einzig richtig gewesen, eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 GG beim *BVerfG* anzustreben¹⁹⁷ und die Entscheidung im „Insulin-Fall“ solange auszusetzen. Die klare Festlegung, unter welchen Umständen eine Tötung durch Dritte erlaubt sein soll, obliegt allein dem Gesetzgeber und gerade nicht den Strafsenaten des *BGH*.¹⁹⁸ Darüber hinaus hat der *BGH* die Auslegung des § 216 StGB fehlerhaft vorgenommen. Eine Auslegung dahingehend, dass Fälle faktisch unmöglicher Eigendurchführung vom Tatbestand ausgenommen sind, entspricht nicht den Anforderungen an eine verfassungskonforme Auslegung. „Im Wege der Auslegung [darf] einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt, das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden.“¹⁹⁹ Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs müsste sich in den Voraussetzungen des § 216 StGB jedenfalls andeuten. Eine derartige Andeutung ist hier nicht gegeben. Der Gesetzgeber hat eine Beschränkung auf Fälle des unvernünftigen Sterbewunsches bewusst nicht vorgenommen, sondern absoluten Schutz vor Fremdtötungen angestrebt. Der *BGH* hat demnach eine Auslegung *contra legem* vorgenommen, die aus den genannten Gründen nicht überzeugen kann. Die Frage des „Ob“ einer Reform des § 216 StGB lässt sich folglich recht eindeutig bejahen.

2. Realitäten einer Reform

Offen bleibt noch, wie eine Reform am besten auszugestalten ist. Zur Lösung der Probleme der fehlenden Legitimation und den Konflikten mit der Verfassung erscheint die Streichung der Norm als einfachste und schnellste Lösung. Dem Vorschlag ist zuzugestehen, dass er Probleme lösen kann, dies gelingt aber nicht, ohne neue Probleme aufzuwerfen. § 216 StGB trägt einem gewichtigen Anliegen Rechnung. Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, ist Ausdruck der individuellen Autonomie²⁰⁰ und wegen seines Bezugs zur Menschenwürde besonders schutzwürdig. Wer diese Entscheidung durch Täuschung, Drohung oder andere Verhaltensweisen unzulässig herbeiführt oder beeinflusst, handelt verboten und verdient es, dafür bestraft zu werden.²⁰¹ Eine Streichung des § 216 StGB würde eine Strafbarkeitslücke für die Fälle zurücklassen, in denen das Vorliegen der Freiverantwortlichkeit sich rückwirkend nicht mehr feststellen lässt. Eine ersatzlose Streichung kann den Interessen der Beteiligten folglich nicht gerecht werden.

Eine Neuregelung des gesamten Systems der Sterbehilfe durch Ausgliederung der Regelungsmaterie in ein eigenständiges Sterbehilfegesetz bietet durch klare Voraussetzungen und Verfahrensvorschriften Rechtssicherheit für alle Beteiligten und ermöglicht aktive Sterbehilfe ohne Angst vor Strafe, vorausgesetzt die Voraussetzungen und Verfahrensvorschriften wurden eingehalten. Der Entwurf trägt zur Gewissheit bei, dass der Sterbewunsch auf einer freiverantwortlichen Entscheidung beruhte und dem tatsächlichen Willen des Sterbewilligen entsprach.²⁰² Zudem berücksichtigt er die Rechtsprechung des *BVerfG* zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben, die den Menschen als autonome Persönlichkeit definiert und anordnet, dass seine Entscheidung über die Beendigung seines Lebens von Gesellschaft und Staat zu akzeptieren und respektieren sei.²⁰³ Der Entwurf hinkt jedoch durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs. Das AMHE-SterbehilfeG sieht eine Beschränkung auf wenige Einzelfälle vor. So sollen nur Fälle erfasst sein, in denen der Sterbewillige nicht in der Lage ist, das Indiz für einen ernsthaften Sterbewillen

¹⁹⁷ Seifert, HRRS 2023, 13 (16).

¹⁹⁸ Ebd.

¹⁹⁹ BVerfGE 54, 277, Rn. 60.

²⁰⁰ BVerfG, NJW 2020, 905 (907), Rn. 208.

²⁰¹ Rostalski, JZ 2021, 477 (482).

²⁰² AMHE-SterbehilfeG, S. 36.

²⁰³ AMHE-SterbehilfeG, S. 55.

eigenhändig zu setzen, beispielsweise Fälle des sogenannten „Locked-in-Syndroms“, in denen Patienten weitestgehend handlungsunfähig sind.²⁰⁴ Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs ist auch hinsichtlich der durchführenden Person vorgesehen. Nur medizinisches Personal soll die aktive Sterbehilfe straffrei durchführen dürfen.²⁰⁵ Eine derartige Beschränkung mag zwar einem legitimen Zweck dienen, jedoch liegt dem Sterbewilligen möglicherweise etwas daran, dass die Tötung durch eine Person aus seinem nahen Umfeld durchgeführt wird. Sterbewillige haben ein berechtigtes Interesse an der freien Wahl der durchführenden Person, dass sich insbesondere auf Vertrauensschutz stützt. Der verfolgte Schutzzweck der Beschränkung auf medizinisches Personal lässt sich außerdem auch erreichen, wenn ein Arzt bei der Vorbereitung mitwirkt und sowohl Vorgehen als auch mögliche Folgen eines Misslingens verständlich erklärt. Letztlich stellt auch die Beschränkung auf Fälle der Beendigung nicht anders abwendbaren Leids eine Bewertung und Beschränkung der Motive des Sterbewilligen dar, die vom *BVerfG* ausdrücklich als unzulässig eingeordnet wurde.²⁰⁶ Aus demselben Grund kann auch die von *Hoerster* vorgeschlagene Schaffung eines Ausnahmetatbestandes für Fälle unheilbarer, lebensbeeinträchtigender Krankheit nicht überzeugen. Zudem stellt es sich als äußerst fraglich dar, wie es zu bemessen sei, ob ein Leben noch lebenswert ist oder nicht. Hierbei handelt es sich um eine subjektive Einschätzung, die nur der Sterbewillige selbst treffen kann. Wie „gewöhnliche Maßstäbe“²⁰⁷ aussehen sollen, unter denen ein Leben als nicht mehr lebenswert anzusehen ist, wird offengelassen. Es spielt jedoch auch keine Rolle, da eine derartige Pauschalisierung unter keinen Umständen überzeugen kann.

Wie gesehen, hinterließe eine Streichung des § 216 StGB eine Strafbarkeitslücke. Diese ließe sich durch eine Modifikation beseitigen, die das derzeitige Strafsystem um den Schutz abstrakter Gefahren für das Leben des Einzelnen durch eine spezifische Sanktionsnorm vorsieht.²⁰⁸ Wird das Kriterium der Freiverantwortlichkeit in den Fokus gerückt, müsse der Täter sich versichern, dass diese gegeben ist, ansonsten sei er nach § 216 StGB zu bestrafen.²⁰⁹ *Rostalski* gesteht ein, dass ihr Vorschlag zwar nicht das Problem um die Nachweisschwierigkeiten bezüglich des Vorliegens einer willensmangelfrei getroffenen Entscheidung löst, jedoch sieht sie in der Überführung des Täters auch nicht den Zweck von Strafnomen.²¹⁰ Diese sollen staatliche Organe zur Verfolgung von Straftaten ermächtigen.²¹¹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, jedoch würde dies den praktischen Anwendungsbereich des § 216 StGB so stark reduzieren, dass er seinem Schutzzweck nicht gerecht wird. Dem Vorschlag ist ferner zuzugestehen, dass eine Modifikation des § 216 StGB, die die Freiverantwortlichkeit zum zentralen Kriterium für die Frage nach der Strafbarkeit macht, die Mängel aus dem Weg räumt, die durch die Beibehaltung der Norm in seiner derzeitigen Fassung bestehen.²¹² Sterbewillige können das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf selbstbestimmtes Sterben bei Vorliegen von Freiverantwortlichkeit unter Zuhilfenahme eines Dritten ausüben, ohne dass diesem eine Bestrafung droht. Gleichzeitig schützt sie vor einer vollständigen Aufweichung des Tötungsverbots und trägt in spezifischer Weise dem Schutz der Freiverantwortlichkeit Rechnung, indem Bezug darauf genommen wird, dass bei bloßen Zweifeln am Vorliegen einer freiverantwortlichen Entscheidung eine Tötung nicht durchgeführt werden darf, da ansonsten eine Bestrafung erfolgt. Der Sterbehelfer kann einer Bestrafung andererseits aber entgehen, indem er sorgfältig prüft, ob Freiverantwortlichkeit gegeben ist. Damit liegt weder ein absolutes Verbot der Tötung auf Verlangen noch eine unzulässige Verdachtsstrafe vor.

²⁰⁴ AMHE-SterbehilfeG, S. 59.

²⁰⁵ Ebd.

²⁰⁶ *BVerfG*, NJW, 2020, 905 (907), Rn. 210.

²⁰⁷ *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1792).

²⁰⁸ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).

²⁰⁹ Ebd.

²¹⁰ Ebd.

²¹¹ Ebd.

²¹² Ebd.

Geklärt werden muss noch, ob eine Flankierung des modifizierten § 216 StGB mit formellen Verfahrensvorschriften den Interessen der Beteiligten gerecht werden kann. Zunächst ist festzustellen, dass selbst bei der Wahrung formeller Verfahrensvorschriften eine Bestrafung des Sterbehelfers nicht vollständig ausgeschlossen werden kann.²¹³ Von *Rostalski* richtig festgestellt, kann es für eine Bestrafung allein darauf ankommen, ob der Ausführende erkennen konnte, dass eine freiverantwortliche Entscheidung zur Beendigung des Lebens nicht vorlag.²¹⁴ Dies ist auch in Fällen denkbar, in denen der Sterbewillige das erforderliche Verfahren durchlaufen hat, beispielsweise kann er nach Verfahrensabschluss seine Meinung ändern oder im Verfahren Tatsachen vorgetäuscht haben, die auf einer unzulässigen Beeinflussung im Vorfeld beruhen. Starre sowie lange Wartezeiten tragen das Risiko in sich, den Einzelnen zur Vermeidung der Wartezeit in Formen des Suizids zu treiben, die sich mit seinen Vorstellungen von einem würdevollen und schmerzfreien Tod nicht decken.²¹⁵ Sie könnten auch den Eindruck erwecken, dass das Verfahren dazu dient, indirekt zum Ausdruck zu bringen, dass die Unterstützung von Selbsttötungen durch Dritte nicht erwünscht ist und deshalb durch Verzögerungen in den meisten Fällen verhindert werden soll.²¹⁶ Eine Absicherung der Freiverantwortlichkeit durch die Einführung eines formellen Verfahrens würde jedoch dazu beitragen, das Erkenntnisdefizit hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens eines freiverantwortlich gebildeten Sterbewunsches zu reduzieren. Dem Durchführenden kann nicht unterstellt werden, ein solcher habe nicht vorgelegen, da wenigstens eine weitere Kontrollinstanz den Sterbewilligen auf seine Freiverantwortlichkeit hin untersucht hat. Die Selbstschutzargumente der paternalistischen Legitimationsansätze sind zwar nicht dazu geeignet ein absolutes Verbot der Tötung auf Verlangen zu rechtfertigen, jedoch liefern sie ein überzeugendes Argument dafür, dies jedenfalls für den Zeitraum einer Überlegungsfrist zuzulassen.²¹⁷

Eine Ergänzung um ein formelles Verfahren ist folgerichtig. Es ist jedoch in besonderem Maße darauf zu achten, dass das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird und ihm der erforderliche Entscheidungsspielraum bezüglich der Umsetzung seines Sterbewillens verbleibt. Wartezeiten sind, wenn überhaupt vorgesehen, kurz zu bemessen. Der Fokus sollte auf Beratungsgespräche gelegt werden, die dem Sterbewilligen Handlungsalternativen aufzeigen und der Erforschung des Vorliegens der Freiverantwortlichkeit dienen. Sie müssen aber zwingend ergebnisoffen sein und dürfen weder bevormunden noch von der Ausstellung einer Bescheinigung abhängig gemacht werden. Nur so kann der Sterbewillige sich öffnen und fühlt sich ernstgenommen.

VIII. Fazit

Beim Verbot der Tötung auf Verlangen aus § 216 StGB handelt es sich um eine Vorschrift, die nicht legitimiert werden kann. Die Norm in seiner geltenden Fassung steht mit der Verfassung nicht in Einklang und deckt sich jedenfalls in der heutigen Zeit nicht mit den Interessen und Bedürfnissen der Gesellschaft. In einem Rechtsstaat, in dem das Strafrecht als schärfstes Schwert die *Ultima Ratio* darstellt, dürfen verfassungswidrige Strafvorschriften ohne Legitimation keine Anwendung finden. Spätestens durch die Entscheidung des *BGH* vom 28.6.2022 hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, dass die Norm seinem Wortlaut nach nicht mehr anzuwenden ist. Dass seitdem weder eine Stellungnahme noch eine Reaktion des Gesetzgebers erfolgte, ist unverständlich und nicht hinnehmbar.

²¹³ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).

²¹⁴ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (482).

²¹⁵ *Rostalski*, JZ 2021, 477 (483).

²¹⁶ Ebd.

²¹⁷ *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671 (694).

Eine Reform des § 216 StGB ist dringend erforderlich. Diese muss dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG in besonderer Weise Rechnung tragen. Das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen über die Beendigung seines Lebens muss für diesen unter Zuhilfenahme Dritter auszuüben sein. Dabei sind Einschränkungen des Anwendungsbereichs weder in Bezug auf die durchführende Person noch hinsichtlich bestimmter Motive, auf denen der Sterbewille basiert, vorzunehmen. Es ist unerlässlich, dass die freiverantwortliche und ohne Willensmängel getroffene Entscheidung des Sterbewilligen das zentrale Kriterium für die Strafbarkeit darstellt. Die Abgrenzung von strafbarer und strafloser Unterstützung beim Umsetzen des Sterbewunsches darf nicht von Zufälligkeiten abhängig gemacht werden, sondern muss aus Gründen der Rechtssicherheit und des Bestimmtheitsgrundsatzes vom Gesetzgeber unmissverständlich gesetzlich geregelt werden. Lücken in der Strafbarkeit sind zu vermeiden. Dem wird als einziger der Vorschlag von *Rostalski* gerecht. Dieser löst jedoch nicht das Problem der Nachweisschwierigkeiten bezüglich der Freiverantwortlichkeit des Sterbewilligen. Diese ist gesondert sicherzustellen, indem ein formelles Verfahren entwickelt wird, das vor ungewollter und willensmangelbehafteter Fremdtötung schützt, dabei aber gleichzeitig die Rechte des Betroffenen in besonderem Maße berücksichtigt und ihn weder bevormundet, noch ihm das Gefühl vermittelt, sein auf die Beendigung seines Lebens gerichteter Wille werde nicht respektiert, akzeptiert oder ernst genommen.

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

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Clara Venator

(Härtere) Bestrafung von Klimaaktivisten?

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 15.5.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	94
II. Wie können Klimaaktivisten bestraft werden?	95
1. <i>Protestformen</i>	95
2. <i>Klimaaktivisten und ziviler Ungehorsam</i>	96
a) <i>Die Proteste von Klimaaktivisten als ziviler Ungehorsam?</i>	96
b) <i>Strafrechtsdogmatische Einordnung</i>	97
aa) <i>Allgemeine Einordnung</i>	97
bb) <i>Rechtfertigungsausschluss mangels Rechtfertigungsabsicht?</i>	98
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	99
3. <i>Strafrechtliche Möglichkeiten</i>	99
a) <i>Einschlägige Straftatbestände</i>	99
b) <i>Rechtswidrigkeit</i>	100
aa) <i>Rechtfertigungsgründe</i>	100
bb) <i>Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB</i>	101
c) <i>Schuld</i>	101
aa) <i>Allgemeine Entschuldigungsgründe</i>	101
bb) <i>Entschuldigung durch eine Gewissenstat</i>	102
d) <i>Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO</i>	103
e) <i>Erwägungen der §§ 46 ff. StGB</i>	104
4. <i>Zwischenergebnis</i>	104
a) <i>Aktuelle Bestrafung von Klimaaktivisten</i>	104
b) <i>Mögliche Strafverschärfungen für Klimaaktivisten</i>	104
c) <i>Mögliche Strafflosigkeit von Klimaaktivisten</i>	105
III. Wie sollten Klimaaktivisten bestraft werden?	105
1. <i>Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik</i>	105
2. <i>Verfassungsrechtliche Anforderungen</i>	106
a) <i>Klimaschutz als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG</i>	106
b) <i>Grundrechte</i>	106
aa) <i>Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG</i>	106
bb) <i>Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG</i>	108
cc) <i>Strafe als ultima ratio</i>	110
3. <i>Bewertung der strafrechtlichen Möglichkeiten</i>	111
a) <i>Strafverschärfungen</i>	111
b) <i>Absehen von Strafe</i>	112
IV. Ergebnis: (Härtere) Bestrafung von Klimaaktivisten?	112
1. <i>Unangemessenheit von pauschalen Strafverschärfungen</i>	113
2. <i>Bestrafung von Klimaaktivisten als Frage der Schuld</i>	113
3. <i>Fazit und Ausblick</i>	114

I. Einleitung

Am 21. Januar 2022 begannen Aktivisten¹ der *Letzten Generation* mit Autobahnblockaden in Berlin um „den Druck zu erhöhen“.² Sie forderten insbesondere ein Gesetz gegen Lebensmittelverschwendung, später auch ein Tempolimit auf den Autobahnen, ein bundesweites 9-Euro-Ticket und die Einrichtung eines Gesellschaftsrates.³ In den folgenden Wochen weitete die *Letzte Generation* die Blockaden deutschlandweit aus.⁴ Die Handlungen konzentrierten sich dabei zunächst und insbesondere auf eine Blockade der Infrastruktur, überwiegend von Straßen, aber auch von Pipelines oder Flughäfen. Bald wurden auch Kunst und Kultur Gegenstand der Aktionen. Hierbei ging es insbesondere um das Festkleben an Kunst- und Kulturobjekten bzw. eine anderweitige Nutzung oder Beschädigung dieser⁵ und das Stören von kulturellen Veranstaltungen. Schließlich richteten sich die Proteste gezielt gegen Einrichtungen und Veranstaltungen der Bundesregierung.⁶ Eine statistische Erfassung der Fälle existiert nicht.⁷ Als grober Rahmen ist anzugeben, dass Stand Januar allein in Berlin 2.700 Strafanzeigen gezählt wurden⁸ und dass die politisch motivierte Kriminalität im Bereich „Klima und Umwelt“ im Jahr 2022 gegenüber 2021 um 72,98 % gestiegen ist.⁹ Auch die Verkündung von „Klimaterroristen“ als Unwort des Jahres 2022 zeigt die Bedeutung dieser Aktionen für den gesellschaftlichen Diskurs:

„Pressemitteilung der sprachkritischen Aktion ‚Unwort des Jahres‘

*Mit dem Ausdruck Klimaterroristen wird im öffentlich-politischen Diskurs pauschal Bezug auf Akteur*innen genommen, die sich für die Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen [...] einsetzen. [...] Die Jury kritisiert die Verwendung des Ausdrucks, weil Klimaaktivist*innen mit Terrorist*innen gleichgesetzt und dadurch kriminalisiert und diffamiert werden. [...] Der Ausdruck Klimaterroristen reiht sich in ein Netz weiterer Unwörter ein, die dazu dienen, die Aktivist*innen und deren Ziele [...] in den Kontext von Gewalt [...] zu stellen.“¹⁰*

Aus juristischer Perspektive stellt sich die Frage, ob die Kritik der Jury gerechtfertigt ist: Werden Klimaaktivistinnen durch eine Bezeichnung als „Terroristen“ erst kriminalisiert? Wird ihnen dadurch in diffamierender Weise die Ausübung von Gewalt unterstellt? Oder ist diese Bezeichnung nur eine Überspitzung für die korrekte Bezeichnung der Klimaaktivisten als Straftäter?

In den Kontext dieser Diskussion reiht sich auch die vorliegende Arbeit ein. Mit dem Thema „(Härtere) Bestrafung von Klimaaktivisten?“ sind dabei zwei Fragestellungen verbunden, die in dieser Arbeit beantwortet werden sollen. Zunächst handelt es sich um die Frage, ob Klimaaktivistinnen härter bestraft werden sollen.¹¹ Das meint eine Strafschärfung, die durch legislative Veränderungen des StGB oder eine Veränderung der Strafzumessung durch

¹ Werden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit lediglich in der männlichen oder weiblichen Form verwendet, so schließt dies jeweils alle Geschlechter ein.

² Pressemitteilung der Letzten Generation, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/presse/pressemitteilungen> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

³ Vgl. Die Forderungen der Letzten Generation sind online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/forderungen/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

⁴ Vgl. Pressemitteilung, vgl. hier und für die folgenden Beispiele, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/presse/pressemitteilungen> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

⁵ Bspw. Werfen von Kartoffelbrei ein Gemälde, Aufhängen eines Banners auf dem Brandenburger Tor, Schütten von Farbe auf das Monument der Grundrechte in Berlin.

⁶ Bspw. wurden Feueralarme in Regierungsgebäuden ausgelöst und eine Baustelle samt Presslufthammern vor dem Verkehrsministerium inszeniert, vgl. Pressemitteilung, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/presse/pressemitteilungen> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

⁷ Vgl. BT-Drs. 20/1475, S. 6; BT-Drs. 20/5056, S. 7.

⁸ Vgl. *Hüber*, Stellungnahme der GdP zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929594/7e826cbf294029032f24f384d49bbb89/Stellungnahme-Hueber-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023), S. 1.

⁹ Vgl. Bundesministerium des Innern und für Heimat, Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2022, online abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/nachrichten/2023/05/pmk2022-factsheets.pdf;jsessionid=D43323591592F50A84DAF799EEBE4F75.2_cid369?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt abgerufen am 19.9.2023), S. 17.

¹⁰ Vgl. www.uni-marburg.de/de/aktuelles/news/2023/klimaterroristen-ist-das-unwort-des-jahres (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹¹ Also das Thema in der Form: „Härtere Bestrafung von Klimaaktivisten?“.

die Gerichte umgesetzt werden könnte. Grundlage für die vorgeschlagenen Strafverschärfungen bildet dabei insbesondere ein Antrag der CDU/CSU-Bundestagsfraktion von November 2022.¹² Zweitens soll die Frage behandelt werden, ob Klimaaktivisten überhaupt bestraft werden sollen.¹³ Dies meint jedoch nicht die Streichung von eventuell einschlägigen Straftatbeständen, sondern eine Prüfung der Strafwürdigkeit und Strafbarkeit *de lege lata*.

Um dieser Arbeit einen sinnvollen und dem Umfang angemessenen Rahmen zu geben, ist eine Eingrenzung der Protestformen nötig, die Gegenstand der Untersuchung sein sollen. Dies geschieht zu Beginn des ersten Teils der Arbeit. Sodann müssen die Möglichkeiten, diese Proteste zu bestrafen, herausgestellt werden. Eine viel diskutierte Rolle spielt dabei auch der zivile Ungehorsam.¹⁴ Der Untersuchung vorangestellt ist daher eine Einordnung der Proteste in das Konzept des zivilen Ungehorsams und eine strafrechtsdogmatische Einordnung des zivilen Ungehorsams selbst.

Die Frage nach einer „härteren“ Bestrafung ergibt außerdem nur im Kontext der bisher erfolgten Bestrafungen Sinn, die daher die Grundlage des ersten Teils dieser Arbeit bilden. Dieser dient insgesamt dazu, einerseits Anknüpfungspunkte für mögliche Verschärfungen der Bestrafung von Klimaaktivisten zu finden und andererseits Anknüpfungspunkte zu finden, an denen eine Bestrafung scheitern könnte.

Die im ersten Teil herausgestellten Anknüpfungspunkte werden im zweiten Teil der Arbeit bewertet. Dabei finden vor allem die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bestrafung Berücksichtigung. Anhand dieser kann eine Bewertung der Straf(verschärfungs)möglichkeiten vorgenommen werden. Zum Schluss soll damit eine Beantwortung der Frage nach härterer Bestrafung einerseits und andererseits nach Bestrafung überhaupt möglich sein.

Der Fokus liegt dabei stets auf der aktuellen, zu Beginn beschriebenen Situation. Ziel ist es, in Hinblick auf diese tatsächlichen Gegebenheiten angemessene Antworten auf die beiden Fragestellungen dieser Arbeit zu finden.

II. Wie können Klimaaktivisten bestraft werden?

1. Protestformen

Wie eingangs dargelegt, sind die Aktionen der Klimaaktivisten, die aktuell und strafrechtlich relevant sind, vielfältig. Neben der genannten *Letzten Generation* sind auch viele andere Gruppen aktiv.¹⁵ Im Kontext der strafrechtlich relevanten Handlungen sind außerdem das sogenannte „Containern“ und Besetzungen von klimarelevanten Orten immer wieder der medialen und kriminalpolitischen Diskussion ausgesetzt.¹⁶ Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich dennoch auf die in Deutschland einerseits neuen, andererseits mittlerweile typischen Aktionsformen, die seit Anfang 2022 insbesondere von Aktivisten der *Letzten Generation* ausgeführt und in den Medien gerne unter einem Stichwort wie „Kleber und Kartoffelbrei“¹⁷ zusammengefasst werden. Ist im Folgenden von „Aktionen“, „Handlungen“ oder „Protesten“ die Rede, sind solche Situationen gemeint:

¹² Vgl. BT-Drs. 20/4310. Der Bundestag hat den Antrag im April 2023 abgelehnt, vgl. www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw03-pa-recht-926948 (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹³ Also das Thema in der Form: „Bestrafung von Klimaaktivisten?“.

¹⁴ Vgl. in der Rechtsprechung z.B. *OLG Celle*, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, NStZ 2023, 113 (113); in der wissenschaftlichen Diskussion *Rönnau*, JuS 2023, 112; *Honer*, JuS 2023, 408; in der politischen und medialen Diskussion z.B. Ungehorsam, aber zivil, online abrufbar unter: <https://taz.de/Letzte-Generation/!5898641/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); *Rülke* zu Letzte Generation: „Kein ziviler Ungehorsam“, online abrufbar unter: <https://sueddeutsche.de/panorama/jahreswechsel-stuttgart-ruelke-zu-letzte-generation-kein-ziviler-ungehorsam-dpa-urn-newsml-dpa-com-20090101-221231-99-61321> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹⁵ Zu nennen ist insb. die *For-Future*-Bewegung, *Extinction Rebellion* oder *Ende Gelände*.

¹⁶ Vgl. zum Containern zuletzt BT-Drs. 20/4421; vgl. *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231.

¹⁷ *Montag*, Kleber und Kartoffelbrei: Rechtliche und gesellschaftliche Einordnung der Klimaproteste, online abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/kleber-und-kartoffelbrei-rechtliche-und-gesellschaftliche-einordnung-der-klimaproteste> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023).

Klimaaktivisten setzen sich im Berufsverkehr auf vielbefahrene Straßen, Kreuzungen oder Autobahnabfahrten. Einige von ihnen kleben sich zusätzlich mit Sekundenkleber am Asphalt fest. In Folge der Blockaden kommt es jeweils zu mehrere Stunden andauernden Staus und Verkehrsbehinderungen.

oder:

Klimaaktivisten werfen Flüssigkeiten wie Kartoffelpüree, Tomatensuppe oder schwarze Farbe auf ein wertvolles Gemälde in einem Museum, das mit einer Glasscheibe vor Beschädigungen geschützt ist oder kleben ihre Hände mit Sekundenkleber an einem Kunstobjekt fest.

Konstellationen, in denen durch die Aktionen kausal und vorsätzlich oder fahrlässig Menschen zu Schaden kommen, sind – auch wenn sie medial verständlicherweise eine hohe Aufmerksamkeit erregen – Ausnahmefälle und sollen hier daher nicht behandelt werden.¹⁸ Verurteilungen gibt es zu diesen Fällen noch nicht und in dem Präzedenzfall von November 2022¹⁹ – wurde keine Anklage wegen Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten erhoben.²⁰ Auch eine Bestrafung für andere schwere Straftaten (§§ 315, 315b, 316b, 323c Abs. 2 StGB) ist wohl kaum umstritten und wird hier nicht vertieft.²¹

2. Klimaaktivisten und ziviler Ungehorsam

a) Die Proteste von Klimaaktivisten als ziviler Ungehorsam?

Der zivile Ungehorsam ist vor allem ein philosophisches Konzept, aber auch das BVerfG hat sich bereits damit auseinandergesetzt.²² Im Folgenden sollen die Kernelemente, die sich in den Jahrzehnten der Theorienbildung als maßgeblich erwiesen haben, dargestellt werden:

- (1) Die Handlung muss ein bewusst gesetzeswidriges Verhalten darstellen.²³
- (2) Es besteht Bereitschaft, die Folgen des Gesetzesbruchs in Kauf zu nehmen.²⁴ Dazu gehört auch die Akzeptanz einer Strafe.²⁵
- (3) Es muss (objektiv) eine Situation vorliegen, in der der Staat ein grundlegendes moralisches Prinzip verletzt und somit ein Zustand von Unrecht herrschen. Der Protest ist also ethisch-normativ begründet.²⁶

¹⁸ Vgl. für hypothetische Untersuchungen zu diesen Fällen *Fischer*, Müssen „Klima-Kleber in den Knast“?, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-an-fischer-toetungsvorsatz-vorsatz-betonmischer-klimaaktivisten-knast/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023); *Leitmeier*, Jm 2023, 38 (38 ff.); *Lund*, NStZ 2023, 198 (201 f.); *Reisch/Festerling*, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹⁹ Vgl. etwa Stau durch Klimaprotest? Radfahrerinnen nach Unfall in Berlin gestorben, online abrufbar unter: <https://zdf.de/nachrichten/panorama/berlin-radfahrerinnen-tot-unfall-klimaaktivisten-100.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

²⁰ Vgl. Pressemitteilung, Keine strafrechtliche Verantwortung von Klimaschützern für Tod einer Radfahrerinnen, online abrufbar unter: <https://berlin.de/generalstaatsanwaltschaft/presse/pressemitteilungen/2023/pressemitteilung.1312899.php> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

²¹ Vgl. zur ausführlicheren Untersuchung der Strafbarkeit *Reisch/Festerling*, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

²² Etwa BVerfGE 73, 206 (250 f.); Vgl. zur historischen Einordnung des zivilen Ungehorsams *Eidam*, JZ 2023, 224 (226 ff.); *Honer*, JuS 2023, 408 (409 ff.).

²³ Vgl. BVerfGE 73, 206 (250); auch *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, 2017, S. 216; *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, S. 401 f.; *Thoreau*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 49.

²⁴ Vgl. *Ghandi*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 75; *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 216; *King*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 89; *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 403; *Schüler-Springorum*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 79; *Thoreau*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 50.

²⁵ Vgl. *Thoreau*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 51 der plastisch schreibt, dass bei zivilem Ungehorsam, „der einzig richtige Ort für einen gerechten Menschen [...] das Gefängnis“ sei.

²⁶ Vgl. BVerfGE 73, 206 (250); *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 215; *King*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 87 f.; auch schon *Thoreau*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 45.

- (4) Es handelt sich um Akte des öffentlichen Protestes gegen dieses Unrecht.²⁷ Das heißt, der Protest befasst sich thematisch mit einem öffentlichen Anliegen und ist dabei auf die (Wieder-)Herstellung eines moralischen Zustandes gerichtet.²⁸ Durch die öffentliche Wahrnehmbarkeit werden Akte des zivilen Ungehorsams zu einem Appell an die Allgemeinheit.²⁹
- (5) Die Handlungen sind gewaltfrei.³⁰ Dadurch findet eine Abgrenzung zu terroristischen Akten statt, sodass Gewalt in einem alltagssprachlichen Verständnis als „rohe, körperliche Kraft“ zu verstehen ist.³¹
- (6) Der zivile Ungehorsam ist systemimmanent.³² Die Umsetzung des Protestziels soll mit rechtsstaatlichen, gerechten Mitteln geschehen und besteht nicht in einer „Lähmung staatlicher Funktionen“³³ sondern in einer Verwirklichung des geltenden Rechts.³⁴

Sodann ist zu erwägen, ob die Aktionen der Klimaaktivisten tatsächlich zivilen Ungehorsam darstellen. Bei den hier relevanten Aktionen ist das Vorliegen einiger Kernelemente wohl kaum umstritten. Die Systemimmanenz ist dabei besonders hervorzuheben, da die Aktivisten ja gerade ein Handeln des Gesetzgebers fordern.³⁵ Es stellt sich aber die Frage, ob mit der verfassungsgerichtlich festgestellten Verletzung der Klimaschutzziele³⁶ eine ausreichende Situation staatlichen Unrechts gegeben ist. *Pietsch*, der das mit dem Argument bezweifelt, dass die Mittel, die von Regierung bzw. Gesetzgebung zur Bewältigung des Klimawandels gewählt wurden, vollkommen ungeeignet sein müssten und derzeit nur eine Optimierung gefordert würde,³⁷ ist nicht zu folgen. Denn schon wegen der Systemimmanenz der Proteste kann es nur um Optimierung gehen. Die Aktionen der Klimaaktivisten fallen in der Regel unter den zivilen Ungehorsam. Die genannten Kernelemente dessen sind damit auch Kernelemente der Proteste, die den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt werden.

b) Strafrechtsdogmatische Einordnung

aa) Allgemeine Einordnung

Für Handlungen des zivilen Ungehorsams gibt es im deutschen Strafrecht keinen per se einschlägigen Straftatbestand. Andererseits sind Akte, die unter die Definition des zivilen Ungehorsams fallen, nicht grundsätzlich strafrei. Das deutsche Strafrecht kennt einen solchen Tatbestandsausschluss nicht.³⁸ Der Tatbestand ist lediglich der

²⁷ Vgl. BVerfGE 73, 206 (250 f.); *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 403; durch die Öffentlichkeit wird der Protest symbolisch, vgl. *Ghandi*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 72.

²⁸ Vgl. *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 145.

²⁹ Vgl. *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 63; *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 402.

³⁰ Besonders deutlich bei *Ghandi*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 72; vgl. auch *Ghandi*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 76; vgl. auch BVerfGE 73, 206 (251); *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 146 f.; *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 401; *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 216.

³¹ So die Definition im DWDS, online abrufbar unter: <https://dwds.de/wb/Gewalt> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); vgl. auch *Braune*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 18; *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 62 f.

³² Vgl. *Eidam*, JZ 2023, 224 (228); *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 399 ff.

³³ BVerfGE 73, 206 (251).

³⁴ Vgl. *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 402 f.; *Braune*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 16 f. Ziviler Ungehorsam beruft sich damit entgegen der Kritik von *Hassemer*, in: FS Wassermann, 1985, S. 339 gerade nicht auf „besseres“ oder „überpositives“ Recht.

³⁵ So *Leitmeier*, JZ 2023, 224 (228).

³⁶ Vgl. BVerfGE 157, 30 ff; s.u. III. 2. a) – Klimaschutz als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG.

³⁷ Vgl. *Pietsch*, Kriminallistik 2023, 137 (142).

³⁸ Für einen generellen Tatbestandsausschluss vgl. *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 146, die in der Öffentlichkeit eine grundsätzliche Abgrenzung zur Kriminalität sieht; *Gesang*, KlimR 2022, 147 (147), der Akte des zivilen Ungehorsams als Gegenbegriff zum Rechtsbruch bezeichnet.

objektive Anknüpfungspunkt für jegliches Verhalten. Alle in Frage kommenden Straftatbestände sind daher unabhängig vom Konzept des zivilen Ungehorsams auf ihre Einschlägigkeit zu prüfen.³⁹

Denkbar ist ferner, den zivilen Ungehorsam als Rechtfertigungsgrund anzuwenden. Das würde heißen, dass die Tat gerechtfertigt ist, sobald sie zivilen Ungehorsam darstellt. Zwar besteht grundsätzlich kein abgeschlossener Katalog von Rechtfertigungsgründen.⁴⁰ Allerdings spricht schon ein Umkehrschluss aus Art. 20 Abs. 4 GG, dessen strenge Voraussetzungen dann umgangen würden, gegen eine Rechtfertigung aus zivilem Ungehorsam selbst.⁴¹ Außerdem würde es dem Zweck der Rechtfertigungsgründe entgegen laufen, wenn ein bewusst gesetzeswidriges Verhalten, das mit der Intention begangen wird, dessen Folgen zu tragen, als solches eine Rechtfertigung oder Entschuldigung darstellen würde.⁴² Insofern ist *Hassemer* nicht zuzustimmen, der das Ziel des zivilen Ungehorsams damit beschreibt, dass „die Verletzung des Nötigungsverbots [...] ausnahmsweise erlaubt sein“⁴³ soll. Der zivile Ungehorsam fordert gerade nicht, eine Strafe zu verhindern.⁴⁴

bb) Rechtfertigungsausschluss mangels Rechtfertigungsabsicht?

Einer Rechtfertigung der Aktionen könnte vielmehr grundsätzlich entgegenstehen, dass die Klimaaktivisten gewissermaßen nicht gerechtfertigt sein wollen, weil das Tragen der Folgen ein Kernelement des zivilen Ungehorsams ist. Ob eine solche Rechtfertigungsabsicht für die Rechtfertigung notwendig ist, wird uneinheitlich beantwortet. Verbreitet wird die Kenntnis der Rechtfertigungslage als ausreichend für das Greifen des Rechtfertigungsgrundes erachtet.⁴⁵ Dafür spricht, dass diese zur Neutralisierung des durch die Erfüllung des Tatbestands begründeten (Handlungs-)Unrechts ausreichend ist und dass ansonsten eine unzulässige Gesinnungsstrafe die Folge wäre. Für die Annahme einer Rechtfertigungsabsicht wird hingegen angeführt, dass eine Rechtfertigung in manchen Fällen unbillig erscheint.⁴⁶ So scheint es unlogisch, wenn der Klimaaktivist durch seine Handlung die Strafe gewissermaßen „will“, andererseits aber gerechtfertigt ist. Dem kann allerdings – auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes *in dubio pro reo* – entgegengehalten werden, dass auch Gesetzesverstöße außerhalb des Strafrechts möglich sind, die die Klimaaktivisten „wollen“ können.⁴⁷ Der vermeintliche Widerspruch ist also kein die Rechtfertigung ausschließender Widerspruch, sondern Folge dessen, dass es in Deutschland gerade kein Gesinnungs- sondern ein Tatstrafrecht gibt. Ist die Tat objektiv gerechtfertigt, folgt somit auch aus einem Bestrafungswillen keine Bestrafungsmöglichkeit.

³⁹ Vgl. *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. IV, 4. Aufl. (2021), § 240 Rn. 142; mit Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG *Kröpil*, JR 2011, 283 (284); auch *Radtko*, in: Strafrecht in der Zeitenwende, 2010, S. 81; *Rönnau*, JuS 2023, 112 (113); *Schüler-Springorum*, in: Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, S. 82.

⁴⁰ Vgl. etwa *Heinrich*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 327 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 32 ff. Rn. 28.

⁴¹ Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. (2023), § 27 Rn. 1185; *OLG Celle*, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22; NStZ 2023, 113 (113); *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841 Rn. 14; *Schwarz*, NJW 2023, 275 (278); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (403).

⁴² Vgl. BVerfGE 73, 206 (252); *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, Ur. vom 30.1.2023 – 3 Cs 244 Js 98266/22 Rn. 14; *AG Heilbronn*, BeckRS 2023, 7646 Rn. 35; *Fischer*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fc4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 3; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2020), § 16 Rn. 55 mit Verweis auf das Demokratieprinzip.

⁴³ *Hassemer*, in: FS Wassermann, S. 335.

⁴⁴ Die geforderte Legitimierung ist vielmehr auf moralischer Ebene zu sehen; vgl. auch *Honer*, JuS 2023, 408 (411).

⁴⁵ Vgl. etwa *Momsen/Savic*, in: BeckOK-StGB, 56. Ed. (Stand 1.2.2023), § 32 Rn. 46; *Erb*, JuS 2010, 108 (113); vgl. *Neumann*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 34 Rn. 106; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 14, 48.

⁴⁶ Vgl. *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, §§ 32 ff. Rn. 98.

⁴⁷ Vgl. auch *Schüler-Springorum*, in: Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, S. 77.

cc) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des Tatbestands, der Rechtfertigungs- und auch der Entschuldigungsgründe müssen für jeden Einzelfall gesondert geprüft werden.⁴⁸ Insofern ist Justizminister *Marco Buschmann* zuzustimmen, der am 9. Februar 2022 twitterte: „Ziviler Ungehorsam ist im deutschen Recht weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgrund.“⁴⁹ Es ist aber auch nicht haltbar, in Fällen des zivilen Ungehorsams die Rechtfertigung oder Entschuldigung ex ante zu versagen.⁵⁰ Mithin gibt es kein Sonderstrafrecht bei zivilem Ungehorsam.⁵¹

3. Strafrechtliche Möglichkeiten

a) Einschlägige Straftatbestände

Die Frage nach einer (härteren) Bestrafung von Klimaaktivistinnen ist eine Frage, die sich nur im Kontext der tatsächlichen Bestrafungen sinnvoll beantworten lässt. Die folgenden Ausführungen berücksichtigen daher bisherige Gerichtsentscheidungen (Stand: 15.5.2023).

In Betracht kommt im Rahmen der Straßenblockaden vor allem eine Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB.⁵² Die Gewalt kann nach dem von *BGH* und *BVerfG* mehrfach bestätigten Gewaltbegriff bejaht werden, eventuell in mittelbarer Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁵³ Auch was bei zivilem Ungehorsam gewaltfrei ist, kann somit bei der Nötigung Gewalt darstellen.⁵⁴ Das absichtlich abgenötigte Verhalten ist sodann das Stehenbleiben der Fahrzeuge.⁵⁵ Eine Strafbarkeit nach § 113 StGB wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte ist insbesondere wegen des engeren Gewaltbegriffs meist nicht einschlägig.⁵⁶

Im Zusammenhang mit den Taten rund um Kunst- und Kulturgegenstände können Sachbeschädigungsdelikte nach den §§ 303, 304 StGB vorliegen.⁵⁷ Dabei ist zu beachten, dass die beworfenen Gemälde meist durch Glasscheiben geschützt sind, sodass die Gemälde selbst nicht beschädigt werden.⁵⁸ Durch Lebensmittel und Kleber kann es jedoch zu Substanzverletzungen an den Rahmen kommen.⁵⁹ Oft ist auch der Hausfriedensbruch nach § 123 StGB einschlägig.⁶⁰

⁴⁸ So auch BT-Drs. 20/6481, *Honer*, JuS 2023, 408 (413); *Sinn*, in: MüKo-StGB, § 240 Rn. 142; *Schüler-Springorum*, in: Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, S. 82.

⁴⁹ Online abrufbar unter: <https://twitter.com/MarcoBuschmann/status/1491509094250864645> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

⁵⁰ Vgl. für solch einen kategorischen Verweis auf die §§ 153, 153a StPO etwa *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn. 41a.

⁵¹ So *Höffler*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929326/6ed2be683fcab049352f4b3789542a6a/Stellungnahme-Hoeffler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 2.

⁵² Vgl. zu den Verurteilungen exemplarisch *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38216; *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, Urt. vom 30.1.2023 – 3 Cs 244 Js 98266/22; *AG München*, BeckRS 2022, 43645; vgl. auch *Preuß*, NVZ 2023, 60 (66 f.).

⁵³ Sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“, vgl. BGHSt 41, 182; *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05; *BVerfGE* 104, 92 (101 f.); *BVerfGE* 92, 1 (18); *Lund*, NStZ 2023, 198 (198); *Reisch/Festerling*, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (402); kritisch dazu *Leitmeier*, jM 2023, 38 (40 f.); *Mlodoch*, AnwBl 2022, 594; *Sinn*, NJW 2002, 1024 (1024 ff.).

⁵⁴ Vgl. zu den Gewaltbegriffen *Dreier*, in: Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, S. 62 f.; *Schüler-Springorum*, in: Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, S. 83 f.

⁵⁵ Vgl. *Preuß*, NVZ 2023, 60 (66); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (403).

⁵⁶ Vgl. *AG Berlin-Tiergarten*, BeckRS 2022, 31817 Rn. 2 ff.; *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841 Rn. 15; *Furtwängler*, KJ 2023, 132 (135 f.); *Preuß*, NVZ 2023, 60 (65 f.); *Reisch/Festerling*, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (402).

⁵⁷ Vgl. etwa *OLG Celle*, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, NStZ 2023, 113 (113).

⁵⁸ Vgl. etwa *Lehming*, Klimaaktivisten attackieren Kunstwerke? Der Kartoffelbrei trifft doch nur eine Glasscheibe, online abrufbar unter: <https://tagesspiegel.de/meinung/kartoffelbrei-auf-glasscheibe-klimaaktivisten-verursachen-als-ob-empörung-8799535.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

⁵⁹ Vgl. *Reisch/Festerling*, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

⁶⁰ Vgl. *Reisch/Festerling*, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); auch *AG Flensburg*, BeckRS 2022, 34906; *AG München*, BeckRS 2022, 41330 Rn 38.

Schließlich wird eine Strafbarkeit wegen Bildung krimineller Vereinigungen nach § 129 StGB diskutiert,⁶¹ die auch schon Gegenstand der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen ist.⁶² Die Strafbarkeit danach scheitert jedoch (derzeit) an § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB.⁶³

Eine mögliche Strafverschärfung wäre eine Ergänzung der Regelbeispiele des § 240 Abs. 4 StGB mit erhöhtem Strafraum von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe: „Täter, die eine große Zahl von Menschen durch ihre Blockaden nötigen“⁶⁴, was insbesondere die Verursachung von Staus umfassen soll.⁶⁵ Außerdem wird die Definition eines besonders schweren Falles bei Beschädigung von Gegenständen von bedeutendem finanziellen bzw. kunsthistorischen Wert mit einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten im Rahmen des § 304 StGB vorgeschlagen.⁶⁶

b) Rechtswidrigkeit

aa) Rechtfertigungsgründe

Für eine Rechtfertigung direkt über das Widerstandsrecht aus Art 20 Abs. 4 GG müsste die freiheitlich-demokratische Grundordnung gefährdet sein, was bei demokratisch legitimierten Entscheidungen, auch wenn diese inhaltlich falsch erscheinen, nach ganz herrschender Meinung nicht angenommen wird.⁶⁷ Eine Rechtfertigung über die Art. 8, Art. 5 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG muss wohl schon an dem Gesetzesvorbehalt scheitern.⁶⁸

Der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB wird als potenzielles Mittel, als „Klimanotstand“ eine Bestrafung von Klimaaktivisten entfallen zu lassen, bereits in Rechtsprechung und Literatur diskutiert.⁶⁹ Ein notstandsfähiges, gefährdetes Rechtsgut kann zwar im Klimaschutz an sich und auch in Leib, Leben oder Eigentum (der Aktivisten selbst oder Dritter) gesehen werden,⁷⁰ doch schon die gegenwärtige Gefahr kann wegen der unklaren Konkretisierung bezweifelt werden.⁷¹ Auch die Rechtswidrigkeit der Gefahr muss wohl immer dann verneint werden, wenn die Gefahrenlage durch einen formell rechtmäßigen staatlichen Akt, etwa ein Gesetz oder einen Verwaltungsakt, herbeigeführt worden ist.⁷² Daneben ist die Geeignetheit der Aktionen, den Klimawandel zu stoppen, fraglich.⁷³ Ob dieses Ziel – nach objektiver Bewertung – nicht anders als durch die Begehung von Straftaten erreichbar ist und ob die Klimaaktivisten dann Dritten eine Opferrolle auferlegen dürften, steht der Rechtfertigung nach

⁶¹ Vgl. ausführlich und einleuchtend in diesem Kontext *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 71 (71 ff.).

⁶² Vgl. Medienberichte, z.B. *Pfahler*, Verfahren gegen „Letzte Generation“ umfangreicher als bislang bekannt, online abrufbar unter: <https://welt.de/politik/deutschland/article242653015/Letzte-Generation-Ermittlungsverfahren-wegen-Bildung-einer-kriminellen-Vereinigung.html> (abgerufen am 15.5.2023).

⁶³ Vgl. *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 71 (75); *Leitmeier*, jM 2023, 38 (42).

⁶⁴ BT-Drs. 20/4310, S. 2.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. EL. (9/2022), Art. 20 Rn. 20; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 20 Rn. 172; *Kröpil*, JR 2011, 283 (284 f.); *Pietsch*, Kriminalistik 2023, 137 (138); *AG Flensburg*, Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 Rn. 47; *OLG Celle*, BeckRS 2022, 21494 Rn. 11.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 73, 206 (248 ff.); auch *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2022, 29889 Rn. 7.

⁶⁹ Vgl. *AG Flensburg*, BeckRS 2022, 34906; *Busche*, KlimR 2023, 103; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (404).

⁷⁰ Vgl. *AG Flensburg*, Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, Rn. 16a ff.; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (404) mit Hinweis auf BVerfGE 157, 30; wegen dieser Eindeutigkeit erscheint es unverständlich, dass *Radtke*, Strafrecht in der Zeitenwende, S. 82 in Fällen des zivilen Ungehorsams grundsätzlich das Vorliegen eines notstandsfähigen Rechtsguts ablehnt.

⁷¹ So *Busche*, KlimR 2023, 103 (105); a.A. *Furtwängler*, Stellungnahme des RAV, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929364/42918cd7a3c5d4cd6c9ae786dc1ab389/Stellungnahme-Furtwaengler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 8.

⁷² Vgl. *Eidam*, JZ 2023, 224 (229); *Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 414.

⁷³ Vgl. etwa *AG Lüneburg*, BeckRS 2022, 21534 Rn. 16; es geht um die Eignung, ein Handeln Dritter zu erreichen, vgl. *Schüler-Springorum*, in: Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, S. 88.

§ 34 StGB wohl jedenfalls entgegen.⁷⁴ Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kann somit nur in Ausnahmekonstellationen einschlägig sein.⁷⁵ Regelmäßige Rechtfertigungsgründe sind für die Aktionen der Klimaaktivisten mithin nicht ersichtlich.

bb) Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB

Bei der Nötigung muss die Rechtswidrigkeit positiv festgestellt werden.⁷⁶ Die Anforderungen daran nennt § 240 Abs. 2 StGB: Es muss eine Verwerflichkeit vorliegen, die in einer Abwägung von dem Zweck der Handlung mit dem eingesetzten Mittel zu bestimmen ist.⁷⁷ Dies soll sicherstellen, dass keine sozialadäquaten Verhaltensweisen als Nötigung bestraft werden.⁷⁸

Das *BVerfG* hat in der Wackersdorf-Entscheidung klargestellt, dass es dabei als Zweck gewertet werden darf, wenn die tatbestandsmäßige Handlung im Schutzbereich des Art. 8 GG erfolgt ist und Kommunikationszweck der Versammlung die Steigerung öffentlicher Aufmerksamkeit für Anliegen der Allgemeinheit ist.⁷⁹ Die inhaltlichen, insbesondere ethischen Wertungen der Proteste sind jedoch lediglich Gegenstand der Strafzumessung.⁸⁰ Mit Protesten für den Klimaschutz liegt ein Anliegen der Allgemeinheit jedenfalls vor.⁸¹ In diesem Rahmen muss eine Abwägung der Versammlungsfreiheit mit den Rechtsgütern der betroffenen Verkehrsteilnehmern im Einzelfall stattfinden.

Neben der Grundrechtsabwägung sind auch die sonstigen Umstände der Blockade in die Verwerflichkeitsprüfung mit einzubeziehen. Dabei ist auch zu beachten, dass ziviler Ungehorsam per definitionem ein vorsätzlicher und symbolischer Rechtsbruch ist, der als außergewöhnliches Ereignis die Allgemeinheit aufrütteln soll. Dies könnte im Rahmen der Abwägung auch als Indiz gegen die Sozialadäquanz berücksichtigt werden.⁸²

Wie die Abwägung in den typischen Blockadefällen unter Berücksichtigung der Versammlungsfreiheit der Klimaaktivisten und den Rechtsgütern der betroffenen Verkehrsteilnehmer vorzunehmen ist, wird Gegenstand des zweiten Teils dieser Arbeit sein.

c) Schuld

aa) Allgemeine Entschuldigungsgründe

Die (Strafbegründungs-)Schuld stellt eine sittlich-moralische Vorwerfbarkeit fest. Bei einer Entschuldigung bleibt dann das Unwerturteil erhalten, aber eine Bestrafung erscheint mangels der persönlichen Vorwerfbarkeit nicht erforderlich.⁸³ Eine Entschuldigung der Handlungen von Klimaaktivisten ist in der Rechtsprechung noch nicht

⁷⁴ Vgl. etwa *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38216 Rn. 31; *AG Heilbronn*, BeckRS 2023, 7646 Rn 34; *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841 Rn. 13; *Busche*, KlimR 2023, 103 (105) mit Verweis auf das Rechtsstaats- und Demokratiegebot; *Fischer*, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fc4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 3; *Rönnau*, JuS 2023, 112 (113); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (405 f.).

⁷⁵ Vgl. dazu den Fall des *AG Flensburg* Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22: Angeklagter verweilt auf Baum, um (genau) dessen Fällung zu verhindern, BeckRS 2022, 34906.

⁷⁶ Teilweise wird der Abs. 2 auch als Tatbestandsergänzung verstanden, vgl. etwa *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 16.

⁷⁷ Vgl. BVerfGE 104, 92 (109); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 StGB Rn. 17.

⁷⁸ Vgl. nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 17.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 104, 92 (109).

⁸⁰ Vgl. BGHSt 35, 270 (273 ff.); BVerfGE 73, 206 (261); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 8 Rn. 28; *Sinn*, in: MüKo-StGB, § 240 Rn. 142; dementsprechend wurde der von diesem Grundsatz abweichende Beschl. d. *AG Berlin-Tiergarten* v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) und BeckRS 2022, 31817 von der nachfolgenden Instanz *LG Berlin*, mit Beschl. v. 21.11.2022 – 534 Qs 80/22 und BeckRS 2022, 40639 aufgehoben.

⁸¹ So auch *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (407).

⁸² Vgl. *Fischer*, Stellungnahme zur BT Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fc4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 3.

⁸³ Vgl. *Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 529; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), Einleitung Rn. 21.

angenommen worden und auch in der wissenschaftlichen Diskussion findet sie kaum Erwähnung. Dennoch soll diese Möglichkeit hier behandelt werden. Gerade eine in der Entschuldigung enthaltene Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens liegt bei den Klimaaktivisten eigentlich nah, wie im Folgenden darzulegen ist. Zwar wird ein Verbots- oder Erlaubnisirrtum nach § 17 StGB schon wegen der medialen Berichterstattung kaum als vermeidbar anzusehen sein.⁸⁴ Gegen eine Irrtumslage spricht außerdem, dass im Rahmen des zivilen Ungehorsams gezielt Gesetze gebrochen werden. Dies spricht auch gegen einen Erlaubnistatbestandsirrtum über die Geeignetheit bei § 34 StGB.

bb) Entschuldigung durch eine Gewissenstat

Ein Entschuldigungsgrund könnte aber aus der Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG folgen, die als höherrangiges Recht direkt ins Strafrecht hineinwirkt.⁸⁵ Diese schützt auch das Handeln gemäß einer Gewissensentscheidung.⁸⁶ Dass eine solche bei Klimaaktivisten vorliegen könnten, legen Aussagen etwa in Pressemitteilungen der *Letzten Generation* nahe, wie:

„Die Vernichtung unserer Lebensgrundlagen hinzunehmen, können wir nicht mit unserem Gewissen vereinbaren.“⁸⁷

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* kann Art. 4 Abs. 1 GG dann eingreifen, wenn ein innerer Konflikt den Täter in eine „seelische Bedrängnis bringt“,⁸⁸ der gegenüber eine Strafe nicht mehr gerechtfertigt werden könne. Die zitierte Rechtsprechung bezieht sich allerdings nur auf ein Unterlassungsdelikt und Art. 4 Abs. 1 GG in der Variante der Glaubensfreiheit. Ob die Gewissensfreiheit als Entschuldigungsgrund bei den Aktionen der Klimaaktivisten greifen könnte, ist daher noch zu untersuchen.

Roxin, der die Figur des Gewissenstäters in der deutschen Strafrechtswissenschaft maßgeblich geprägt hat, hält eine Entschuldigung für möglich, „solange die immanenten Schranken, die der Freiheit der Gewissensbetätigung gesetzt sind, nicht überschritten werden.“⁸⁹ Sind die Grenzen der Grundrechtsausübung überschritten – etwa durch eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Freiheiten Dritter⁹⁰ – kann keine Entschuldigung aus Art. 4 Abs. 1 GG erfolgen. *Roxin* spricht dann davon, dass „aus präventiven Gründen eine Bestrafung unerlässlich ist“,⁹¹ die Allgemeinheit also vor dem Täter geschützt werden muss. Das gilt insbesondere, wenn auch eine straflose Handlung mit der Gewissensentscheidung vereinbar gewesen wäre.⁹² Mit dieser Anforderung ist auch eine gewisse, mit §§ 33, 35 StGB vergleichbare objektive Unrechtsminderung verbunden.⁹³ Auch der als Gegenargument angeführte Einwand, eine Entschuldigung als Gewissenstat sei „wegen des Nachahmungseffekts und der Beeinträchtigung des Rechtsbewusstseins der Bürger“⁹⁴ nicht möglich, bestätigt nur, dass der Ent-

⁸⁴ Vgl. *AG Freiburg (Breisgau)*, Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, KlimR 2023, 62 (64); in einer ähnlich Diskussion *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (234).

⁸⁵ Vereinzelt, aber wohl veraltet, wird die Gewissensfreiheit auch im Rahmen der § 20 oder § 35 StGB verhandelt, vgl. für eine kurze Darstellung *Roxin*, GA 2011, 1 (9 f.).

⁸⁶ Vgl. *Schmidt*, in: *ErfK-GG*, 23. Aufl. (2023), Art. 4 Rn. 62; *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz, GG*, Art. 4 Rn. 74; *Herdegen*, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. IV, 2011, S. 668 f., 675; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, GG*, Art. 4 Rn. 46.

⁸⁷ Vgl. jeweils Brief an die Bundesregierung vom 1. Oktober 2022: online abrufbar unter: <https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1585314617202339841> (abgerufen am 15.5.2023).

⁸⁸ *BVerfGE* 32, 98 (109).

⁸⁹ *Roxin*, GA 2011, 1 (10).

⁹⁰ Vgl. *Roxin*, in: *FS Maihofer*, 1988, S. 401; *Roxin*, GA 2011, 1 (11); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 32 Rn. 119*.

⁹¹ *Roxin*, GA 2011, 1 (10); ähnlich *Roxin*, in: *FS Maihofer*, S. 410.

⁹² Vgl. *Roxin*, in: *FS Maihofer*, S. 397; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 32 StGB Rn. 119*.

⁹³ Vgl. für die Forderung danach *Radtke*, GA 2000, 19 (36); *Frisch*, GA 2006, 273 (279).

⁹⁴ *Kröpil*, JR 2011, 283 (286 f.); vgl. ähnlich *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114).

schuldigungsgrund nicht greifen kann, wenn die Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter eine Bestrafung als notwendig erscheinen lässt.

Der Anknüpfungspunkt für die Gewissenstat liegt aber in der individuellen Gewissensentscheidung des Täters, dem jedes andere Handeln nicht zumutbar ist.⁹⁵ Die Verbindlichkeit der Strafrechtsordnung und die Bewertung der Tat als rechtswidrig bleiben davon unberührt.⁹⁶ Eine Einordnung der Gewissenstat als Entschuldigungsgrund liegt daher strukturell am nächsten.⁹⁷

Bei den Aktionen der Klimaaktivisten kann die Gewissenstat darin liegen, wenn der Klimaschutz als „gut“, der Kampf dafür als innerlich zwingend, und jedes andere Handeln als das Üben zivilen Ungehorsams als nicht wirksam erachtet wird.⁹⁸ Dass eine Entschuldigung über Art. 4 Abs. 1 GG möglich ist und auch bei den Taten der Klimaaktivisten grundsätzlich denkbar ist, wurde herausgestellt. Voraussetzung ist dann in jedem zu beurteilenden Einzelfall die Gewissensentscheidung als das Gefühl unbedingter Verpflichtung⁹⁹ und die Einhaltung der grundrechtlichen Grenzen. Die näheren Voraussetzungen werden im zweiten Teil dieser Arbeit behandelt.

d) Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO

Denkbar ist sodann, dass die Verfahren gegen die Klimaaktivistinnen nach § 153 StPO wegen Geringfügigkeit eingestellt werden. Insbesondere könnte die Schuld der Klimaaktivistinnen als gering anzusehen sein. Gemeint ist dabei die Strafzumessungsschuld, die sich auch aus den Umständen der Tat ergibt.¹⁰⁰ Im Rahmen dessen ist eine Berücksichtigung der Fernziele der Proteste und der Handlung im Kontext des zivilen Ungehorsams möglich. So werden in der Rechtsprechung zulasten der Klimaaktivisten die Vielzahl an blockierten Verkehrsteilnehmern und die teils erheblichen Umwege berücksichtigt. Außerdem wird es negativ gewertet, wenn durch das Festkleben die Räumung der Straße erschwert wird, und wenn die Klimaaktivisten bereits wegen ähnlichen Taten vorbestraft sind bzw. eine Wiederholungsabsicht äußern.¹⁰¹

Entlastend wird es hingegen gewertet, wenn die Täter nicht vorbestraft sind, diese die Tat gestehen sowie, wenn die Verkehrsbehinderungen eine relativ milde Beeinträchtigung darstellen. Ebenfalls wirkt sich positiv aus, dass das kommunikative Anliegen der Blockade im Interesse der Allgemeinheit – nämlich des Klimaschutzes – liegt, dass Gewalttätigkeiten vermieden werden sollen, dass versucht wird für das Durchkommen von Rettungsfahrzeugen zu sorgen, und dass das Verfolgungsinteresse der beeinträchtigten Fahrzeugführer meist nicht verbrieft ist.¹⁰² Ist die Schuld nach dieser Wertung nicht gering¹⁰³ oder besteht ein öffentliches Verfolgungsinteresse,¹⁰⁴ kommt

⁹⁵ Hier liegt gerade der Unterschied zwischen Entschuldigung und Rechtfertigung. Letztere kann mit einer Pflichtenkollision vorliegen, bei der jedoch ein „Sich-Verpflichtet-Fühlen“ nicht genügt; vgl. *Schüler-Springorum*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 87.

⁹⁶ Vgl. für dieses Argument gegen eine Rechtfertigung *Herdegen*, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, S. 684; *Roxin*, in: *FS Maihofer*, S. 405.

⁹⁷ Für eine Streitdarstellung der dogmatischen Einordnung vgl. *Roxin*, GA 2011, 1 (4 f.).

⁹⁸ Dass ziviler Ungehorsam und eine Gewissenstat sich nicht ausschließen sieht auch *Radtke*, GA 2000, 19 (22), nachdem er zunächst unterschiedliche Motive, nämlich die innere Werteordnung einerseits und die politischen, öffentlichen Werte andererseits annimmt; *Honer*, JuS 2023, 408 (411) hingegen nimmt einen Ausschluss an.

⁹⁹ Vgl. *Roxin*, GA 2011, 1 (3); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, Vorb. §§ 32 ff. Rn. 119; vgl. auch die Abgrenzung zur Überzeugungstat bei *Radtke*, GA 2000, 19 (21).

¹⁰⁰ Vgl. *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 66. Aufl. (2023), § 153 Rn. 4; *Peters*, in: *MüKo-StPO*, 2014, § 153 Rn. 18.

¹⁰¹ Vgl. *AG Freiburg (Breisgau)*, Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22 Rn. 49; *AG Heilbronn*, BeckRS 2023, 7646 Rn. 39 f.; *AG München*, BeckRS 2022, 43646 Rn. 59; *AG München*, BeckRS 2022, 43645 Rn. 28; *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841, Rn. 16; *Fischer*, Stellungnahme zur BT Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fe4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 4.

¹⁰² Vgl. *AG Freiburg (Breisgau)*, Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, KlimR 2023, 62 Rn. 49; *AG Heilbronn*, BeckRS 2023, 7646 Rn. 38; *AG München*, BeckRS 2022, 43646 Rn. 62; *AG München*, BeckRS 2022, 43645 Rn. 27; *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841, Rn. 16.

¹⁰³ Vgl. nur *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 153a Rn. 7.

¹⁰⁴ Vgl. *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 153 Rn. 6.

eine Einstellung nach § 153a StPO in Betracht.

Außerdem könnte die Strafe – auch unter Berücksichtigung dieser als ultima ratio – im Einzelfall nicht sinnvoll sein. Dies, und auch das Ziel der Entlastung der Justiz sind bei einer potenziellen Einstellung nach § 153 oder § 153a StPO zu berücksichtigen.¹⁰⁵

e) Erwägungen der §§ 46 ff. StGB

Die Strafzumessung wird gem. § 46 StGB nach der Schwere der konkreten Tat und der (Strafzumessungs-)Schuld des Täters bestimmt.¹⁰⁶ Die für die Schuld maßgeblichen Abwägungskriterien wurden soeben ausgeführt.¹⁰⁷ Im Rahmen einer härteren Bestrafung könnten diese Kriterien anders gewichtet werden. Insbesondere könnte grundsätzlich das Üben zivilen Ungehorsams im Kontext von Klimaprotesten als strafscharfend berücksichtigt werden. Strafaussetzungen nach § 56 StGB und Verwarnungen mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB – eventuell im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens nach §§ 407 ff. StPO – werden in den meisten Fällen scheitern, weil die Täter sogar nach Verurteilungen die Aktionen wiederholen und das auch offen kommunizieren.¹⁰⁸ Denkbar ist aber ein Absehen von Strafe nach § 60 StGB, etwa wenn die Klimaaktivisten sich bei den Aktionen verletzt haben.¹⁰⁹

4. Zwischenergebnis

a) Aktuelle Bestrafung von Klimaaktivisten

Wie herausgestellt wurde, gibt es einige Möglichkeiten, die Aktionen der Klimaaktivisten nach geltendem Recht zu bestrafen. Die bisherigen Verurteilungen konzentrieren sich auf die Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB und die Sachbeschädigung gemäß §§ 303, 304 StGB. Die Taten sind in der jetzigen Rechtsprechung nur selten und nur in Sonderkonstellationen nach § 34 StGB gerechtfertigt und Straßenblockaden werden meist als verwerflich eingestuft.¹¹⁰ Die Berücksichtigung des Protestinhalts erfolgt auf Strafzumessungsebene, wo die Umstände im Ergebnis meist strafmildernd berücksichtigt werden. Dementsprechend sind die bisherigen Strafen auch relativ mild ausgefallen: Es gibt kaum Freiheitsstrafen,¹¹¹ sondern insbesondere Geldstrafen zwischen 10 und 50 Tagessätzen,¹¹² Geldstrafen unter Vorbehalt¹¹³ oder Auflagen im Rahmen des Jugendstrafrechts.¹¹⁴

b) Mögliche Strafverschärfungen für Klimaaktivisten

Mögliche Strafverschärfungen, die im Folgenden weiter diskutiert werden sollen, sind die genannten Einfügungen

¹⁰⁵ Vgl. Peters, in: MüKo-StPO, § 153 Rn. 20.

¹⁰⁶ Vgl. Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 46 Rn. 5; Bußmann, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 46, Rn. 5; Maier, in: MüKo-StGB, Bd. II, 4. Aufl. (2020), § 46 Rn. 35.

¹⁰⁷ S.o. II. 3. d) – Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO.

¹⁰⁸ Vgl. Fischer, StGB, § 56 Rn. 4; AG Heilbronn, BeckRS 2023, 7646 Rn. 45 f.; AG Freiburg, BeckRS 2022, 38216 Rn. 39; dennoch wird auf diese Möglichkeiten oft verwiesen, vgl. etwa Rönnau, JuS 2023, 112 (115); Eidam, JZ 2023, 224 (230); für eine andere Einschätzung, vgl. etwa AG Lüneburg, BeckRS 2022, 21534 Rn. 21.

¹⁰⁹ Vgl. Fischer, StGB, § 60 Rn. 4; Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus. Über den Ruf nach (härteren) Strafe(n) für Klimaaktivist:innen, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹¹⁰ Vgl. jeweils oben, II, 3. B) – Rechtswidrigkeit.

¹¹¹ Vgl. AG Heilbronn, BeckRS 2023, 7646, sowie – noch nicht veröffentlicht – in Berlin: Klimaaktivistin zu viermonatiger Haftstrafe verurteilt, online abrufbar unter: <https://tagesschau.de/inland/regional/berlin/berlin-klimaaktivistin-urteil-100.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹¹² Vgl. AG Freiburg, BeckRS 2022, 38216 Rn. 37; AG München, BeckRS 2022, 43646, Rn. 64; AG München, BeckRS 2022, 43645 Rn. 29; AG Stuttgart-Bad Cannstatt, BeckRS 2023, 6841 Rn. 17.

¹¹³ Vgl. AG Lüneburg, BeckRS 2022, 21534 Rn. 21

¹¹⁴ Vgl. AG Berlin-Tiergarten, BeckRS 2022, 31818 Rn. 18.

von schweren Fällen in §§ 240 Abs. 4, 304 StGB und eine veränderte Gewichtung im Rahmen der Strafzumessung. Diese Änderungen stellen keine bisher tatbestandslosen Verhaltensweisen unter Strafe, sondern nur eine Erhöhung des Strafrahmens dar. Ähnliches gilt auch für die anderen in der politischen Diskussion präsenten Strafverschärfungsvorschläge, sodass die Ergebnisse weitestgehend darauf übertragen werden können.¹¹⁵

c) Mögliche Strafflosigkeit von Klimaaktivisten

Daneben hat die vorstehende Untersuchung ergeben, dass es – abgesehen von Ausnahmefällen – drei denkbare Anknüpfungspunkte gibt, nach denen eine Bestrafung für Klimaaktivisten trotz Tatbestandserfüllung entfallen könnte: Die fehlende Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB, eine Entschuldigung als Gewissenstat und eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO. Um abschließend zu beurteilen, wann und in welchem Maße die genannten Gründe zu einer Strafflosigkeit führen sollten, sind einige Punkte zu klären: Zu untersuchen ist, wie die Abwägung bei der Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB unter Berücksichtigung der Versammlungsfreiheit ausfällt. Sodann ist im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 GG zu beurteilen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Gewissenstat vorliegt, die eine Entschuldigung begründen könnte. Schließlich wird insbesondere auf Seiten der Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO relevant, inwiefern eine Bestrafung als ultima ratio staatlicher Sanktionen (un)angemessen ist.

III. Wie sollten Klimaaktivisten bestraft werden?

1. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik

Zunächst stellt sich die Frage nach den Kriterien, mit denen die herausgestellten Möglichkeiten bewertet werden sollen. Durch den in der Strafe liegenden schweren Eingriff in die Freiheitsrechte des Einzelnen ist für eine Strafverschärfung, aber auch für jede Strafe allgemein, eine fundierte Rechtfertigung notwendig.¹¹⁶ Die Beantwortung der Frage nach härterer Bestrafung ist dabei vornehmlich eine kriminalpolitische: Sollten neue Möglichkeiten der Bestrafung geschaffen werden?

Die Beantwortung der Frage nach Bestrafung überhaupt untersucht eine sinnvolle Auslegung des Gesetzes und bewegt sich somit – auf den ersten Blick – im klassischen Feld der Strafrechtsdogmatik:¹¹⁷ Müssen Klimaaktivisten nach derzeit geltendem Recht straflos bleiben? Ziel ist vorliegend allerdings keine abstrakte Bestimmung der dazu auszulegenden Rechtsbegriffe, sondern diese sollen gerade im Kontext der Frage nach Bestrafung von Klimaaktivisten Erkenntnis bringen, sodass auch hier die Frage eigentlich ist: Sollten Klimaaktivisten straflos bleiben?¹¹⁸ Insofern enthalten auch diese strafrechtsdogmatischen Fragen kriminalpolitische Wertungen.¹¹⁹

Die aufgeworfenen Fragen der möglichen Strafverschärfungen einerseits und der eventuellen Strafflosigkeit andererseits werden im Kontext der aktuellen Proteste beantwortet. Dabei spielen grundlegende Überlegungen eine

¹¹⁵ Das betrifft die §§ 315b, 323c, 56 StGB, vgl. im Einzelnen BT-Drs. 20/4310, S. 2.

¹¹⁶ Vgl. *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (172).

¹¹⁷ Vgl. *Salinger*, ZIS 2022, 276 (276); *Planas*, ZIS 2010, 357 (358 f.) oder wie *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. (1973), S. 2 es mit *Liszt* formuliert: „die strenge Kunst einer nach wissenschaftlichen Grundsätzen operierenden Gesetzesauslegung“.

¹¹⁸ Vgl. dazu *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 4; in derselben Richtung argumentieren auch *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (177) und *Planas*, ZIS 2010, 547 (359).

¹¹⁹ Vgl. zu dieser Überwindung der starren Grenzen *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 10 ff. und *Salinger*, Positives und symbolisches Strafrecht, 276 (276), der dies dann „Kriminalpolitik im weiteren Sinne“ nennt.

Rolle, die sich im Bereich der verfassungsmäßigen Grenzen einer Bestrafung bewegen.¹²⁰ Dies betrifft die Beachtung von Grundrechten, der Staatszielbestimmung aus Art. 20a GG sowie neben den allgemeinen Verfassungsprinzipien insbesondere die Anforderungen an das Strafrecht als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes. Die im vorigen Kapitel herauskristallisierten Fragen sollen in Hinblick auf diese Anforderungen untersucht und bewertet werden.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen

a) Klimaschutz als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG

Spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2021¹²¹ ist allgemein anerkannt, dass das Einhalten des Pariser Übereinkommens und damit das Ziel, „die Erwärmung der Erde auf deutlich unter 2°C und möglichst auf 1,5°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen“¹²² Schutzgut des Art. 20a GG ist.¹²³ Nach Art. 20a GG sind unbestimmte Rechtsbegriffe des einfachen Rechts somit im Lichte und unter Berücksichtigung einer effektiven Verwirklichung dieser verfassungsrechtlichen Klimaschutzverpflichtung auszulegen und auch die Rechtsprechung ist an dieses Ziel gebunden.¹²⁴ Der Gesetzgeber handelt nach der Entscheidung des *BVerfG* außerdem verfassungswidrig, weil er seine Pflicht verletzt, „die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen.“¹²⁵ Insofern die Klimaaktivisten eine verfassungskonforme Gesetzgebung fordern, nämlich das Ergreifen von ausreichenden Klimaschutzmaßnahmen, sind ihre Beanstandungen rechtlich zutreffend.

b) Grundrechte

aa) Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

Die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG wird insbesondere bei der Abwägung im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB relevant.¹²⁶ Daneben müssen sich aber auch die denkbaren Strafverschärfungen sowie überhaupt die Verhängung einer Strafe an ihrer grundrechtlichen Kompatibilität, auch mit Art. 8 GG, messen lassen. Teilweise wird vertreten, der Schutzbereich des Art. 8 GG sei bei den Sitzblockaden gar nicht eröffnet.¹²⁷ Der Zweck der Behinderung Dritter zur Steigerung öffentlicher Aufmerksamkeit hindert die Friedlichkeit jedoch nicht, sofern keine (aggressive) Gewalt stattfindet.¹²⁸ Auch eine fehlende Anmeldung und die

¹²⁰ Vgl. etwa *Busche*, KlimR 2023, 103 (103); *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (177 ff.); *Planas*, ZIS 2010, 557 (563 ff.).

¹²¹ BVerfGE 157, 30 (30 ff.).

¹²² BVerfGE 157, 30 (100).

¹²³ Vgl. *Calliess*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20a Rn. 40; BVerfGE 157, 30.

¹²⁴ Vgl. *Calliess*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20a Rn. 120; vgl. auch *AG Flensburg*, Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, Rn. 16a, *Furtwängler*, Stellungnahme des RAV, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929364/42918cd7a3c5d4cd6c9ae786dc1ab389/Stellungnahme-Furtwaengler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 6 f.

¹²⁵ BVerfGE 157, 30 (163), vgl. *Calliess*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20a Rn. 49, 52.

¹²⁶ S.o. II. 3. b) bb) – Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB.

¹²⁷ Vgl. *Depenheuer*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 8 Rn. 68 mangels Friedlichkeit; auch *AG Berlin-Tiergarten*, BeckRS 2022, 31818 Rn. 9, mit dem Argument, dass gezielte Beeinträchtigung anderer sowie das Recht von anderen gehört zu werden von Art. 8 GG nicht erfasst sei, vgl. auch das Sondervotum der Richterinnen *Haas* zum Beschl. BVerfGE 104, 92 (Wackersdorf), BVerfGE 104, 92 (115 ff.).

¹²⁸ Vgl. *AG Berlin-Tiergarten*, BeckRS 2022, 31817 Rn. 7 f.; *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 32 f. mit Verweis auf BVerfGE 69, 315 (342 f.); BVerfGE 87, 399 (406); BVerfGE 73, 206 (248); BVerfGE 104, 92 (104 f.); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 8 Rn. 8; Dafür, dass ein gefährlicher Versammlungsort außerdem keine Unfriedlichkeit begründen kann, vgl. *Lund*, NSTZ 2023, 198 (199).

spätere Auflösung hindern die Eröffnung des Schutzbereichs nicht.¹²⁹ Somit ist für die Sitzblockaden der Klimaaktivisten die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 GG typischerweise zu bejahen.¹³⁰

Sodann ist zur Beurteilung der Reichweite der Versammlungsfreiheit der Klimaaktivisten eine Abwägung dieser mit den betroffenen Rechtsgütern vorzunehmen, hier zumindest der allgemeinen Handlungsfreiheit der betroffenen Verkehrsteilnehmer nach Art. 2 Abs. 1 GG.¹³¹ In der Abwägung kommt es darauf an, ob zwischen den Rechtsgütern (wenigstens) ein Zustand praktischer Konkordanz besteht.¹³² Die Klimaaktivisten müssen ihr – in der Versammlungsfreiheit enthaltenes – Selbstbestimmungsrecht¹³³ also in dem Maße zurücknehmen, wie durch die Blockade die betroffenen Grundrechte eingeschränkt sind. Zu berücksichtigen sind nach der Rechtsprechung des *BVerfG* insbesondere Dauer und Intensität der Aktion, eine vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten, und ein Sachbezug zwischen den beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand.¹³⁴

Die Rechtsgüter der betroffenen Verkehrsteilnehmer sind nur in geringem Ausmaß, nämlich für wenige Minuten bis Stunden betroffen.¹³⁵ Innerhalb des Staus ist zwar oft kein Vor- oder Zurückkommen möglich, das betrifft jedoch nur die Fortbewegung mit dem Pkw. Zu beachten ist aber die meist große Anzahl der betroffenen Personen im Berufsverkehr. Zwar mindert es die Beeinträchtigung nicht, dass Verkehrsbehinderungen auch aus anderen Gründen entstehen. Ob die Dauer der konkreten Beeinträchtigung eine hohe oder eine geringe Intensität darstellt, ist aber auch im Vergleich mit alltäglichen Beeinträchtigungen auf der konkreten Strecke zu bestimmen.¹³⁶ Auch in die Wertung einzubeziehen ist ein mögliches Umfahren der Proteste, etwa durch vorherige Ankündigung oder dadurch, dass der Verkehr umgeleitet werden kann – was etwa auf Autobahnen kaum möglich ist. Die Beeinträchtigung wird dadurch abgemildert, dass die Klimaaktivisten meist nur auf die Straße gehen, wenn die Fahrzeuge wegen einer Rotphase bereits stehen und somit gefährliche Fahrmanöver vermeiden.¹³⁷ Je nach Einzelfall ist nach diesen Kriterien die Intensität der Beeinträchtigung zu ermitteln.

Zweck der Proteste ist vornehmlich die Erlangung öffentlicher Aufmerksamkeit für Handlungsmöglichkeiten gegen den Klimaschutz.¹³⁸ Dabei fordern die Klimaaktivisten konkrete Handlungen der Bundesregierung und keineswegs, dass die betroffenen Autofahrer in Zukunft langsamer fahren oder ein sonstiges Handeln dieser. Somit ist ein Sachbezug zu den betroffenen Verkehrsteilnehmern auch dann nur in geringem Maße gegeben, wenn sich die Proteste für ein Tempolimit einsetzen und auf die CO₂-Emissionen im Straßenverkehr aufmerksam machen wollen. Die zufällig betroffenen Verkehrsteilnehmer werden vielmehr zu dem Zweck der Erlangung einer größtmöglichen Aufmerksamkeit instrumentalisiert.¹³⁹ Dass ihnen durch die unmittelbaren Auswirkungen des Protests selbst die Protestziele verdeutlicht werden und der CO₂-Ausstoß insofern kurzfristig reduziert wird, ist nur ein

¹²⁹ Vgl. *BVerfGE* 69, 315 (351); *BVerfGE* 104, 92 (106).

¹³⁰ So auch *Arzt*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929034/c8aeb228f96306bfedaec5f143c140c1/Stellungnahme-Arzt-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023), S. 6 f.; *Höffler*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929326/6ed2be683fcab049352f4b3789542a6a/Stellungnahme-Hoeffler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 5 ff.

¹³¹ Auch die Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG könnten u.U. betroffen sein.

¹³² Vgl. *BVerfGE* 104, 92 (110 f.); *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38214 Rn 43; *Lund*, NStZ 2023, 198 (199); *Preuß*, NVZ 2023, 60 (67).

¹³³ *BVerfGE* 69, 315 (343); *BVerfGE* 128 (226).

¹³⁴ Vgl. *BVerfGE* 104, 92 (112).

¹³⁵ Die Bewertung der Dauer wird von den Gerichten sehr unterschiedlich vorgenommen, vgl. etwa *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38214 Rn. 48 für eine „erhebliche“ Intensität bei 83 Minuten; anders *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38216 Rn. 26; *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841 Rn. 12 für eine Intensität „am unteren Rand“ bei einer Stunde.

¹³⁶ Vgl. *Preuß*, NZV 2023, 60 (67); *Eisele*, Schöнке/Schröder, StGB, § 240 Rn. 29b; *AG München*, BeckRS 2022, 41330 Rn. 29; vgl. dazu auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, § 6 Rn. 301.

¹³⁷ Vgl. so auch in *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38214 Rn. 50, 54.

¹³⁸ Vgl. Der Plan für Sommer 2023, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/plan-2023/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹³⁹ Vgl. *AG Stuttgart-Bad Cannstatt*, BeckRS 2023, 6841, 7646 Rn. 12; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. IV, § 240 Rn. 145; vgl. auch *Sinn*, NJW 2002, 1024 (1025).

untergeordneter Zweck der Blockaden.¹⁴⁰ Der Sachbezug ist damit zwar zum Versammlungsort, zu den betroffenen Verkehrsteilnehmern jedoch nur in geringem Maße gegeben.

Gerade diese nur symbolische, aber nicht unerhebliche Beeinträchtigung Dritter wird die Versammlungsfreiheit der Klimaaktivisten dabei meist überwiegen. Die Proteste sind darauf gerichtet, mit einer außergewöhnlichen Aktion Aufmerksamkeit zu erregen. Sie sind deswegen typischerweise nicht sozialadäquat. Etwas anderes kann nur gelten, wenn eine Blockade im Einzelfall so kurz ist, dass eine verkehrstypische Beeinträchtigung vorliegt.

Auch, wenn die Verwerflichkeit des § 240 Abs. 2 StGB nach dieser Abwägung oft zu bejahen sein wird, ist der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit bei den Sitzblockaden eröffnet und die Grundrechtsausübung somit bei der Strafzumessung, aber auch bei Strafverschärfungen zu berücksichtigen.¹⁴¹ Dasselbe gilt bei den Aktionen rund um Kunst- und Kulturgegenstände, eventuell unter Rückgriff die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG).

bb) Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG

Damit die Tat als Gewissenstat entschuldigt werden kann, muss eine „ernstliche sittliche, d.h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung [...], die der einzelne in einer bestimmten Lage für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“¹⁴² vorliegen. Die Klimaaktivisten müssen also nicht nur das verfassungswidrige Handeln der Bundesregierung „falsch“ und das Ergreifen der geforderten Maßnahmen „gut“ finden. Sie müssen es auch als inneren Zwang wahrnehmen, an den gesetzeswidrigen Aktionen teilzunehmen.¹⁴³ Ein Handeln, das sich im Rahmen der geltenden Gesetze bewegt, müsste sie in eine Gewissensnot bringen, die ihre Identität und Integrität gefährdet.¹⁴⁴

Die *Letzte Generation* selbst benennt ihre Motivation zu den Aktionen in einem Brief an die Bundesregierung von Oktober 2022 so:

„Wir werden [...] für eine maximale Störung der öffentlichen Ordnung sorgen. Diese Störung werden wir nicht einstellen, bis wir von Ihnen eine Reaktion bekommen, die es unserem Gewissen erlaubt, aufzuhören.“

und:

„Wir erachten es als unsere Pflicht, alles Gewaltfreie zu tun, was in unserer Macht steht, um dieses Unrecht zu beseitigen.“¹⁴⁵

Es wird also als Beweggrund dargelegt, dass in dem Nichtergreifen von ausreichenden Maßnahmen gegen die Erderwärmung ein Unrecht liegt, das nicht anders als durch gesetzeswidriges Verhalten abgewendet werden kann. Nur durch das Vorliegen einer damit begründeten Aktion des zivilen Ungehorsams ist aber nicht gesagt, dass die

¹⁴⁰ Eine derartige äußere Zuschreibung wie sie in *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38214 Rn. 65 mit Hinweis auf Art. 20a GG oder in *AG München*, BeckRS 2022, 41330 Rn. 33 ff. vorgenommen wird, verkennt daher auch das Selbstbestimmungsrecht des Art. 8 GG und berücksichtigt den eigentlichen Zweck der Versammlungen daher nicht, vgl. auch *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38216 Rn. 28; *AG Heilbronn*, BeckRS 2023, 7646 Rn. 32.

¹⁴¹ Vgl. auch *Busche*, KlimR 2023, 103 (107); *Hüber*, Stellungnahme der GdP zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929594/7e826cbf294029032f24f384d49bbb89/Stellungnahme-Hueber-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023), S. 5.

¹⁴² BVerfGE 12, 45 (55); vgl. auch *Schmidt*, in: ErfK, Art. 4 GG Rn. 61; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 4 Rn. 74; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 4 Rn. 45.

¹⁴³ Vgl. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 4 Rn. 74.

¹⁴⁴ Vgl. *Herdegen*, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, S. 668; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 4 Rn. 45.

¹⁴⁵ Vgl. jeweils Brief an die Bundesregierung vom 1. Oktober 2022: twitter.com/AufstandLastGen/status/1585314617202339841 (abgerufen am 15.5.2023).

Teilnehmerinnen die Teilnahme als innerlich zwingend empfunden haben.¹⁴⁶ Wenn es jedoch für den Klimaaktivisten tatsächlich die einzige mit dem Gewissen vereinbare Möglichkeit ist, gegen ein Gesetz zu verstoßen – etwa, weil die Bedrohung durch den Klimawandel als so existenziell wahrgenommen wird – liegt eine Gewissenstat vor. Darauf, dass Aktionen von Gewissensentscheidungen bedingt sein können, deuten auch Feststellungen in Gerichtsurteilen hin, wie:

„Sie haben im Kern übereinstimmend angegeben, die seitens der Bundesregierung getroffenen Maßnahmen für nicht ausreichend zu erachten, sodass sie keine Alternative zu ihrem Handeln sähen außer Protest, der den Alltag störe.“¹⁴⁷

Auch aus der Psychologie ist im Rahmen einer „Klimaangst“ bekannt, dass eine innerlich als alternativlos empfundene Entscheidung zum Tätigwerden vorliegen kann.¹⁴⁸ Ob im Einzelfall aber tatsächlich eine Gewissensentscheidung vorliegt, obliegt im Strafverfahren gem. § 261 StPO der Einschätzung des Gerichts, das anhand von Indizien entscheiden muss.¹⁴⁹ Ein Indiz kann dabei sein, dass die Klimaaktivisten mit ihren Handlungen erhebliche Belastungen auf sich nehmen, sich z.B. Strafverfolgung oder Präventivgewahrsam aussetzen.¹⁵⁰ Auch die allgemeine Lebensführung und das Verhalten der Klimaaktivisten außerhalb der Aktionen ist als Indiz zu berücksichtigen.¹⁵¹ Gegen eine Gewissensentscheidung könnte dabei etwa eine kürzlich angetretene Flugreise sprechen.¹⁵² Nicht verlangen kann man von den Klimaaktivisten, als milderes Mittel ihre Gewissensentscheidung straffrei zu ausüben, wenn die Gewissensentscheidung gerade auf den zivilen Ungehorsam und die Begehung von Straftaten gerichtet ist.¹⁵³ Weil die Klimaaktivisten sich meist darauf berufen, dass die vorherigen legalen Protestformen keine ausreichende Wirkung erzielt haben, wird dies in der Regel der Fall sein.¹⁵⁴

Schließlich kommt es für die Frage, ob die Klimaaktivisten sich auf die Gewissensfreiheit berufen können, darauf an, ob mit der begangenen Tat Übergriffe in staatliche Funktionen wie „die Ordnung des Staates und die Autorität des gesetzten Rechtes“¹⁵⁵ bzw. in Leben, Gesundheit oder andere elementare Individualinteressen Dritter verbunden waren.¹⁵⁶ Die betroffenen Grundrechte dürfen nicht übermäßig beschränkt werden.¹⁵⁷ Ob eine übermäßige Beeinträchtigung mit den Aktionen der Klimaaktivisten einhergeht, ist in hohem Grad einzelfallabhängig. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Sitzblockaden die Verwerflichkeits-Grenze im Rahmen der Nötigung meist nur knapp überschreiten, dass die Sachbeschädigungen in der Regel zu keinen großen wirtschaftlichen Schäden führen und die erfüllten Straftatbestände sich somit insgesamt an der Bagatellgrenze bewegen. Auch, dass die Klimaaktivisten den Betroffenen ihre grundrechtlichen Freiheiten nicht grundsätzlich absprechen, sondern diese

¹⁴⁶ Vgl. auch *Herdegen*, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, S. 671; zu dem Unterschied des zivilen Ungehorsams als kollektiver Handlung zu der subjektiven Gewissensentscheidung *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 132 ff.

¹⁴⁷ *AG Heilbronn*, BeckRS 2023, 7646 Rn. 23.

¹⁴⁸ Vgl. nur *Peter/van Bronswijk/Rodenstein*, in: *Eco-Anxiety – Zukunftsangst und Klimawandel*, 2021, S. 171 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 261 Rn. 11, 25 bzw. im Rahmen der § 160 ff. StPO der Staatsanwaltschaft, vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 160 Rn. 11 f., 14.

¹⁵⁰ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 4 Rn. 47.

¹⁵¹ Vgl. *Schmidt*, in: ErfK Art. 4 GG Rn. 63.

¹⁵² Vgl. die Medienberichte zu einer entsprechenden Konstellation, etwa: *Doppelmental? Klimakleber schwänzen Gerichtsprozess für Urlaubsflug nach Bali*, online abrufbar unter: <https://merkur.de/welt/flugzeug-kerosin-doppelmental-letzte-generation-gericht-prozess-angeklagte-klima-urlaub-bali-co2-flug-92061671.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹⁵³ Anders wäre es, wenn die Gewissensentscheidung nur auf das Üben von Protest gerichtet ist, vgl. *Roxin*, in: FS Maihofer, S. 398.

¹⁵⁴ Dazu auch *Höffler*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929326/6ed2be683fcab049352f4b3789542a6a/Stellungnahme-Hoeffler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 4 f. Dagegen *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114), jedoch ohne weitere Begründung.

¹⁵⁵ BVerfGE 23, 127 (134).

¹⁵⁶ Vgl. *Herdegen*, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, S. 682 f.; *Roxin*, in: FS Maihofer, S. 398 ff.

¹⁵⁷ S.o. II. 3. c) bb) – Entschuldigung durch eine Gewissenstat.

nur punktuell und um eines anderen Zweckes – nämlich der öffentlichen Aufmerksamkeit wegen – beeinträchtigen, ist zu berücksichtigen.¹⁵⁸ Ebenso ist den Klimaaktivisten zugute zu halten, dass sie die Geltung der staatlichen Normen grundsätzlich anerkennen.¹⁵⁹ Je nach konkreter Ausgestaltung der Aktion ist die Grenze der Gewissenstat nach diesen Kriterien zu bestimmen.

cc) Strafe als ultima ratio

Eine verfassungsrechtliche Anforderung an das Strafrecht ist, dass es nur als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt wird.¹⁶⁰ Jede Strafe – und erst recht jede Strafverschärfung – muss sich daran messen lassen, ob sie unbedingt notwendig ist, um das missbilligte Verhalten zu sanktionieren.¹⁶¹ Insbesondere muss die Strafe zu der Schuld des Täters in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹⁶²

Über § 46 Abs. 1 StGB wird als Zweck der Strafe die Vergeltung der individuellen Schuld abgeleitet, über die §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3 StGB finden generalpräventive und über die §§ 46 Abs. 1 S. 2, 47 Abs. 1, 56 Abs. 1 S. 2 StGB spezialpräventive Elemente Eingang in den Zweck des staatlichen Strafens.¹⁶³ Eine Straferhöhung zur (general- oder spezialpräventiven) Abschreckung oder zur Verstärkung des Normbewusstseins erscheint dabei nicht aussichtsreich, wenn man sich Äußerungen der Klimaaktivisten vor Gericht ansieht, wie etwa diese gerichtliche Feststellung:

„...kein Urteil könne ihn davon abhalten, weiterhin gleichgelagerte Straftaten zu begehen und Geldstrafen träfen ihn nicht, da [...] eine Geldstrafe auf dem Stapel unbezahlter Rechnungen lande“¹⁶⁴

Es gibt viele Fälle, in denen Klimaaktivisten direkt nach Urteilsverkündungen oder Entlassung aus dem Gewahrsam erneut strafbewehrte Aktionen begehen.¹⁶⁵ Außerdem werden Gerichtskosten und auch Geldstrafen teilweise aus Spendengeldern übernommen und erreichen die Täter selbst dann gar nicht.¹⁶⁶ Die *Letzte Generation* legt es gerade darauf an, dass die Teilnehmer bestraft werden, sodass auch eine generalpräventive Wirkung der Strafe in dieser Hinsicht nur gering sein wird.¹⁶⁷ Zu beachten ist im Gegenteil die teilweise geäußerte Befürchtung, dass harte Strafen sogar zu einer Eskalation der Proteste führen könnten.¹⁶⁸

Die Strafe enthält als sozialetische Missbilligung auch ein moralisches Unwerturteil, das die individuelle Schuld des Täters mitbestimmt.¹⁶⁹ Inhaltlich sind die Ziele der Klimaaktivisten moralisch billigenwert, insofern, als Klimaschutz als „gut“ zu werten ist. Denn eine Erderwärmung über 1,5°C hinaus, birgt Gefahren nicht nur für Öko-

¹⁵⁸ Vgl. Roxin, in: FS Maihofer, S. 403 f.

¹⁵⁹ Vgl. Roxin, in: FS Maihofer, S. 405.

¹⁶⁰ Vgl. nur Roxin/Greco, Strafrecht AT, § 2 Rn. 1.

¹⁶¹ Vgl. Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 71; Rengier, Strafrecht AT, 14. Aufl. (2022), § 3 Rn. 5.

¹⁶² Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 126; Höffler, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, S. 3; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 71.

¹⁶³ Vgl. nur Rengier, Strafrecht AT, § 3 Rn. 22 ff.

¹⁶⁴ AG Heilbronn, BeckRS 2023, 7646 Rn. 41.

¹⁶⁵ S.o. II 3. d) – Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO; vgl. außerdem Höffler, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929326/6ed2be683fcab049352f4b3789542a6a/Stellungnahme-Hoeffler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 4 mit Verweis auf einschlägige kriminologische Forschung.

¹⁶⁶ Vgl. Müller, Sind Spenden an die „Letzte Generation“ strafbar?, online abrufbar unter: <https://www.merkur.de/politik/protest-klima-kleber-spenden-letzte-generation-klimawandel-zr-92266620.html> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023); Pietsch, Kriminalistik 2023, 137 (141).

¹⁶⁷ Vgl. Werte und Protestkonsens, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/werte-protestkonsens/> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023).

¹⁶⁸ Vgl. Hüber, Stellungnahme der GdP zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929594/7e826cbf294029032f24f384d49bbb89/Stellungnahme-Hueber-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.9.2023), S. 4; Höffler, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, S. 5.

¹⁶⁹ Vgl. Kühl, in: FS Böttcher, 2007, S. 603; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. II, Vorb. § 38 Rn. 2.

systeme, sondern auch für Menschen. Das sind insbesondere Risiken für Gesundheit, Lebensgrundlagen, Ernährungssicherheit, Wasserversorgung und soziale Sicherheit.¹⁷⁰

Für das Mittel, Straftaten unter Beeinträchtigung der Rechtsgüter Unbeteiligter zur Erreichung dieses Ziels zu begehen, ist die Bewertung fraglich. Grundsätzlich ist dies auch moralisch verwerflich, unter dem Gesichtspunkt des zivilen Ungehorsams jedoch moralisch legitimierbar. Dennoch ist im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren zu beachten, dass es objektiv nicht Aufgabe einzelner Bürger ist, Gesetzesänderungen durchzusetzen.¹⁷¹ Auch dies ist bei der sozialetischen Missbilligung zu berücksichtigen.

Ebenfalls in die Abwägung einfließen könnte die in Deutschland herrschende Gerechtigkeitsauffassung.¹⁷² Nach dem zdf-Politbarometer von April 2023 sind 82% der Deutschen der Auffassung, dass die von den Klimaaktivisten gewählten Mittel nicht angemessen sind, obwohl 48% finden, es müsse mehr für Klimaschutz getan werden.¹⁷³

Die Aktionen der Klimaaktivisten sind nach der dargelegten Bewertung grundsätzlich sozial-ethisch zu missbilligen. Die Schuld dürfte aber oft als gering anzusehen sein, weil einige Aspekte die Klimaaktivisten auch entlasten. Strafverschärfungen wären angesichts des Fehlens präventiver Zwecke und der zwar vorhandenen, aber nach sozial-ethischer Wertung grundsätzlich geringen Schuld, unangemessen.

Aber auch die Strafe überhaupt muss sich an dem ultima-ratio-Prinzip messen lassen. Als mildere Alternative zur Strafe wäre für einen effektiven Rechtsgüterschutz denkbar, von staatlicher Seite aus die Forderungen der Klimaaktivisten zu erfüllen – dann würden die Proteste enden.¹⁷⁴ Allerdings wäre es, auch unter Berücksichtigung der Gewaltenteilung und des Demokratiegebots, bedenklich, wenn der Bundesregierung bzw. Bundestag die Forderungen zur Beendigung der Proteste erfüllen würde.¹⁷⁵ Denn der Gesetzgeber sollte zwar verfassungskonform handeln, dabei kommt ihm jedoch eine Einschätzungsprärogative bezüglich der Mittel zu.¹⁷⁶ Weitere denkbare Sanktionsmöglichkeiten, wie ein zivilrechtlicher Schadensersatz oder verwaltungsrechtliche Sanktionen, würden die sozialetische Missbilligung nicht in gleicher Weise ausdrücken.¹⁷⁷ Mildere Mittel als die Bestrafung sind somit nicht ersichtlich.

Im Rahmen einer Vergeltung des zu missbilligenden Verhaltens erscheint es damit grundsätzlich notwendig, die Klimaaktivisten zu bestrafen.¹⁷⁸ Das Schuldprinzip gebietet es aber, den Schuldausschluss bzw. den Grad der individuellen Schuld in jedem Einzelfall genau zu prüfen.

3. Bewertung der strafrechtlichen Möglichkeiten

a) Strafverschärfungen

Nachdem die möglichen Strafverschärfungen verfassungsrechtlich untersucht wurden, kann eine Bewertung der

¹⁷⁰ Vgl. mit Verweis auf einschlägige wissenschaftliche Erkenntnisse insb. BVerfGE 157, 30 (50 ff.); IPCC, Sonderbericht über 1,5 °C, online abrufbar unter: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2020/07/SR1.5-SPM_de_barrierefrei.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 2.

¹⁷¹ So auch Rönnau, JuS 2023, 112 (113).

¹⁷² Wobei dies umstritten ist, vgl. etwa Schiemann/Siems/Wegner, Die öffentliche Bewertung der Angemessenheit von Strafzumessungsentscheidungen, 2021, S. 16, 478 ff., insb. mit Hinweis auf die Schwierigkeit, das gesellschaftliche Meinungsbild objektiv zu fassen und die Beeinflussung dessen durch die Medien.

¹⁷³ Vgl. Klimaschutz starke finanzielle Belastung, online abrufbar unter: <https://amp.zdf.de/nachrichten/politik/politbarometer-klimaschutz-kosten-belastung-ukraine-krieg-100.html> (abgerufen am 15.5.2023).

¹⁷⁴ So nach eigener Aussage der Letzten Generation, vgl. etwa Brief an die Bundesregierung von 16.2.2022, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/presse/pressemitteilungen> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹⁷⁵ Zur Strafbarkeit dessen als Nötigung vgl. Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401.

¹⁷⁶ Vgl. Rux, in: BeckOK-GG, 54. Ed. (Stand 15.2.2023), Art. 20a Rn. 30.

¹⁷⁷ Vgl. Radtke, in: MüKo-StGB, Vorb. § 38 Rn. 4; vgl. auch Saliger, ZIS 2022, 276 (282), der für eine stärkere Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten plädiert.

¹⁷⁸ Auch andere, hier nicht angeführte, Straftheorien legen eine solche Notwendigkeit dar, vgl. insb. Freund/Rostalski, Strafrecht AT, 3. Aufl. (2019), § 1 Rn. 24 ff.

Vorschläge vorgenommen werden. Eine Erhöhung des Strafrahmens durch die Festlegung besonders schwerer Fälle in § 240 Abs. 4 StGB und § 304 StGB erscheint unter Berücksichtigung der Bedrohung der menschlichen Lebensgrundlagen durch den Klimawandel und des verfassungswidrigen Handelns der Bundesregierung nicht angemessen. Die Strafverschärfungen würden ferner eine Einschränkung insbesondere der Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG bedeuten, die der besonderen Rechtfertigung bedürften. Auch die im Einzelfall einschlägige Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG¹⁷⁹ ist bei den Straferhöhungen zu berücksichtigen:

„Ein Versuch etwa, den Gewissenstäter durch übermäßig harte Strafen als Persönlichkeit mit Selbstachtung "zu brechen" [...] wäre verfassungswidrig.“¹⁸⁰

Inhaltliche Erwägungen, etwa die moralische Billigung der Anliegen oder das Zutreffen der Kritik an der verfassungswidrigen Untätigkeit des Gesetzgebers, können vor allem auf Strafzumessungsseite berücksichtigt werden. Eine strafscharfende Berücksichtigung dieser Aspekte scheint aus den bereits genannten Gründen verfassungsrechtlich bedenklich und unangemessen.¹⁸¹ Insgesamt genügen Straferhöhungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Strafe als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes nicht.¹⁸²

b) Absehen von Strafe

Weil die Sitzblockaden der Klimaaktivisten die Rechtsgüter unbeteiligter Dritter übermäßig beeinträchtigen, sind die Sitzblockaden oft als rechtswidrig einzustufen. Insbesondere bei einer kurzen Dauer, können die Sitzblockaden aber auch nicht verwerflich sein.¹⁸³ Auch die anderen Straftaten sind in der Regel rechtswidrig erfüllt.¹⁸⁴ Möglich bleibt aber oft eine Entschuldigung als Gewissenstat. Bei der Strafzumessungsschuld, die auch im Rahmen einer möglichen Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO zu berücksichtigen ist, ist schuld-mildernd zu werten, dass die Klimaaktivisten ein moralisch und rechtlich grundsätzlich billigenwertes Anliegen verfolgen und die Strafe aus präventiven Zwecken meist nicht geboten ist.¹⁸⁵ Daher ist es denkbar, dass eine Bestrafung in vielen Fällen nicht mehr als geeignetes Mittel zur Sanktionierung erscheint und eine Einstellung nach § 153 StPO oder § 153a StPO geboten ist.

IV. Ergebnis: (Härtere) Bestrafung von Klimaaktivisten?

Im ersten Teil dieser Arbeit wurden die Bestrafungsmöglichkeiten mit Hinblick auf mögliche Veränderungen der aktuellen Bestrafung beleuchtet. Diese Möglichkeiten wurden sodann im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Wertung untersucht.

¹⁷⁹ Das ist nach hier vertretener Ansicht freilich nur dann relevant, wenn die Entschuldigung einer Gewissenstat an der Abwägung scheitert, s.o. III 2. b) bb) – Gewissensfreiheit, Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁸⁰ BVerfGE 23, 127 (134).

¹⁸¹ So auch *AG München*, BeckRS 2022, 41330.

¹⁸² Darüber hinaus wird auch die Vereinbarkeit mit weiteren Verfassungsprinzipien, insbesondere dem Willkürprinzip und dem Bestimmtheitsgebot moniert, deren Ausführung den Umfang dieser Arbeit überspannt hätte. Dasselbe gilt für tatbestandsspezifische Erwägungen. Vgl. insb. *Fischer*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fc4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 6.

¹⁸³ S.o. III 2 b) aa) – Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG.

¹⁸⁴ Vgl. nur *Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 305.

¹⁸⁵ Vgl. III. 2. a) – Klimaschutz als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG und II 2 b) cc) – Strafe als ultima ratio.

1. Unangemessenheit von pauschalen Strafverschärfungen

Es konnte zunächst herausgestellt werden, dass das Üben zivilen Ungehorsams per se keine rechtliche Bedeutung hat. Wird mit dem Üben zivilen Ungehorsams ein Straftatbestand verwirklicht, so ist die Bestrafung der Klimaaktivisten danach zu prüfen. Die Aktionen der Klimaaktivisten, namentlich Sitzblockaden und Sachbeschädigungen von Kunst- und Kulturgütern, sind in der Regel rechtswidrige Straftaten. Als solche sollten sie auch berücksichtigt werden, sodass im Einzelfall eine „harte“ Bestrafung wünschenswert sein kann, um den Rechtsgüterschutz Dritter und der Allgemeinheit zu gewährleisten. Die Strafraumen der einschlägigen Delikte werden derzeit bei Weitem nicht ausgereizt,¹⁸⁶ so dass auch eine härtere Bestrafung nach geltendem Recht möglich wäre.

Unter dem Stichwort „Maßnahmen-Gesetzgebung“ wird die Vereinbarkeit von Strafverschärfungen mit dem Willkürverbot und dem Bestimmtheitsgebot bezweifelt.¹⁸⁷ Aber schon unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Strafe als ultima ratio – auch und gerade im Rahmen der Erderwärmung und der damit einhergehenden Folgen – wären Strafverschärfungen unangemessen.¹⁸⁸ Das gilt auch für eine pauschal strafscharfende Bewertung der Klimaproteste im Rahmen der Strafzumessung.¹⁸⁹ Die Frage: „Härtere Bestrafungen für Klimaaktivisten?“ ist daher mit „nein“ zu beantworten.

2. Bestrafung von Klimaaktivisten als Frage der Schuld

Wie in dieser Arbeit herausgestellt wurde, ist aufgrund der Aussagen der Klimaaktivisten stets zu prüfen, ob eine entschuldigende Gewissenstat vorliegt. Die Klimaaktivisten wenden sich mit den Aktionen im Rahmen des zivilen Ungehorsams bewusst gegen geltende Gesetze, sodass die Handlungen „ihrer Form nach illegal“,¹⁹⁰ mithin rechtswidrig sind. Können die Klimaaktivisten im Einzelfall dennoch nicht für die rechtswidrige Aktion verantwortlich gemacht werden, weil sie im Rahmen einer Gewissenstat durch einen inneren Zwang zu dem rechtswidrigen Handeln bestimmt wurden, können sie entschuldigt sein. Diese Berücksichtigung des Schuldprinzips im Rahmen der Strafe als ultima ratio stellt das *BVerfG* in einer Entscheidung von 1971 dar:

„Ist diese Entscheidung [sc. die Gewissensentscheidung] auch objektiv nach den in der Gesellschaft allgemein herrschenden Wertvorstellungen zu mißbilligen, so ist sie doch nicht mehr in dem Maße vorwerfbar, daß es gerechtfertigt wäre, mit der schärfsten der Gesellschaft zu Gebote stehenden Waffe, dem Strafrecht, gegen den Täter vorzugehen. Kriminalstrafe ist - unabhängig von ihrer Höhe - bei solcher Fallgestaltung unter keinem Aspekt (Vergeltung, Prävention, Resozialisierung des Täters) eine adäquate Sanktion.“¹⁹¹

Eine Bestrafung bleibt trotz Gewissensentscheidung möglich, wenn die Gesamtumstände der Tat, insbesondere

¹⁸⁶ S.o. II 4. a) – Aktuelle Bestrafung von Klimaaktivisten; vgl. auch *Furtwänger*, Stellungnahme des RAV, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929364/42918cd7a3c5d4cd6c9ae786dc1ab389/Stellungnahme-Furtwaengler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 10 ff.

¹⁸⁷ So *Fischer*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310 online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fc4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 9.

¹⁸⁸ S.o. III. 3. a) – Strafschärfungen; Bemerkenswert ist in diesem Kontext, dass die beiden Stellungnahmen, die dem Antrag BT-Drs. 20/4310 zugestimmt haben, kaum rechtliche Ausführungen vorlegen, vgl. Stellungnahmen der DPoIG online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929352/d451128307d6ba95db5fa0b679d5e50/Stellungnahme-Schumann-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); und des „Weißer Ring e.V.“ zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929386/4397e97b9983efe43d6e2999796da13e/Stellungnahme-Liesching-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

¹⁸⁹ Zumal Vorgaben diesbezüglich der Gewaltenteilung widersprechen würden, vgl. *Höffler*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/4310, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929326/6ed2be683fcab049352f4b3789542a6a/Stellungnahme-Hoeffler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023), S. 5.

¹⁹⁰ *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, S. 214.

¹⁹¹ *BVerfGE* 32, 98 (109).

die Schwere der verletzten Rechtsgüter, dies als erforderlich erscheinen lassen. Die Berücksichtigung auf Schuld-ebene würde die Wertung der Aktionen als Unrecht unberührt lassen.¹⁹² Trotzdem könnte gegen die Aktionen Notwehr verübt werden¹⁹³ und eine eventuelle Teilnahmestrafbarkeit bliebe ermöglicht.¹⁹⁴ Dass die Entschuldigung in der bisherigen Forschung und Rechtsprechung kaum berücksichtigt wurde, ist somit nicht einleuchtend.¹⁹⁵ Die Voraussetzungen der Gewissenstat müssen von Staatsanwaltschaft und Gericht ernsthaft geprüft werden, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Strafe gerecht zu werden. Im Rahmen der Rechtssicherheit wäre es darüber hinaus wünschenswert, die Gewissenstat auch als Entschuldigungsgrund im StGB zu kodifizieren, etwa:

§ 35a Gewissensnotstand

- (1) *Wer eine rechtswidrige Tat begeht, zu der er durch eine ernstliche sittliche oder religiöse Entscheidung, die er für sich unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, bestimmt wird, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit nicht das Interesse des Täters die durch die Tat beeinträchtigten Rechtsgüter wesentlich überwiegt. In diesem Fall ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.*
- (2) *Abs. 1 gilt nicht, sofern Umstände der Tat eine besonders schwere Schuld des Täters begründen. In diesem Fall kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*

Dadurch würde die verfassungsrechtlich gebotene Stellung der Strafe als ultima ratio der staatlichen Sanktionierung eine Stärkung in der strafrechtlichen Praxis erfahren. Auch die Strafzumessungsschuld ist meist als gering anzusehen.¹⁹⁶ Wünschenswert ist eine Berücksichtigung dessen durch die Staatsanwaltschaft im Rahmen der §§ 153, 153a StPO schon im Ermittlungsverfahren.¹⁹⁷ Eine Einstellung ist daher oftmals verfassungsrechtlich geboten. Die Frage „Bestrafung für Klimaaktivisten?“ lässt sich somit nicht pauschal beantworten, sondern mit „Ja, solange die individuelle Schuld einen es nicht gebietet, auf die Bestrafung zu verzichten.“

3. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die hier behandelten Aktionen der Klimaaktivisten grundsätzlich rechtswidrig und strafbar sind. Je nach Ausgestaltung können Sitzblockaden jedoch sozialadäquat sein und eine Bestrafung somit an § 240 Abs. 2 StGB scheitern. Einige Fälle könnten außerdem als Gewissenstaten entschuldigt werden. Auch die (Strafzumessungs-)Schuld ist meist als gering anzusehen, so dass viele Aktionen sich als nicht strafwürdig erweisen. Dies sollte schon von der Staatsanwaltschaft im Rahmen der §§ 153, 153a, 170 Abs. 2 StPO berücksichtigt werden. In diesem Rahmen wäre eine Einstellungspraxis durch behördliche Weisungen¹⁹⁸ wünschenswert. Strafverschärfungen sind hingegen nicht angemessen. Das lässt sich auch für eine Bezeichnung der Aktivisten als „Klimaterroristen“ festhalten. Denn wie in dieser Arbeit herausgestellt wurde, bewegen sich auch die im Ergebnis strafwürdigen Aktionen meistens im Bagatellbereich und fallen unter den – gewaltfreien – zivilen Ungehorsam. Eine strafrechtliche Bewertung, wie sie hier vorgeschlagen ist, könnte außerdem Auswirkungen auf die ebenfalls viel diskutierte Rechtmäßigkeit von Präventivgewahrsam haben.¹⁹⁹ Auch andere vorgeschlagene Verschärfungen,

¹⁹² Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 52. Aufl. (2023), § 13 Rn. 620.

¹⁹³ Vgl. *Hoven/Rostalski/Weigend*, Klimaaktivismus: Angriff oder Verteidigung?, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2022/52/klimaaktivismus-autofahrer-letzte-generation-notwehr> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); *Preuß*, NVZ 2023, 60 (72 ff.).

¹⁹⁴ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 621.

¹⁹⁵ Vgl. insb. *Eidam*, JZ 2023, 224 (229); *Hassemer*, in: FS Wassermann, S. 335 mit kategorischen Verweisen auf die Rechtfertigungsebene.

¹⁹⁶ S.o. III. 3. b) – Absehen von Strafe; vgl. auch *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 13, 26.

¹⁹⁷ Vgl. auch *Busche*, KlimR 2023, 103 (107).

¹⁹⁸ Gem. §§ 146, 147 GVG. Zu dieser Möglichkeit vgl. BVerfGE 90, 145 (190).

¹⁹⁹ Vgl. dazu *AG München*, BeckRS 2022, 41330.

wie die Ermöglichung von Untersuchungshaft durch die Kodifizierung der Nötigung als Fall des § 112a StPO²⁰⁰ wird nach den herausgestellten Grundsätzen nicht angemessen sein. Insgesamt kann mit Spannung auf vermutlich noch kommende Entscheidungen der obersten Bundesgerichte über die Aktionen der *Letzten Generation* gewartet werden. Es gibt viele offene Fragen und eine einheitliche Rechtsprechungslinie ist noch nicht ersichtlich. Diese Arbeit hat einen Vorschlag vorgelegt, wie mit Forderungen nach härterer Bestrafung von Klimaaktivisten aber auch mit Bestrafungen überhaupt nach verfassungskonformer Wertung verfahren werden kann.

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

²⁰⁰ Vgl. zu diesem Vorschlag *Leitmeier*, jM 2023, 38 (38).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Sophie Grab

**Kritische Betrachtung der Reform der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem.
§ 64 StGB**

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 12.4.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	119
II. Reformbedarf	119
1. Anstieg der Unterbringungszahlen und der Behandlungsdauer	119
2. Wandel der Klientel	120
3. Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung und regionale Unterschiede	121
4. Hohe Erledigungszahlen	121
III. Sinn der Maßregel und Historie	122
1. Zweck und Rechtfertigung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt	122
2. Historische Entwicklung des § 64 StGB	123
a) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. März 1994	123
b) Das Gesetz vom 16. Juli 2007	123
c) Das Gesetz vom 8. Juli 2016	124
IV. Aktuelle Rechtslage	124
1. Materielle Voraussetzungen der Anordnung	125
a) Hang zum Rauschmittelmisbrauch	125
b) Symptomatischer Zusammenhang zwischen Anlasstat und Hang	125
c) Erfolgsaussicht	126
2. Ermessen des Tatrichters	126
3. Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt	127
4. Verhältnis zu § 35 BtMG	128
5. Vollziehbarkeit der Erledigungserklärung	128
V. Würdigung und Ergänzung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung	129
1. Würdigung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung	129
a) Hang	129
aa) Regierungsentwurf	129
bb) Würdigung	130
b) Kausalität zwischen Hang und Anlasstat	131
aa) Regierungsentwurf	131
bb) Würdigung	131
c) Erfolgsaussichten	132
aa) Regierungsentwurf	132
bb) Würdigung	132
d) Zweidrittelzeitpunkt	134
aa) Regierungsentwurf	134
bb) Würdigung	134
e) Vollziehbarkeit der Erledigungserklärung	135
f) Fazit	135
2. Alternativen und Ergänzungen	135

<i>a) Alternative Behandlungsmöglichkeiten stärken</i>	135
<i>b) Zumindest verminderte Schuldfähigkeit</i>	137
<i>c) Erfordernis der Zustimmung des Angeklagten</i>	137
<i>d) Stärkung des Ermessens</i>	137
<i>e) Terminologie</i>	138
VI. Fazit	138

I. Einleitung

Resozialisierung und Prävention zu stärken, sind die Ziele, die die Bundesregierung mit ihrem Gesetzesentwurf zur Überarbeitung des Sanktionenrechts verfolgt.¹ Diese Reform betrifft unter anderem auch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. Anlass der Reform ist die Überforderung der Anstalten angesichts der stetig steigenden Unterbringungszahlen.² Diese sind in manchen Bundesländern bereits an ihrer Kapazitätsgrenze gelangt, sodass zu Behandelnde nicht selten auf einen freien Platz warten müssen. Wie prekär die Situation ist, zeigt sich an Daten aus Niedersachsen. Hier warteten im Jahr 2020 98 behandlungsbedürftige Täter im Schnitt 231 Tage auf einen Therapieplatz und waren in dieser Zeit auf freiem Fuß.³ Die Frage allerdings bleibt offen, ob diese zunehmend problematische Situation durch den Gesetzesentwurf verbessert oder gar gelöst werden kann. Gegenstand dieser Arbeit ist es daher, zu überprüfen, ob die eingangs genannten Ziele erreicht werden können. Dafür sollen der Reformbedarf und die Defizite der geltenden Rechtslage herausgearbeitet werden. Zur Bewertung und Ergänzung des vorliegenden Regierungsentwurfs sollen schließlich Alternativvorschläge von Fachgruppen und aus der Literatur miteinbezogen werden.

II. Reformbedarf

Bereits seit vielen Jahren verschärft sich die Situation in den Entziehungsanstalten. Im Folgenden wird gezeigt, in welchen Bereichen der Reformbedarf besonders deutlich ist.

1. Anstieg der Unterbringungszahlen und der Behandlungsdauer

In quantitativer Hinsicht ist ein stetiger Anstieg der Unterbringungen gem. § 64 StGB zu verzeichnen. So wurde im Jahr 2001 bei 1370 Abgeurteilten die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet.⁴ 2021 stieg diese Zahl auf 3559.⁵ In einem Zeitraum von zwanzig Jahren hat sich die Anzahl der Unterbringungsanordnungen mehr als verdoppelt. Dies entspricht allerdings nicht der allgemeinen Kriminalitätsentwicklung, vielmehr hat sich der Anteil der gem. § 64 StGB Untergebrachten an den insgesamt Abgeurteilten erhöht. 2001 wurden insgesamt 890 099 Personen abgeurteilt.⁶ Die Zahl der Unterbringungen jedoch war geringer als im Jahr 2021, in dem es insgesamt 815.199 Abgeurteilte gab.⁷ 2001 wurde die Unterbringung in ca. 0,15 % der Aburteilungen angeordnet, 2021 in ca. 0,44 % der Fälle. Es handelt sich dabei um eine Zunahme, die nahezu um den Faktor 3 steigt. Ein solch deutlicher Anstieg der Unterbringungen lässt sich nach *Dessecker* nicht darauf zurückführen, dass Abhängigkeitsprobleme gesamtgesellschaftlich derart zugenommen hätten.⁸ Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass Gerichte heute die Unterbringungsanordnung häufiger aussprechen.

Hinzu kommt, dass auch die Unterbringungsdauer und die Begleitstrafen steigen. Im Vergleich zum Jahr 1995

¹ BT-Drs. 20/5913, S. 1.

² *Pollähne*, in: NK-StGB, Bd. I, 5. Aufl. (2017), § 64 Rn. 7.

³ Kleine Anfrage zur schriftlichen Beantwortung, Nds. LT-Drs. 18/7125, S. 1 f.

⁴ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2001, Fachserie 10 Reihe 3, S. 76.

⁵ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2021, Fachserie 10 Reihe 3, S. 361.

⁶ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2001, Fachserie 10 Reihe 3, S. 12.

⁷ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2021, Fachserie 10 Reihe 3, S. 14.

⁸ *Dessecker*, R&P 2004, 192 (194).

war die durchschnittliche Behandlungsdauer im Jahr 2016 sechs Monate länger.⁹ Auch die Höhe der Begleitstrafen ist in diesem Zeitraum deutlich gestiegen.¹⁰ Täter haben dann mehr Zeit für eine Therapie. Eine Erklärung für die gesteigerte Unterbringungsdauer ist das erhöhte Sicherheitsbedürfnis der Anstalten und die dadurch zögerlicheren Lockerungen.¹¹

Die zahlreichen Unterbringungsanordnungen in Kombination mit dem Anstieg der durchschnittlichen Behandlungsdauer sind maßgebliche Ursachen für die Kapazitätsprobleme der Entziehungsanstalten.

2. Wandel der Klientel

Zu der quantitativen Überlastung der Entziehungsanstalten kommt hinzu, dass sich auch ein struktureller Wandel der Klientel vollzieht. Diese grundlegende Veränderung findet auf verschiedenen Ebenen statt. Als erstes wird das Verhältnis der schuldunfähigen und vermindert schulfähigen zu den schulfähigen Untergebrachten untersucht. 1995 wurde insgesamt 757 Mal die Unterbringung angeordnet.¹² Darunter waren 28 schuldunfähige (3,6 %) und 355 vermindert schulfähige Personen (46,9 %).¹³ Etwa die Hälfte der Untergebrachten war voll schulfähig. Im Jahr 2021 wurde die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt in 3559 Fällen angeordnet.¹⁴ Davon waren 100 Personen schuldunfähig (2,8 %), 829 Personen vermindert schulfähig (23,29 %).¹⁵ Es waren folglich 73,91 % der Untergebrachten voll schulfähig. Dies zeigt anschaulich, dass immer mehr voll Schulfähige in Entziehungsanstalten untergebracht werden.

Eine wesentliche Veränderung zeigt sich auch in der Suchtmittelabhängigkeit der Untergebrachten. Während Alkoholabhängigkeit früher überwog, dominieren inzwischen die Betäubungsmittelabhängigkeiten deutlich.¹⁶ Zunehmend liegt auch eine Kombination von Alkohol- und Rauschgiftkonsum vor.¹⁷ Dies wirkt sich auch auf die Behandlungskonzepte aus. Der Konsum von Drogen ist außerdem bei immer mehr Menschen Bestandteil ihres Lebensstils und ihrer sozialen Beziehungen.¹⁸ Vermehrt werden außerdem Drogenhändler untergebracht, bei denen der Drogenkonsum gegenüber den verfolgten finanziellen Interessen nur eine untergeordnete Rolle spielt.¹⁹ Auch deshalb steigt der Anteil der Untergebrachten mit Verbindung zu kriminellen Strukturen.²⁰

Diese strukturellen Veränderungen haben negative Auswirkungen auf das Behandlungsklima. Berichte, dass Personal und andere untergebrachte Personen gefährdet worden seien, sind ein Beispiel dafür.²¹ Eine erhöhte Belastung des Personals geht damit einher.²² Außerdem wird beklagt, dass die Gefährlichkeit eines zunehmenden Anteils der Untergebrachten primär Ausdruck ihrer Persönlichkeit und weniger ihrer Suchtmittelerkrankung ist.²³

⁹ Riedemann/Berthold, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, 2020, S. 32 f.

¹⁰ Riedemann/Bertold, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 25; Querengässer/Traub, R&P 2021, 19 (22).

¹¹ Schalast, FPPK 2017, 105 (108).

¹² Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 1995, Fachserie 10 Reihe 3, S. 72.

¹³ Ebd.

¹⁴ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2021, Fachserie 10 Reihe 3, S. 361.

¹⁵ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2021, Fachserie 10 Reihe 3, S. 370 ff.

¹⁶ Müller, FPPK 2019, 262 (264); Schalast, NStZ 2017, 433 (435).

¹⁷ Müller, FPPK 2019, 262 (264).

¹⁸ Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, 5. Aufl. (2019), S. 196.

¹⁹ Müller, FPPK 2019, 262 (264); Querengässer/Traub, R&P 2021, 19 (26).

²⁰ Schalast, NStZ 2017, 433 (438).

²¹ BT-Drs. 20/5913, S. 34.

²² Berthold/Riedemann, R&P 2022, 225 (225).

²³ Riedemann/Bertold, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 36.

Diese Personen sind oft schwer zu therapieren und die Therapie ist deshalb besonders herausfordernd.²⁴ Die veränderte Population beeinflusst die therapeutische Atmosphäre negativ und beansprucht die Entziehungsanstalten immer stärker.²⁵ Aus diesem Grund wird zunehmend von Fehleinweisungen gesprochen und gefordert, diesen durch eine Gesetzesänderung entgegenzuwirken.²⁶

3. Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung und regionale Unterschiede

Problematisch ist auch, dass es starke regionale Unterschiede in der Rechtsprechung bei der Anwendung des § 64 StGB gibt. Hinsichtlich der Anzahl der Anordnungen gibt es zwischen den Bundesländern erhebliche Unterschiede. So wurde beispielsweise in Bayern im Jahr 2014 die Unterbringung gem. § 64 StGB 1.312 Mal angeordnet, in Nordrhein-Westfalen, dem Bundesland mit den höchsten Einwohnerzahlen, hingegen nur 841 Mal.²⁷ In Bayern wird mit 7,09 Untergebrachten auf 100.000 Einwohner (im Alter über 14 Jahren) die Unterbringung am häufigsten angeordnet.²⁸ Sogar innerhalb der Bundesländer fällt eine unterschiedliche Rechtsanwendung je nach Landgerichtsbezirk auf.²⁹ Auch die Dauer der Unterbringung unterscheidet sich von Bundesland zu Bundesland erheblich.³⁰

4. Hohe Erledigungszahlen

Ausdruck der Defizite der Entziehungsanstalten sind außerdem die zunehmend hohen Erledigungszahlen. Bundesweit werden mittlerweile die Hälfte aller Behandlungen vorzeitig wegen Aussichtslosigkeit abgebrochen.³¹ Das Scheitern der Behandlung kommt immer häufiger vor.³² Und es ist zu vermuten, dass in einer Vielzahl der Fälle die Erfolgsaussichten zu optimistisch angenommen werden.³³ Der Platzmangel und der hoher Aufnahmepressure könnten ebenfalls Ursache eines verfrühten Abbruchs sein.³⁴ Außerdem hat die zunehmend hohe Auslastung der Entziehungsanstalten negative Auswirkungen auf die Versorgung der untergebrachten Personen und dadurch auch auf die Therapieerfolge.³⁵ Die große Anzahl der Therapieabbrüche ist mit Blick auf die hohen Kosten skeptisch zu betrachten. Müller schätzt die Behandlungskosten für die Unterbringung in Entziehungsanstalten auf 400 Millionen Euro pro Jahr.³⁶ Die Unterbringungskosten belaufen sich für eine Person für ein Jahr auf etwa 100.000 Euro.³⁷

Die Entziehungsanstalten stehen vor vielen Herausforderungen, die überwunden werden müssen, um das Ziel der Resozialisierung und Prävention erfüllen zu können. Angesichts der begrenzten Kapazitäten der Entziehungsanstalten ist es erforderlich, die Unterbringungsanordnungen auf Personen zu beschränken, die eine Therapie wirklich benötigen und einer solchen auch zugänglich sind.

²⁴ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (182).

²⁵ *Koller/Müller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 18; *Maybaum*, Deutsches Ärzteblatt 2019, 1474 (1477); *Müller*, FPPK 2019, 262 (264 f.); *Schalast*, NStZ 2017, 433 (438); *Walther*, JR 2020, 296 (306).

²⁶ *Radtke*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 89.

²⁷ *Gemmern*, in: MüKo-StGB, Bd. II, 4. Aufl. (2020), § 64 Rn. 5.

²⁸ *Querengässer/Traub*, R&P 2021, 19 (21 f.).

²⁹ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (169).

³⁰ *Schalast*, FPPK 2017, 105 (112).

³¹ *Koller/Müller*, StV 2021, 265 (266); *Schalast*, R&P 2012, 81 (87).

³² *Schalast/Dessecker/Haar*, R&P 2005, 3 (4).

³³ *Gemmern*, in: MüKo-StGB, § 64 Rn. 7.

³⁴ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (186).

³⁵ *Walther*, JR 2020, 296.

³⁶ *Müller*, FPPK 2019, 262 (263).

³⁷ *Schalast*, NStZ 2017, 433 (438).

III. Sinn der Maßregel und Historie

Die Probleme der Entziehungsanstalten werden schon seit mehreren Jahrzehnten kritisch beobachtet und waren auch Ausgangslage der zwei erfolgten Gesetzesänderungen. Es wird immer wieder die Frage geäußert, wie die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angesichts der aufgezeigten Defizite überhaupt gerechtfertigt werden kann. Dies soll zunächst mit Bezug auf den ursprünglich mit der Regelung verfolgten Zweck erörtert werden, bevor die wesentlichen Entwicklungen hinsichtlich des § 64 StGB dargestellt werden sollen.

1. Zweck und Rechtfertigung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Etwa 4 Millionen der knapp über 83 Millionen Einwohner Deutschlands leiden unter durch Alkohol- oder Drogenkonsum verursachten Störungen.³⁸ Suchtprobleme können einen bedeutenden kriminogenen Faktor darstellen.³⁹ Um Suchterkrankungen sachgerecht zu begegnen, hat der Gesetzgeber die Regelung des § 64 StGB vorgesehen. Vorrangiger Zweck des § 64 StGB ist die Besserung.⁴⁰ Dies kommt in § 67d S. 1 StGB zum Ausdruck, wonach die Unterbringung in der Regel zwei Jahre nicht überschreiten soll.⁴¹ Die Besserung allein kann jedoch nicht die Unterbringung in der Entziehungsanstalt und den damit einhergehenden Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG legitimieren. Sie muss auch darauf ausgerichtet sein, durch Besserung der Rauschmittelsucht den Schutz der Allgemeinheit zu bezwecken.⁴²

Die deutsche Gesellschaft für soziale Psychiatrie hat ein Positionspapier veröffentlicht, das sie der Reform des Maßregelvollzugs widmet. Sie fordert, die Regelung des § 64 StGB generell abzuschaffen.⁴³ Auch Müller wirft die Frage auf, ob die Maßregel angesichts der hohen Erledigungszahlen noch ihre Berechtigung hat.⁴⁴ Es ist jedoch kritisch zu bewerten, wie Müller von der Anzahl der Abbrüche (allein) auf eine falsche Auswahl der Untergebrachten zu schließen. Stattdessen könnten auch mögliche Therapiedefizite als Ursache in Frage kommen.⁴⁵ Vielmehr sollte man überlegen, ob die Behandlungskonzepte angepasst werden müssten.⁴⁶

Die Entziehungsanstalten stehen vor der herausfordernden Aufgabe, Täter mit vielfältigen Problemen und krimineller Vorbelastung⁴⁷ zu resozialisieren und eine erneute Straffälligkeit zu verhindern.⁴⁸ Trotzdem gelingt es den Entziehungsanstalten, wie die Essener Evaluationsstudie zeigt, den Anteil delinquent rückfälliger Entlassener im Vergleich zum Strafvollzug deutlich zu reduzieren.⁴⁹ Die Strafvollzugsanstalten können keine den Entziehungsanstalten vergleichbare Behandlung gewährleisten.⁵⁰ Das zeigt, dass die Entziehungsanstalten eine Reduzierung der strafrechtlich relevanten Rückfälligkeit bewirken, die die Strafvollzugsanstalten nicht leisten können. Allein

³⁸ Müller/Böcker/Eusterschulte/Koller/Muysers/Pollmächer, *Der Nervenarzt* 2021, 1155.

³⁹ Schalast/Frey/Boateng/Dönisch-Seidel/Leygraf, *R&P* 2019, 141 (142).

⁴⁰ Pollähne, in: Kammeier/Pollähne, *Maßregelvollzugsrecht*, 4. Aufl. (2018), Kapitel C Rn. 29; Best, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *StGB*, 5. Aufl. (2022), § 64 Rn. 1.

⁴¹ Cirener, in: *LK-StGB*, 13. Aufl. (2022), § 64 Rn. 2.

⁴² Kinzig, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 30. Aufl. (2019), § 64 Rn. 1.

⁴³ Feißt/Lewe/Kammeier, Plädoyer für eine Transformation der Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB, S. 72, online abrufbar unter: https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedyoyer_fuer_eine_Transformation_der_Massregel.pdf (zuletzt abgerufen am 5.4.2023).

⁴⁴ Müller, *FPPK* 2019, 262 (265).

⁴⁵ Bezzel, *FPPK* 2021, 368 (373).

⁴⁶ Hartl/Schlauderer/Schlögl/Mache, *MSchrKrim* 2015, 513 (525).

⁴⁷ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl. (2019), S. 348.

⁴⁸ Schalast/Dessecker/Haar, *R&P* 2005, 3 (10).

⁴⁹ Schalast/Frey/Boateng/Dönisch-Seidel/Leygraf, *R&P* 2019, 141 (144).

⁵⁰ Ebd.

dies rechtfertigt die Maßregel.

Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt trägt außerdem zur sozialen Integration bei, weil die Patienten häufiger einen Arbeitsplatz haben und dadurch seltener auf Sozialleistungen angewiesen sind.⁵¹ Zwar sind mit der Unterbringung in Entziehungsanstalten hohe Kosten verbunden, letztlich kann dies aber durch Einsparungen von Sozialleistungen teilweise kompensiert werden. Außerdem werden Kosten des Gesundheitssystems und finanzielle Schäden durch weitere Straftaten reduziert.⁵² In den letzten Jahren wurden die Behandlungskonzepte besser an die individuellen Bedürfnisse angepasst und die Erfahrungen bei schwierigen Therapien haben sich verbessert.⁵³ Deren Wirksamkeit ist mittlerweile wissenschaftlich belegt.⁵⁴ Die positiven Effekte auf die Resozialisierung sollten daher ebenfalls gewürdigt werden.

2. Historische Entwicklung des § 64 StGB

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung wurden am 24.11.1933 durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung eingeführt.⁵⁵ Im Folgenden sollen die wichtigsten Entwicklungen zu § 64 StGB dargestellt werden.

a) Urteil des BVerfG vom 16. März 1994

Am 16. März 1994 verkündete das BVerfG ein Urteil, das sich nachhaltig auf die Vorschrift des § 64 StGB auswirkte. Die Unterbringung in der Entziehungsanstalt, so das BVerfG, stelle einen Grundrechtseingriff durch Freiheitsentzug verbunden mit einer Zwangsbehandlung dar.⁵⁶ Die Anordnung und der Vollzug der Unterbringung seien nur gerechtfertigt, wenn eine konkrete Aussicht für einen Behandlungserfolg besteht.⁵⁷

Das BVerfG hat § 64 StGB insofern für nichtig erklärt, dass die Unterbringung auch bei Nichtbestehen einer hinreichend konkreten Aussicht auf Behandlungserfolg angeordnet werden konnte und daher nicht mit Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 S. 2 GG vereinbar ist.⁵⁸ Als Konsequenz muss eine Unterbringung abgebrochen werden, sobald die hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg entfällt.⁵⁹

b) Das Gesetz vom 16. Juli 2007

Als Reaktion auf das Urteil des BVerfG erließ der Gesetzgeber das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt.⁶⁰ Die Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussicht wurden angehoben. Nun ist eine positive Prognose erforderlich. § 64 StGB wurde im Zuge der Reform zu einer Sollvorschrift umgestaltet. Sie räumt jedoch kein Ermessen im engeren Sinne ein, vielmehr soll ein Absehen von der Anordnung nur ausnahmsweise möglich sein.⁶¹ In der Gesetzesbegründung wurden dazu drei Fallgruppen genannt. Erstens mangelnde Sprachkenntnisse, zweitens eine bestehende Ausreisepflicht und drittens

⁵¹ Hartl/Schlauderer/Schlögl/Mache, MSchrKrim 2015, 513 (525).

⁵² Ebd.

⁵³ Schalast, FPPK 2021, 179 (180).

⁵⁴ Schalast, FPPK 2021, 179 (183).

⁵⁵ RGBl. I, S. 995.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 –, BVerfGE 91, 1-70, Rn. 82, juris.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 –, BVerfGE 91, 1-70, Rn. 84, juris.

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 –, BVerfGE 91, 1-70, Rn. 97, juris.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 –, BVerfGE 91, 1-70, Rn. 99, juris.

⁶⁰ BGBl. I, S. 1327.

⁶¹ BT-Drs. 16/5137, S. 10.

Persönlichkeitsstörung als Hauptursache.⁶² § 246a StPO wurde dahingehend angepasst, dass das Gericht einen Sachverständigen nur noch hinzuziehen muss, wenn es die Unterbringung erwägt.⁶³

Nach der alten Fassung sollte im Regelfall die Maßregel vor der Strafe vollzogen werden. Dadurch sollte die Therapie des süchtigen Verurteilten zügig aufgenommen werden können.⁶⁴ Diese Vollstreckungsreihenfolge wurde mit der Änderung des § 67 Abs. 2 und Abs. 5 StGB überarbeitet.

Der Möglichkeit der Strafaussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt gem. § 67 Abs. 5 S. 1 StGB liegt die spezialpräventive Erwägung zu Grunde, dass es nicht begründbar sei, nach Realisierung des Maßregelzwecks den Verurteilten im Strafvollzug zur Verbüßung der restlichen Zeit bis zum Zweidrittelzeitpunkt unterzubringen.⁶⁵ Auf diesem Wege kann der im Anschluss an die Therapie in die Freiheit entlassen und eine Gefährdung des erreichten Behandlungserfolgs durch den anschließenden Vollzug unterbunden werden.⁶⁶ Außerdem kann die Aussicht auf eine frühzeitige Entlassung einen Anreiz für die Therapie darstellen.⁶⁷

Ziel der Reform 2007 war es, angesichts der steigenden Belegungszahlen, auf eine effektivere Nutzung der gegebenen Kapazitäten hinzuwirken.⁶⁸ Sie hat jedoch nicht die bezweckte Entlastung, sondern eher das Gegenteil bewirkt.⁶⁹ Im Zeitraum von 2007 bis 2017 sind die jährlichen Neuansordnungen insgesamt um mehr als 50 % gestiegen.⁷⁰ In keinem Bundesland wurde die intendierte Senkung der Unterbringungszahlen erreicht.⁷¹

c) Das Gesetz vom 8. Juli 2016

Die letzte Veränderung erfolgte durch das Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB und zur Änderung anderer Vorschriften vom 8. Juli 2016.⁷² Durch dieses Gesetz erfolgte die Klarstellung, dass es sich bei § 64 S. 2 StGB nicht um eine Höchst-, sondern eine Grundfrist handelt.⁷³ Die Erfolgsaussicht und eine Anordnung können dadurch auch bejaht werden, wenn die Behandlung voraussichtlich mehr als zwei Jahre in Anspruch nimmt.⁷⁴ Die Bezugnahme auf § 67 d Abs. 1 S. 1 und S. 3 StGB ermöglicht daher eine über zwei Jahre hinausgehende Therapiedauer.⁷⁵

Das Urteil des *BVerfG* sollte bei der Neuregelung beachtet und die Ursachen des Scheiterns der vorherigen Reformen in die Überlegungen einbezogen werden.

IV. Aktuelle Rechtslage

Um nicht die Fehler der vorherigen Reformen zu wiederholen, ist die aktuelle Rechtslage auf ihre Mängel zu untersuchen. Dabei muss auch die Entwicklung der Rechtsprechung des *BGH* einbezogen werden.

⁶² BT-Drs. 16/1344, S. 12.

⁶³ *Schneider*, NStZ 2008, 68 (70).

⁶⁴ *Walther*, JR 2020, 296 (298).

⁶⁵ Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. 5/4095, S. 32.

⁶⁶ *Jehle/Harrendorf*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 67 Rn. 34; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 67 Rn. 6; *Pohlreich*, in: Lacker/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 67 Rn. 9.

⁶⁷ *Peglau*, in: LK-StGB, § 67 Rn. 104; *Radtke*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 73.

⁶⁸ BT-Drs. 15/3652, S. 10; BT-Drs. 16/1110, S. 9.

⁶⁹ *Querengässer/Traub*, R&P 2021, 19 (20); *Schalast*, FPPK 2021, 179 (183); *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (84).

⁷⁰ Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2007, Fachserie 10 Reihe 3, S. 360 und Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik 2017, Fachserie 10 Reihe 3, S. 378.

⁷¹ *Querengässer/Traub*, R&P 2021, 19 (24).

⁷² BGBl. I, S. 1610.

⁷³ *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, § 64 Rn. 9; *Walther*, JR 2020, 296 (300).

⁷⁴ *Trenckmann*, R&P 2017, 17 (18).

⁷⁵ *Schiemann*, ZRP 2016, 98 (99).

1. Materielle Voraussetzungen der Anordnung

Es sollen zunächst die drei Anordnungsvoraussetzungen, bei denen der maßgebliche Änderungsbedarf besteht, und deren Ausformung durch die Rechtsprechung des *BGH* vorgestellt werden.

a) Hang zum Rauschmittelmissbrauch

Erste Anordnungsvoraussetzung ist ein Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Ein Hang liegt vor, wenn eine intensive Neigung zum wiederholten Rauschmittelkonsum besteht, die auf einer psychischen Disposition oder auf einem Erwerb durch Übung beruht.⁷⁶ Eine physische Abhängigkeit ist nicht erforderlich, es muss jedoch mindestens eine Neigung zum missbräuchlichen Konsum von Suchmitteln bestehen, die eine psychische Abhängigkeit erreicht hat.⁷⁷ Zumindest bei sozialer Gefährdung oder Gefährlichkeit ist ein übermäßiger Konsum anzunehmen.⁷⁸ Indiz dafür können erhebliche Beeinträchtigungen der Gesundheit, Leistungs- oder Arbeitsfähigkeit sein, deren Fehlen schließt nach der Rechtsprechung das Vorliegen eines Hanges jedoch nicht zwingend aus.⁷⁹ Der Begriff „andere berauschende Mittel“ bezieht sich auf psychoaktive Substanzen.⁸⁰ Nicht stoffgebundene Süchte werden nicht erfasst.⁸¹

Die Anforderung für die Definition „Hang“ wird vom *BGH* extensiv ausgelegt.⁸² Das ist eine mögliche Ursache für die Zunahme des Anteils an voll Schuldfähigen und der veränderten Klientel.⁸³

b) Symptomatischer Zusammenhang zwischen Anlasstat und Hang

Des Weiteren ist ein symptomatischer Zusammenhang zwischen der rechtswidrigen Tat und dem Hang erforderlich. Anlasstat kann jede rechtswidrige Tat sein.⁸⁴ Der symptomatische Zusammenhang ist gegeben, wenn die Begehung der Anlasstat im Rausch erfolgte oder diese anderweitig auf den Hang zurückzuführen ist.⁸⁵ Dies ist der Fall, wenn der Hang die Wurzel der Anlasstat ist.⁸⁶ Ein bloß zeitliches Zusammenfallen ist nicht ausreichend.⁸⁷ Der Hang muss nicht alleinige Ursache sein.⁸⁸ Häufiges Beispiel ist die Beschaffungskriminalität, wobei sowohl die rechtswidrige Beschaffung zum Eigenkonsum als auch Taten zur Finanzierung des Konsums erfasst sein können.⁸⁹ Dies hat nach der Rechtsprechung Indizwirkung für das Vorliegen des symptomatischen Zusammenhangs.⁹⁰ Teilweise soll sogar ausreichen, dass der Täter durch konsumbedingten sozialen Verfall auf kriminelle

⁷⁶ *BGH*, Beschl. v. 14.12.2005 – 1 StR 420/05, Rn. 5, juris.

⁷⁷ *BGH*, Beschl. v. 19.4.2016 – 3 StR 566/15, Rn. 6, juris; *BGH*, NStZ-RR 2003, 41.

⁷⁸ *BGH*, Beschl. v. 6.9.2007 – 4 StR 318/07, Rn. 5, juris; *BGH*, Beschl. v. 30.7.2013 – 2 StR 174/13 –, Rn. 5, juris.

⁷⁹ *BGH*, Beschl. v. 13.10.2020 – 1 StR 291/20, Rn. 7, juris; *BGH*, Beschl. v. 5.6.2019 – 3 StR 181/19, Rn. 4, juris; *BGH*, Beschl. v. 12.3.2019 – 2 StR 584/18, Rn. 19, juris; *BGH*, Beschl. v. 10.1.2018 – 3 StR 563/17, Rn. 7, juris; *BGH*, Urt. v. 15.5.2014 – 3 StR 386/13, Rn. 10, juris.

⁸⁰ *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 79.

⁸¹ *Gemmern*, in: MüKo-StGB, § 64 Rn. 20.

⁸² *Radtke*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 77; *Gemmern*, ZRP 2022, 76.

⁸³ BT-Drs. 20/5913, S. 25.

⁸⁴ *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 64 Rn. 13.

⁸⁵ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 338.

⁸⁶ *BGH*, Beschl. v. 10.11.2015 – 1 StR 482/15, Rn. 17, juris; *BGH*, Urt. v. 11.9.1990 – 1 StR 293/90, Rn. 7, juris.

⁸⁷ *Dannhorn*, NStZ 2021, 414 (415).

⁸⁸ *BGH*, Beschl. v. 22.9.1999 – 3 StR 393/99, Rn. 2, juris.

⁸⁹ *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 44; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 64 Rn. 10.

⁹⁰ *BGH*, NStZ-RR 2017, 198.

Abwege kommt.⁹¹ Der *BGH* hat diese Anordnungsvoraussetzung ebenfalls weit ausgelegt.⁹²

c) Erfolgsaussicht

Gem. § 64 S. 2 StGB ist eine hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg erforderlich. Dies erfordert eine auf Tatsachen gestützte Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Behandlung.⁹³ Dafür kann nach der Rechtsprechung eine erklärte Therapiebereitschaft sprechen.⁹⁴ Dass der Täter therapieunwillig ist oder vorherige Therapieversuche gescheitert sind, führt wiederum nicht notwendig zur Verneinung der Erfolgsaussichten, da nicht selten mehrere Versuche zur Überwindung einer Sucht erforderlich sind.⁹⁵

Die Gutachten der forensisch-psychiatrischen Sachverständigen haben eine zentrale Bedeutung: sie sind maßgeblich, wenn es um die Erfolgsaussichten der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt geht. Bei der Beurteilung werden Sachverständigen jedoch nicht durch klare Leitlinien unterstützt, was die Prognostizierung erschwert.⁹⁶ Es bestehen zudem wissenschaftliche Schwierigkeiten beim Stellen einer Prognose, die sich daraus ergeben, dass es nur wenige zuverlässige Prädiktoren gibt.⁹⁷ Mittlerweile konnten zwar einige Merkmale ermittelt werden, die sich regelmäßig ungünstig auf den Therapieerfolg auswirken.⁹⁸ Eine positive Prognose des Behandlungserfolgs wird zusätzlich erschwert, weil auch das Umfeld, die Klinik selbst und die therapeutische Beziehung großen Einfluss auf den Therapieerfolg haben.⁹⁹ Die Prognoseschwierigkeiten zeigen sich in den zahlreichen erfolglosen Behandlungen.¹⁰⁰

Der *BGH* legt die Anordnungsvoraussetzungen insgesamt extensiv aus, was den Anstieg der Unterbringungsanordnungen begünstigt.¹⁰¹

2. Ermessen des Tatrichters

§ 64 S. 1 StGB räumt dem Richter hinsichtlich der Anordnung einen Ermessenspielraum ein. Gem. § 64 S. 1 StGB soll die Unterbringung bei Vorliegen der Voraussetzungen der Regelfall sein, von dem nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden kann.¹⁰² Nach der Gesetzesbegründung soll diese Ausnahme greifen, wenn zwar die Erfolgsaussichten noch bejaht werden, die Entziehungsanstalt den Therapieaufwand aber nicht leisten kann.¹⁰³ Der verbleibende Ermessenspielraum ist gering.¹⁰⁴

Erwägt das Gericht eine Unterbringung gem. § 64 StGB, so hat es in der Hauptverhandlung gem. § 246a StPO einen Sachverständigen zu vernehmen. Der Bundesrat ist bei Neuregelung des § 246a StPO davon ausgegangen, dass das Gericht nur noch einen Sachverständigen anhören muss, wenn es die Anordnung gem. § 64 konkret erwägt

⁹¹ Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 64 Rn. 10.

⁹² Radtke, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 78 f.; Walther, JR 2020, 296 (301).

⁹³ Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 64 Rn. 9; Krumm, NJ 2022, 158 (160).

⁹⁴ *BGH*, NStZ-RR 1997, 131 (132); *BGH*, Beschl. v. 5.5.1995 – 2 StR 150/95 –, Rn. 6, juris.

⁹⁵ Pollähne, in: NK-StGB, § 64 Rn. 58; Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2. Aufl. (2021), § 16 Rn. 27.

⁹⁶ Berthold/Riedemann, FPPK 2021, 169 (170).

⁹⁷ Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross, R&P 2015, 34 (40); Querengässer/Schiffer, MSchrKrim 2020, 121; Schalast, Therapiemotivation im Maßregelvollzug gem. § 64 StGB, 2000, S. 172.

⁹⁸ Berthold/Riedemann, FPPK 2021, 169 (171); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross, R&P 2017, 139 (146).

⁹⁹ Bezzel, FPPK 2021, 368 (371); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross, R&P 2015, 34 (41).

¹⁰⁰ Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72 (81).

¹⁰¹ Radtke, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 79.

¹⁰² BT-Drs. 16/5137, S. 10; *BGH*, NStZ-RR 2008, 73 f.

¹⁰³ BT-Drs. 16/1344, S. 12 f.

¹⁰⁴ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 64 Rn. 1; Gemmern, in: MüKo-StGB, § 64 Rn. 79.

und anderenfalls Sachverständigengutachten nicht notwendig sind.¹⁰⁵

Der Wortlaut des § 246a StPO wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt, und so soll es ausreichen, dass die Möglichkeit der Anordnung besteht und das Gericht eine Unterbringungsanordnung konkret in Betracht zieht.¹⁰⁶

Im Ergebnis haben die Gerichte daher kaum Spielraum dahingehend, ob sie einen Sachverständigen vernehmen.¹⁰⁷

Das in den Vorschriften eingeräumte Ermessen ist gering, daher können die Gerichte die weiten Anordnungs Voraussetzungen nicht auf der Rechtsfolgenseite kompensieren.

3. Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt

Gem. § 67 Abs. 5 S. 1 StGB kann die Strafe ab dem Halbstrafenzeitpunkt zur Bewährung ausgesetzt werden. Dadurch kann gerade bei hohen Freiheitsstrafen eine erhebliche Milderung des Strafübels erreicht werden, da eine Haftentlassung gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB erst in Betracht kommt, wenn zwei Drittel der Strafe verbüßt sind. Die Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt setzt den sachwidrigen Anreiz, durch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt einen Strafabatt zu erlangen.¹⁰⁸

Durch die Reform im Jahre 2007 wurde die Unterbringung gem. § 64 StGB daher in bestimmten Fällen zum Verteidigungsziel, weil durch die Orientierung des Vorwegvollzugs am Halbstrafenzeitpunkt die Verkürzung des Freiheitsentzugs bereits im Urteil Ausdruck findet.¹⁰⁹ Das schlägt sich insbesondere bei langen Freiheitsstrafen nieder. Weder der Gesetzgeber noch die gehörten Sachverständigen haben dies zum Zeitpunkt der Reform bedacht.¹¹⁰

Dieser Anreiz wurde durch die Gesetzesänderung im Jahr 2016 noch verstärkt. Diese ermöglicht es, bei der Berechnung des Vorwegvollzugs lange Unterbringungszeiten zugrunde zu legen.¹¹¹

Problematisch an der Regelung ist außerdem, dass es aus wissenschaftlicher Sicht schwierig ist, die Dauer der Therapie exakt festzulegen.¹¹² Der Zeitraum für die Therapie wird häufig zu kurz angesetzt und wird nicht an der realen Verweildauer ausgerichtet.¹¹³ Der Gesetzgeber ging bei der Reform 2007 von einer durchschnittlichen Unterbringungsdauer von ca. einem Jahr aus,¹¹⁴ was bereits im Gesetzgebungsverfahren von den gehörten Sachverständigen kritisiert wurde.¹¹⁵ Viele Sachverständige prognostizieren eine Dauer von 2 Jahren,¹¹⁶ obwohl die Verweildauer bei Erfolg der Behandlung im Durchschnitt über 3 Jahre liegt.¹¹⁷ Als Folge dieser Unterschiede zwischen der prognostizierten Behandlungsdauer und der Realität kommt die Entlassung zum Halbstrafenzeitpunkt nur selten vor.¹¹⁸

¹⁰⁵ BT-Drs. 16/1110, S. 25; BT-Drs. 16/1344, S. 17.

¹⁰⁶ BGH, Beschl. v. 26.7.2017 – 3 StR 182/17, Rn. 9, juris.

¹⁰⁷ Walther, JR 2020, 296 (300).

¹⁰⁸ Maybaum, Deutsches Ärzteblatt 2019, 1474.

¹⁰⁹ Schalast, NStZ 2017, 433 (435); Walther, JR 2020, 296 (304).

¹¹⁰ Schalast, FPPK 2021, 179 (182).

¹¹¹ Schalast, NStZ 2017, 433 (438); Schalast, FPPK 2021, 179 (183).

¹¹² Dannhorn, NStZ 2012, 414 (418); Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72 (81).

¹¹³ Trenckmann, NStZ 2011, 322.

¹¹⁴ BT-Drs. 16/1110, S. 14.

¹¹⁵ So beispielweise Leygraf, Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses am 28.2.2007 zur Änderung des Maßregelrechts, S. 2, online abrufbar unter: https://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0203/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeungen/Archiv/12_Massregelvollzug/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Leygraf.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

¹¹⁶ Gemmern, ZRP 2022, 76 (77).

¹¹⁷ Kemper, Die Unterbringung in der Entziehungsanstalt zwischen Fehleinweisung und Fehlkonstruktion, 2009, S. 108; Trenckmann, NStZ 2011, 322 (325).

¹¹⁸ Müller/Koller, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 171; Trenckmann, NStZ 2011, 322 (330).

Fraglich bleibt, ob eine genaue Berechnung der Therapiedauer und des daran anknüpfenden Vorwegvollzugs überhaupt möglich ist.¹¹⁹ Die Therapiedauer ist von vielen Faktoren abhängig, wie der Klinikausstattung, der Therapiemotivation und der Schwere der Erkrankung. Sie ist daher immer von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängig.¹²⁰ Wird die Dauer des Vorwegvollzugs zu hoch angesetzt, weil das Tatgericht von einer zu geringen Therapiedauer ausgeht, hat dies zur Folge, dass die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Strafaussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt nicht umgesetzt werden kann.¹²¹ Es kann sich zudem negativ auf die Therapiemotivation auswirken, wenn der Untergebrachte erst in der Entziehungsanstalt Informationen darüber erlangt, dass seine Behandlung entgegen der Prognose des Gerichts erheblich mehr Zeit in Anspruch nehmen wird.¹²²

Problematisch an der gesetzlich vorgesehenen Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt ist daher, dass sie einerseits einen sachwidrigen Anreiz für die Unterbringung gem. § 64 StGB darstellt und andererseits nicht den realen Vollstreckungsabläufen entspricht.

4. Verhältnis zu § 35 BtMG

§ 35 BtMG sieht für Betäubungsmittelabhängige, deren (verbleibende) Freiheitsstrafe geringer als zwei Jahre ist, die Möglichkeit vor, die (weitere) Vollstreckung zurückzustellen, um eine Drogentherapie zu ermöglichen. Ein Anreiz für die Therapie wird dadurch gesetzt, dass § 36 Abs. 1, Abs. 2 BtMG es ermöglicht, die Therapiedauer auf die Strafe anzurechnen.¹²³

Nach der Rechtsprechung des *BGH* kann die Strafvollstreckung nicht gem. § 35 BtMG zurückgestellt werden, wenn die Voraussetzungen des § 64 StGB vorliegen, weil die Unterbringung in der Entziehungsanstalt Vorrang habe. Dies wird damit begründet, dass die §§ 35, 36 BtMG das Erkenntnisverfahren nicht beeinflussen können, weil sie sich erst auf das Vollstreckungsverfahren erstrecken.¹²⁴ Selbst wenn die Therapie über § 35 BtMG erfolgsversprechender erscheint, kann der Richter nicht von der Anordnung des § 64 StGB absehen - das Tatgericht hat dahingehend keinen Ermessensspielraum.¹²⁵

5. Vollziehbarkeit der Erledigungserklärung

Gem. § 67d Abs. 5 S. 1 StGB kann das Gericht die Unterbringung für erledigt erklären, wenn die Behandlung aussichtslos ist. Ob die Erledigungserklärung sofort vollziehbar ist, wird von den verschiedenen Oberlandesgerichten nicht einheitlich beurteilt. Während ein Teil der Oberlandesgerichte die sofortige Vollziehbarkeit bejaht,¹²⁶ gehen andere davon aus, dass der Untergebrachte erst in den Strafvollzug überführt werden kann, wenn die Erledigungserklärung rechtskräftig ist.¹²⁷ Die Folge der die Vollziehbarkeit verneinenden Rechtsprechung ist eine verstärkte Belastung der Entziehungsanstalten, wenn die dort untergebrachten Personen nach Erledigung nicht zügig

¹¹⁹ *Trenckmann*, in: Kammeier/Pollähne, Maßregelvollzugsrecht, Kapitel L Rn. 29; *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (81).

¹²⁰ *Gemmern*, in: MüKo-StGB, § 64 Rn. 10.

¹²¹ *Trenckmann*, R&P 2017, 17 (19).

¹²² *Trenckmann*, NStZ 2011, 322 (324).

¹²³ *Kornprobst*, in: MüKo-StGB, Bd. VII, 4. Aufl. (2022), § 36 BtMG Rn. 1.

¹²⁴ *BGH*, NStZ-RR 1996, 257 (257 f.); *BGH*, StV 1995, 635; *BGH*, StV 1993, 302.

¹²⁵ *BGH*, Beschl. v. 14.5.1992 – 4 StR 178/92, Rn. 5, juris.

¹²⁶ *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 29.6.2020 – 4 Ws 127/20, Rn. 25, juris; *OLG Hamm*, Beschl. v. 8.3.2016 – III-3 Ws 72/16, Rn. 11, juris.

¹²⁷ *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 11.3.2014 – 2 Ws 24/14, Rn. 14, juris; *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 19.11.2008 – 1 Ws 368/08, Rn. 3, juris; *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 26.9.2006 – 3 Ws 907/06, Rn. 13, juris.

in den Strafvollzug zurückverlegt werden können. Das Beschwerdeverfahren streckt sich teilweise auf bis zu sieben Monate.¹²⁸ Außerdem kann es negative Auswirkungen auf das Behandlungsklima haben, wenn Untergebrachte bis zur Entscheidung in der Entziehungsanstalt verbleiben und teilweise werden Personal und andere untergebrachte Personen gefährdet.¹²⁹

Die extensive Auslegung der Anordnungsvoraussetzung durch die Rechtsprechung, der geringe Ermessensspielraum der Gerichte, die Anreizwirkung durch die Möglichkeit der Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt, der Vorrang gegenüber § 35 BtMG und die uneinheitliche Rechtsprechung zur sofortigen Vollziehbarkeit der Erledigungserklärung sind Defizite der jetzigen Rechtslage, die durch eine Reform behoben werden sollten. Den vorherigen Reformbestrebungen ist dies nicht gelungen. Mitursächlich ist, dass die durch die Gesetzesänderung eröffneten Ermessensspielräume durch die Rechtsprechung wieder deutlich eingeschränkt wurden.¹³⁰

V. Würdigung und Ergänzung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung

Die aufgezeigten Defizite der aktuellen Regelung sind auch dem Justizministerium bekannt. Das Bundesministerium für Justiz hat daher im Oktober 2020 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe gebildet, die sich mit der Neufassung des § 64 StGB auseinandersetzte und schließlich einen Vorschlag zur Novellierung vorgelegt hat. Dieser ist Grundlage des Gesetzesentwurfs, den die Bundesregierung am 21. Dezember 2022 beschlossen hat.¹³¹ Der Gesetzesentwurf soll dazu beitragen, die Entziehungsanstalten zu entlasten und die vorhandenen Ressourcen auf die behandlungsbedürftigen Straftäter zu fokussieren.¹³² Mit der Novellierung haben sich auch verschiedene Fachgruppen auseinandergesetzt. Im Februar hat außerdem der Bundesrat seine Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf abgegeben.

1. Würdigung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung

Zunächst soll der Regierungsentwurf vorgestellt und unter Bezugnahme auf die Stellungnahmen der Fachgruppen überprüft werden.

a) Hang

Einen Schwerpunkt des Entwurfs stellt die Neuregelung der Anordnungsvoraussetzung „Hang“ dar.

aa) Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf sieht vor, in § 64 S. 1 StGB die Worte „sie im Rausch begangen hat oder die“ zu streichen und an deren Stelle das Wort „überwiegend“ einzufügen. Am Satzende des § 64 S. 1 StGB sollen folgende Worte ergänzt werden: „der Hang erfordert eine Substanzkonsumstörung, infolge derer eine dauernde und schwerwie-

¹²⁸ BT-Drs. 20/5913, S. 34.

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (75 f.).

¹³¹ BT-Drs. 20/5913, S. 24.

¹³² BT-Drs. 20/5913, S. 43.

gende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert“.¹³³

Dies soll laut der Begründung des Entwurfs der extensiven Auslegung durch die Rechtsprechung entgegenwirken. Gleichzeitig sollen etwaige Probleme, die sich durch eine vollkommen neue Formulierung ergeben könnten, vermieden werden, indem weiterhin die Grundsätze, die sich zum „Hang“ in Rechtsprechung und Literatur herausgebildet haben, herangezogen werden können. Die Verwendung des aus der Medizin stammenden Begriffs der Substanzkonsumstörung soll nicht zur bloßen Anwendung der jeweils geltenden Klassifikationssysteme führen, sondern einen davon unabhängigen Rechtsbegriff darstellen, der nur behandlungsbedürftige Formen des Substanzkonsums erfasst.¹³⁴

bb) Würdigung

Durch die Ergänzung der Definition werden eindeutige und objektive Anforderungen an den Begriff „Hang“ festgelegt, was eine extensive Ausdehnung durch die Rechtsprechung zumindest reduzieren wird.¹³⁵

Gegen eine Beibehaltung der Terminologie „Hang“ spricht, dass dadurch eine ausdrückliche Anerkennung der Abhängigkeit als Erkrankung unterbleibt.¹³⁶ Als Alternative schlägt die DGPPN vor, dass ein diagnostiziertes Abhängigkeitssyndrom von psychotropen Substanzen im Sinne der ICD oder DSM erforderlich sein soll.¹³⁷ Den Begriff des Hangs zu ersetzen, befürwortet *Cirener* angesichts der erfolgten Ausweitung durch die Rechtsprechung.¹³⁸ Vorteil des Formulierungsvorschlags der DGPPN ist die damit verbundene Rechtssicherheit.¹³⁹ Die Anordnungsvoraussetzungen des geltenden Rechts werden durch juristische Begriffe beschrieben, die sich terminologisch nicht in der medizinischen Fachsprache finden.¹⁴⁰ Dies kann die Kommunikation zwischen Sachverständigen und Juristen erschweren.¹⁴¹ Insofern könnte der Vorschlag der DGPPN eine Erleichterung darstellen. Gleichzeitig muss die Strafjustiz aber den Fortschritt der Diagnostik besonders aufmerksam verfolgen.¹⁴² Über die unmittelbare Anknüpfung an den Behandlungsbedarf würde eine wirksame Begrenzung gelingen.¹⁴³

Sowohl der im Regierungsentwurf verwendete Begriff der Substanzkonsumstörung als auch der Vorschlag der DGPPN nehmen unmittelbar Bezug auf das DSM-5-System. Die medizinische Anknüpfung an internationale Klassifikationssysteme ist problematisch, da der Gesetzgeber hierauf keinen Einfluss hat und sich somit in eine Abhängigkeit begibt.¹⁴⁴

Querengässer, Baur und Berthold schlagen als Alternative den Begriff „substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung“ vor.¹⁴⁵ Ähnlich empfiehlt die Kriminologische Zentralstelle, den Begriff „Hang“ als Abhängigkeit zu präzisieren.¹⁴⁶ Diese vorgeschlagenen Begriffe haben den Vorteil, dass sie nicht extern in Klassifikationssystemen

¹³³ BT-Drs. 20/5913, S. 8.

¹³⁴ BT-Drs. 20/5913, S. 44 f.

¹³⁵ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (170).

¹³⁶ Fachverband Sucht, Stellungnahme zum Referenten Entwurf des Bundesministeriums der Justiz, S. 2, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0801_Stellungnahme_FVS_Uebearbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.5.2023).

¹³⁷ *Müller/Koller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 166; zustimmend: *Radtke*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 80; *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 20.

¹³⁸ *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 20.

¹³⁹ *Kaspar*, in: SSW-StGB, § 64 Rn. 9.

¹⁴⁰ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 336.

¹⁴¹ Ebd.

¹⁴² *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 7.

¹⁴³ *Kaspar*, in: SSW-StGB, § 64 Rn. 9.

¹⁴⁴ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (171).

¹⁴⁵ Ebd.

¹⁴⁶ *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 8.

definiert werden, im medizinischen Sprachgebrauch aber dennoch geläufig sind.¹⁴⁷

Schalast spricht sich dagegen aus, den durch die Rechtsprechung des *BGH* ausgeformten Begriff „Hang“ wie durch die DGPPN vorgeschlagen zu ersetzen.¹⁴⁸ Es gebe keine Beschwerden, Unterbrachte seien nicht süchtig genug.¹⁴⁹ Mit dem jetzigen Begriff gelinge es bereits, Gelegenheitskonsumenten von der Unterbringung gem. § 64 StGB auszuschließen.¹⁵⁰ Die Unterbringung nur noch stark abhängiger Personen steigere nicht die Erfolgsquoten der Entziehungsanstalten.¹⁵¹ Diese Argumente kann man auch dem Regierungsentwurf entgegenhalten.¹⁵²

Die im Regierungsentwurf enthaltene neue Legaldefinition besteht selbst aus Begriffen, die auslegungsfähig sind, was wiederum das Risiko einer extensiven Auslegung durch die Rechtsprechung in sich trägt.¹⁵³ Außerdem wird die Herausbildung einer neuen Rechtsprechung zu den neu eingeführten Begriffen einen langen Zeitraum in Anspruch nehmen, wodurch die Justiz zusätzlich beansprucht wird.¹⁵⁴ Dies hätte auch bei der Verwendung des völlig neuen Begriffs, den *Querengässer, Baur* und *Berthold* sowie die Kriminologische Zentralstelle vorschlagen, eine negative Auswirkung zur Folge.

Dem Gesetzesvorwurf vorzuziehen ist eine Beibehaltung des Hangbegriffs *de lege lata*. Sowohl der Regierungsvorschlag als auch der Vorschlag der DGPPN sind mit Blick auf die Abhängigkeit von internationalen Klassifikationssystemen kritisch zu bewerten. Die Einführung eines neuen Begriffs, wie *Querengässer, Baur* und *Berthold* oder *Dessecker* es vorschlagen, würde die Gerichte belasten. Die Reform sollte sich daher auf andere Ansätze konzentrieren.

b) Kausalität zwischen Hang und Anlasstat

Sinnvoller als die vorgeschlagene Neuregelung des Hangbegriffs könnte eine Änderung des Zusammenhangs zwischen Hang und Anlasstat sein.

aa) Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf sieht vor, in § 64 S. 1 StGB die Worte „sie im Rausch begangen hat oder die“ zu streichen, da diese Tatbestandsalternative nur einen Unterfall darstellt. An deren Stelle soll das Wort „überwiegend“ eingefügt werden. Der Hang muss zukünftig überwiegende Ursache der Anlasstat sein, sodass nicht mehr jede Ursächlichkeit ausreicht und die Anforderungen an die Kausalität steigen. Dies soll zum einen Dealer, die nicht nur ihren Eigenkonsum durch Kriminalität finanzieren, zum anderen Personen, deren Tat überwiegend auf ihrem dissozialen Verhalten beruht, ausschließen.¹⁵⁵

bb) Würdigung

Die Streichung der Tatbestandsalternative wird überwiegend befürwortet.¹⁵⁶ Die vorgeschlagene Neuregelung

¹⁴⁷ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (171).

¹⁴⁸ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (183).

¹⁴⁹ *Gemmern*, ZRP 2022, 76; *Schalast*, FPPK 2021, 179 (184).

¹⁵⁰ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (184).

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² *Gemmern*, ZRP 2022, 76 (76 f.).

¹⁵³ *Gemmern*, ZRP 2022, 76 (77).

¹⁵⁴ Ebd.

¹⁵⁵ BT-Drs. 20/5913, S. 47.

¹⁵⁶ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (171); *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, S. 8; online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023); BAG Psychiatrie, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0729_Stellungnahme_BAG_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 2.

wird von vielen Fachgruppen unterstützt und wird als geeignet bewertet, um Fehleinweisungen zu reduzieren.¹⁵⁷ Höhere Anforderung an den Kausalzusammenhang werden vielfach befürwortet.¹⁵⁸

Hinsichtlich des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Sucht und Anlasstat schlägt *Schalast* vor, die Sucht müsse „die wesentliche Ursache“ sein. Dadurch können einerseits Täter ausgeschlossen werden, bei denen die Suchtproblematik nur eine untergeordnete Rolle spielt, aber andererseits können Einzelfälle, bei denen die Sucht mit vielen anderen Faktoren zusammentrifft, weiterhin von der Anordnung gem. § 64 StGB profitieren können.¹⁵⁹ Dies ähnelt dem Vorschlag der Bundesregierung.

Bezzel, Schlögl, Janele und *Querengässer* erkennen zum einen das Interesse an, durch ein engeres Kausalitätserfordernis die Unterbringung stärker zu regulieren, weisen aber darauf hin, dass Abhängigkeiten häufig mit vielen Faktoren einhergehen und das Kausalitätserfordernis daher aus klinischer Sicht nicht zu eng gefasst werden sollte.¹⁶⁰

Die vom Gesetzgeber gewählte Lösung schafft einen Ausgleich zwischen dieser Problematik und dem dringenden Bedürfnis, auch im Interesse der Unterbrachten, die Entziehungsanstalten zu entlasten.

c) Erfolgsaussichten

Der Gesetzesentwurf enthält eine Änderung der in § 64 S. 2 StGB geregelten Prognose der Erfolgsaussichten, die bereits 2007 neugeregelt wurde.

aa) Regierungsentwurf

Der Entwurf sieht vor, in § 64 S. 2 StGB an Stelle der Formulierung „eine hinreichend konkrete Aussicht besteht“ die Worte „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist“ einzufügen.¹⁶¹ Dies erhöht den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad für das Erreichen des Unterbringungsziels.¹⁶² Damit sollen die Ressourcen der Entziehungsanstalten effizienter für therapiebedürftige und -motivierte Personen eingesetzt werden können. In Kenntnis der wissenschaftlichen Schwierigkeiten einer positiven Prognose verspricht sich die Bundesregierung davon eine Erleichterung für die Sachverständigen, weil negative Faktoren eine höhere Bedeutung haben.¹⁶³ Die Änderung wirkt sich auch auf die Erledigung wegen Aussichtslosigkeit gem. § 67d Abs. 5 StGB aus, der auf § 64 S. 2 StGB Bezug nimmt.

bb) Würdigung

Höhere Anforderungen an die Erfolgsaussicht schonen Ressourcen und ermöglichen eine Konzentration der Kapazitäten, was letztlich eine Steigerung der Resozialisierungschancen der übrigen Unterbrachten bewirkt.¹⁶⁴ Positiv ist an der gewählten Neuformulierung die Parallele zu § 56 Abs. 2 StGB.¹⁶⁵ Kritisch wird eingewendet, die Neuformulierung würde die geltenden Anforderungen kaum erhöhen.¹⁶⁶ Bereits heute fordert die Rechtsprechung

¹⁵⁷ *Gemmern*, ZRP 2022, 76 (77); *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (172); *Querengässer/Berthold*, KriPoZ 2022, 8 (13).

¹⁵⁸ *Müller/Koller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 167; *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 200.

¹⁵⁹ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (186).

¹⁶⁰ *Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer*, MSchrKrim 2022, 65 (71).

¹⁶¹ BT-Drs. 20/5913, S. 8.

¹⁶² BT-Drs. 20/5913, S. 48.

¹⁶³ BT-Drs. 20/5913, S. 49.

¹⁶⁴ *Gemmern*, in: MüKo-StGB, Band II, § 64 Rn. 7.

¹⁶⁵ *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 8.

¹⁶⁶ *Gemmern*, ZRP 2022, 76 (77); *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am

das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für einen Therapieerfolg.¹⁶⁷

Bei dem Kriterium der Erfolgsaussicht ist die extensive Auslegung besonders stark.¹⁶⁸ *Van Gemmern* meint daher, die Reform sollte sich vor allem auf die Erfolgsaussicht konzentrieren, um ungeeignete Abgeurteilte auszufiltern.¹⁶⁹

Gegenüber dem Vorschlag der Bundesregierung hält er eine Regelbeispieltechnik für vorzugswürdig, um die Regelung praktikabler auszugestalten.¹⁷⁰ Demgegenüber ist jedoch der Vorschlag der Bundesregierung in sprachlicher und rechtssystematischer Hinsicht vorzugswürdig.¹⁷¹

Hinsichtlich der jetzigen Rechtslage offenbart das Erfordernis einer Behandlungsprognose zahlreiche Probleme: eine valide Beurteilung der Erfolgsaussicht ist in Ermangelung zuverlässiger Prädiktoren zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung kaum möglich, was die Arbeit der Sachverständigen und Gerichte erschwert.¹⁷² Das *BVerfG* hat 1994 eine positive Behandlungsprognose gefordert, trotzdem haben die Erledigungen wegen Aussichtslosigkeit im anschließenden Zeitraum nicht ab-, sondern zugenommen.¹⁷³ Daraus könnte man schließen, dass dieses Kriterium seine Funktion nicht erfüllt.

Querengässer, Baur und Berthold halten es angesichts der beim Erstellen einer Behandlungsprognose auftretenden Probleme für sinnvoll, die Behandlungsprognose ersatzlos zu streichen.¹⁷⁴ Eine wirtschaftliche Betrachtung lässt dies aufgrund einer Einsparung von Zeit und Kosten für Sachverständige sinnvoll erscheinen.¹⁷⁵

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag, die Anordnung gem. § 64 StGB nur unter Vorbehalt durchzuführen, also eine probatorische Unterbringung zu etablieren, um den Behandlungserfolg mit der Möglichkeit der (Rück)Verlegung in den Strafvollzug beurteilen zu können.¹⁷⁶ Davon versprechen sich die Befürworter eine starke Veränderung, die die Praxis vereinfachen und sich günstig auf die Therapieerfolge auswirken soll.¹⁷⁷

Alternativ wird eine Ausweitung des § 81 StPO vorgeschlagen, um den Beschuldigten begutachten zu können und so das Stellen einer Behandlungsprognose zu erleichtern.¹⁷⁸ Nach der geltenden Rechtslage ist eine Unterbringung gem. § 81 StPO bereits möglich.¹⁷⁹ Eine darüber hinausgehende Therapie und der damit verbundene Freiheitsentzug sind jedoch auch in diesem Verfahrensstadium ohne entsprechende Indikation mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen.¹⁸⁰ Eine Unterbringung, um die Eignung und Bereitschaft für eine Therapie zu ermitteln, lehnt *Schalast* ab, sieht deren Notwendigkeit nicht als belegt an und befürchtet vielmehr eine Verlagerung der Probleme, deren Ausmaß nicht vorhersehbar ist.¹⁸¹ Zu prüfen wäre außerdem, ob die Unterbringung unter Vorbehalt mit den Vorgaben des *BVerfG* vereinbar ist.¹⁸²

Im Ergebnis ist daher eine probatorische Unterbringung wegen der bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken

11.4.2023), S. 8; *Querengässer/Berthold*, KriPoZ 2022, 8 (13).

¹⁶⁷ *BGH*, StV 2022, 301; *BGH*, Urt. v. 10.8.2017 – 3 StR 275/17 –, Rn. 12, juris.

¹⁶⁸ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (172).

¹⁶⁹ *Gemmern*, ZRP 2022, 76 (77).

¹⁷⁰ Ebd.

¹⁷¹ *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 9.

¹⁷² *Querengässer/Berthold*, KriPoZ 2022, 8 (14).

¹⁷³ *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (74); *Schalast*, R&P 2012, 81 (87).

¹⁷⁴ *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (172); *Querengässer/Berthold*, KriPoZ 2022, 8 (14).

¹⁷⁵ *Querengässer/Berthold*, KriPoZ 2022, 8 (14).

¹⁷⁶ *Müller/Koller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 169; *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 200; dies befürwortend: *Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer*, MSchrKrim 2022, 65 (71).

¹⁷⁷ *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 201.

¹⁷⁸ *Querengässer/Ross/Bulla/Hoffmann*, NStZ 2016, 508 (510).

¹⁷⁹ *Trück*, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 81 Rn. 5.

¹⁸⁰ *Radtke*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 82.

¹⁸¹ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (185).

¹⁸² *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 21; *Radtke*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 83.

und der unsicheren entlastenden Wirkung abzulehnen. Demgegenüber ist der Vorschlag der Bundesregierung vorzugswürdig, auch wenn dessen positive Auswirkungen als gering einzuschätzen sind.

d) Zweidrittelzeitpunkt

Die im Zuge der Reform 2007 eingeführte regelhafte Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt soll nach dem Gesetzesentwurf überarbeitet werden.

aa) Regierungsentwurf

§ 67 Abs. 2 S. 3 StGB soll nach „Strafe ist“ um die Worte „in der Regel“ ergänzt werden. Die Neufassung des § 67 Abs. 5 S. 1 StGB lautet: „Wird die Maßregel vor der Strafe oder vor einem Rest der Strafe vollzogen, so setzt das Gericht die Vollstreckung des Strafestes unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 und S. 2 StGB zur Bewährung aus, wenn zwei Drittel der Strafe erledigt sind; das Gericht kann die Aussetzung auch schon nach Erledigung der Hälfte der Strafe bestimmen, wenn die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 StGB entsprechend erfüllt sind.“¹⁸³

In § 67 Abs. 5 S. 1 StGB soll wie in § 57 Abs. 2 StGB der Zweidrittelzeitpunkt als gesetzlicher Regelzeitpunkt für die Strafaussetzung normiert sein. Der Zweidrittelzeitpunkt soll dann auch als Berechnungsgrundlage für die Dauer des Vorwegvollzugs dienen.¹⁸⁴ Dadurch soll zum einen der sachwidrige Anreiz, über die Anordnung gem. § 64 StGB eine Milderung der Freiheitsstrafe zu erzielen, verringert werden. Die Möglichkeit der Aussetzung zum Halbstrafenzeitpunkt ist nur noch in Ausnahmefällen und unter strengeren Voraussetzungen zulässig. Die Neuregelung richtet sich damit außerdem an realen Vollstreckungsverläufen aus.¹⁸⁵

bb) Würdigung

Die Änderung zum Zweidrittelzeitpunkt wird mehrheitlich befürwortet, weil dies den Anreiz eines gemilderten Strafübels aufhebt.¹⁸⁶ Es wird davon ausgegangen, dass hierdurch die Unterbringungszahlen spürbar gesenkt werden können.¹⁸⁷ Zum Teil wird dies sogar als die Änderung mit der höchsten Wirksamkeit eingeschätzt.¹⁸⁸ Nach *Schalast* soll der Vorwegvollzug anhand der zeitlichen Höchstgrenze in § 67d StGB berechnet werden, um eine überlange Unterbringung zu vermeiden.¹⁸⁹

Der längere Vorwegvollzug könnte sich negativ auf die Behandlungsmotivation auswirken.¹⁹⁰ Demgegenüber überwiegt jedoch der positive Aspekt, dass sachwidrige Anreize und damit die Unterbringungszahlen gesenkt werden können. Außerdem werden durch die Anpassung an die tatsächlichen Vollstreckungsverläufe eine entmutigende Wirkung der Erkenntnis der tatsächlichen Dauer von Strafvollzug und Maßregel vermieden. Vollzugslockerungen sind zwar weiterhin früher möglich als im Strafvollzug und können einen Anreiz für eine Unterbringung gem. § 64 StGB darstellen.¹⁹¹ So kann beispielsweise die Möglichkeit der Dauerbeurlaubung im Maßregelvollzug

¹⁸³ BT-Drs. 20/5913, S. 8.

¹⁸⁴ BT-Drs. 20/5913, S. 49.

¹⁸⁵ BT-Drs. 20/5913, S. 50.

¹⁸⁶ *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 19; *Dessecker*, Kriminologische Zentralstelle Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, S. 9, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023); *Querengässer/Baur/Berthold*, KriPoZ 2022, 168 (173); *Schalast*, FPPK 2021, 179 (184).

¹⁸⁷ Stellungnahme des Bund Deutscher Kriminalbeamter e.V. (BDK) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0823_Stellungnahme_BDK_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 5.4.2023), S. 5.

¹⁸⁸ *Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer*, MSchrKrim 2022, 65 (70); *Walther*, JR 2020, 296 (306).

¹⁸⁹ *Schalast*, FPPK 2021, 179 (185).

¹⁹⁰ *Müller/Koller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 170.

¹⁹¹ *Müller/Koller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 171.

nach Landesrecht eine Milderung darstellen, jedoch tritt diese später ein, da sie sich an der Entlassung zum Zweidrittelzeitpunkt orientiert.¹⁹² Der Gesetzesentwurf ist daher trotz dieser Kritikpunkte zu unterstützen.

e) Vollziehbarkeit der Erledigungserklärung

§ 463 Abs. 6 S. 3 StPO soll nach dem Wort „drohen“ um den Zusatz „für Entscheidungen nach § 67d Abs. 5 S. 1 des Strafgesetzbuches bleibt es bei der sofortigen Vollziehbarkeit (§§ 307 und 462 Abs. 3 S. 2)“ ergänzt werden.¹⁹³ Diese Änderung hat rein klarstellende Wirkung und dient dazu, die abweichende Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte zu unterbinden. Dies soll die Entziehungsanstalten insofern entlasten, als die betroffenen Untergebrachten unmittelbar in den Strafvollzug überführt und so Ressourcen und das Behandlungsklima geschont werden.¹⁹⁴

Dies wird mit Blick auf einheitliche Rechtsprechung mehrheitlich unterstützt.¹⁹⁵ Außerdem sind Therapieplätze dadurch schneller wieder verfügbar, was eine entlastende Wirkung entfaltet.¹⁹⁶

f) Fazit

Sowohl die Klarstellung der sofortigen Vollziehbarkeit der Erledigungserklärung als auch die Ausrichtung des Vorwegvollzugs am Zweidrittelzeitpunkt werden mehrheitlich unterstützt. Die vorgeschlagene Regelung zur Anhebung des Kausalitätserfordernisses wird den Kreis der Untergebrachten wirksam und sinnvoll einengen, sodass dies ebenfalls zu befürworten ist. Gegenüber der vorgeschlagenen Änderung des Hangbegriffs ist es vorzugswürdig, diesen in seiner jetzigen Form zu belassen. Die Änderung des § 64 S. 2 StGB hinsichtlich der Erfolgsaussichten wird als kaum wirksam eingeschätzt.

2. Alternativen und Ergänzungen

Als Ergänzung zum Regierungsentwurf sollen einige Ansätze aus den Fachgruppen vorgestellt werden und dahingehend untersucht werden, inwieweit diese die Defizite des Regierungsentwurfs ausgleichen könnten.

a) Alternative Behandlungsmöglichkeiten stärken

Es wird vorgeschlagen, dass es bei Vorliegen von Behandlungsmöglichkeiten außerhalb der Entziehungsanstalten dem Richter möglich sein soll, die Behandlungsprognose für § 64 StGB zu verneinen.¹⁹⁷ In dieser Hinsicht besteht Reformbedarf in besonderer Weise hinsichtlich der eingangs skizzierten Vorrangigkeit des § 64 StGB gegenüber

¹⁹² BT-Drs. 20/5913, S. 50.

¹⁹³ BT-Drs. 20/5913, S. 8.

¹⁹⁴ BT-Drs. 20/5913, S. 54.

¹⁹⁵ Dessecker, KrimZ Stellungnahme (Fn. 141), S. 9; BAG Psychiatrie, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0729_Stellungnahme_BAG_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 3.

¹⁹⁶ BDK, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0823_Stellungnahme_BDK_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 5.4.2023), S. 5.

¹⁹⁷ Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer, MSchrKrim 2022, 65 (70); Müller/Böcker/Eusterschulte/Koller/Muysers/Pollmächer, Der Nervenarzt 2021, 1155 (1157).

den §§ 35 ff. BtMG. Die Regelungen der §§ 35 ff. BtMG und die dadurch für Drogenabhängige eröffneten Therapiemöglichkeiten werden mehrheitlich als sinnvoll bewertet.¹⁹⁸

Im Unterschied zu § 35 BtMG kann es bei der Anordnung der Unterbringung gem. § 64 StGB von Vorteil sein, dass der Untergebrachte nicht die Möglichkeit hat, die Therapie unbedacht aus Frustration abzubrechen.¹⁹⁹ Eine Therapie hat jedoch erfahrungsgemäß höhere Erfolgsaussichten, wenn sie nicht durch Zwang, sondern aus Eigenmotivation angetreten wird.²⁰⁰ Die zwangsweise Unterbringung belastet die Beziehung zwischen Patient und Personal.²⁰¹ Die Zurückstellungslösung ist außerdem vorzugswürdig, weil diese eine geringere Belastung darstellt.²⁰² Trotz Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen für eine Unterbringung gem. § 64 StGB sollte die Möglichkeit der Strafzurückstellung gem. § 35 BtMG bestehen, wenn der Angeklagte gewillt ist, eine Rehabilitationsbehandlung gem. § 35 BtMG in Anspruch zu nehmen und dies umsetzbar ist.²⁰³ Teilweise wird ein genereller Vorrang der §§ 35 ff. BtMG gefordert.²⁰⁴ Das ist jedoch nicht geboten, es sollte vielmehr im Ermessen des Gerichts stehen, welchen Weg es für geeigneter ansieht.²⁰⁵ So kann eine einzelfallbezogene Anordnung getroffen werden.

Diese Vorschriften sind ihrem Wortlaut nach nur bei Betäubungsmittelabhängigkeiten anwendbar. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der Vorschriften bewusst auf Betäubungsmittelabhängige begrenzt.²⁰⁶ Es handelt sich daher um eine nicht analogiefähige Ausnahmeregelung.²⁰⁷ Dies kann mit Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz kritisch gesehen werden.²⁰⁸

Zum ersten Mal hat sich der Bundesrat am 10. Februar 2023 mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung auseinandergesetzt. In seiner Stellungnahme hat er, der Empfehlung der Ausschüsse folgend, angeregt, für die nicht von § 35 BtMG erfassten Suchtmittelabhängigkeiten ebenfalls eine Möglichkeit zu schaffen, um die Strafvollstreckung zugunsten einer Behandlung zurückstellen zu können und eine einheitliche Zurückstellungsregelung zu erwägen. Als Argument führt der Bundesrat unter anderem die bestehende staatliche Verpflichtung an, die notwendigen Mittel bereitzustellen, um das Ziel der Resozialisierung erreichen zu können.²⁰⁹ Die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. BtMG sollte demnach auch auf die Alkoholabhängigkeit ausgedehnt werden.²¹⁰ Alternativ könnte eine vergleichbare Regelung für Alkoholabhängigkeit geschaffen werden.²¹¹

Diese Stärkung der §§ 35 ff. BtMG kann zur Entlastung der Entziehungsanstalten beitragen.²¹² Daher sollte der Gesetzesentwurf der Bundesregierung die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. BtMG auf alle Suchtmittelabhängigkeiten ausdehnen und dem Gericht die Möglichkeit einräumen, auf eine Anordnung gem. § 64 StGB zu verzichten, wenn die Voraussetzungen der §§ 35 ff. BtMG gegeben sind. Angesichts der im Strafvollzug weit verbreiteten Suchtprobleme, sollte auch dort das Therapieangebot ausgebaut werden.²¹³

¹⁹⁸ *Fabricius*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 10. Aufl. (2022), § 35 Rn. 48; BR-Drs. 687/22, S. 2.

¹⁹⁹ *Dannhorn*, NStZ 2012, 414 (417).

²⁰⁰ *Rebsam-Bender*, NStZ 1995, 158 (160).

²⁰¹ *Schalast*, Therapiemotivation im Maßregelvollzug gem. § 64 StGB, S. 173.

²⁰² *Kaspar*, in: SSW-StGB, § 64 Rn. 47; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 343.

²⁰³ *Kaspar*, in: SSW-StGB, § 64 Rn. 2; *Cirener*, in: LK-StGB, § 64 Rn. 20; *Basdorf/Schneider/König*, in: FS Rissing-van Saan, 2011, S. 62; *Schalast*, FPPK 2021, 179 (184); *Walther*, JR 2020, 296 (305).

²⁰⁴ *Pollähne*, in: NK-StGB, § 64 Rn. 60.

²⁰⁵ *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (78, 81).

²⁰⁶ BT-Drs. 9/27, S. 26 f.

²⁰⁷ *Kornprobst*, in: MüKo-StGB, Bd. VII, § 35 BtMG Rn. 4; *Fabricius*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, § 35 Rn. 68.

²⁰⁸ *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 4. Aufl. (2022), Kap. 5 Rn. 3 f.; *Rebsam-Bender*, NStZ 1995, 158 (160).

²⁰⁹ BR-Drs. 687/22, S. 3.

²¹⁰ *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 201; *Rebsam-Bender*, NStZ 1995, 158 (161).

²¹¹ *Müller/Koller*, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 176; *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, Kap. 5 Rn. 4.

²¹² Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 34, S. 6, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0801_Stellungnahme_BRAK_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.4.2023).

²¹³ BAG Psychiatrie, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0729_Stellungnahme_BAG_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 3.

b) Zumindest verminderte Schuldfähigkeit

Es wird diskutiert, die Anwendbarkeit des § 64 StGB nur noch bei vermindert schuldfähigen oder schuldunfähigen Tätern zu bejahen. Dies würde angesichts des hohen Anteils an voll Schuldfähigen unter den Untergebrachten eine starke Senkung der Unterbringungsanordnung bewirken. Der Behandlungsbedarf ist nicht von der Frage der Schuldfähigkeit abhängig, daher sollte die Schuldunfähigkeit nicht Voraussetzung für eine Anordnung gem. § 64 StGB sein.²¹⁴ Die Behandlung hinauszuzögern, bis dieser Zustand erreicht ist, steht im Widerspruch zu den Sicherheitsinteressen der Gemeinschaft.²¹⁵ Eine derartige Begrenzung ist daher abzulehnen.

c) Erfordernis der Zustimmung des Angeklagten

Von zentraler Bedeutung für den Vorschlag der DGPPN sind Behandlungsmotivation und Selbstbestimmung. Um eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechts der untergebrachten Personen zu bewirken, soll die Unterbringung von der Zustimmung des Behandelten abhängig sein.²¹⁶

Eine starke Suchterkrankung ist jedoch häufig mit Motivationsmangel und Ängsten verknüpft, weshalb es Aufgabe einer Therapie ist, Motivation hervorzurufen und beizubehalten.²¹⁷ Der Vorschlag der DGPPN würde gerade diejenigen mit einer sehr ungünstigen Ausgangslage treffen und damit diejenigen von der Therapie ausschließen, die sie am stärksten benötigen.²¹⁸ Außerdem trägt er den Sicherheitsbedürfnissen der Gesellschaft nicht ausreichend Rechnung.²¹⁹ Die Unterbringung von einer Zustimmung abhängig zu machen, ist daher abzulehnen. Die Möglichkeit, die Erledigung der Unterbringung gem. § 67d Abs. 5 StGB zu beantragen, besteht für den Untergebrachten jederzeit.

d) Stärkung des Ermessens

Sinnvoll ist die Stärkung des richterlichen Ermessens, wie es bereits die Gesetzesänderung 2007 intendiert.²²⁰ Eine Stärkung des Ermessens könnte durch Ergänzung des § 246a S. 2 StPO erreicht werden, indem die Anhörung eines Sachverständigen nur erforderlich ist, wenn das Gericht eine Unterbringung „konkret“ erwägt.²²¹ Dadurch wird eine Abmilderung der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung aufgestellt hat, erhofft.²²²

²¹⁴ Müller, FPPK 2019, 262 (266).

²¹⁵ Müller/Koller, in: Müller/Koller, Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, S. 168.

²¹⁶ Müller/Böcker/Eusterschulte/Koller/Muysers/Pollmächer, Der Nervenarzt 2021, 1155 (1157); ähnlich: Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 200.

²¹⁷ Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer, MSchrKrim 2022, 65 (71).

²¹⁸ Berthold/Riedemann, R&P 2022, 225 (300).

²¹⁹ Querengässer/Janele/Schlögl/Bezzel, Der Nervenarzt 2022, 1156 (1160).

²²⁰ Dessecker, KrimZ Stellungnahme, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 10; Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72 (83).

²²¹ Schalast, FPPK 2021, 179 (184); Schalast/Lindemann, R&P 2015, 72 (81); Walther, JR 2020, 296 (305).

²²² Walther, JR 2020, 296 (305).

e) Terminologie

Im Zuge der Gesetzesänderung sollte auch die teils veraltete Terminologie angepasst werden.²²³ Das Wort „Entziehungsanstalt“ stammt noch aus der Zeit der Weimarer Republik.²²⁴ Zeitgemäßer sind die Bezeichnung als „forensische Suchtbehandlung“²²⁵, als „forensische Kliniken für Abhängigkeitserkrankungen“²²⁶ oder „Klinik für Abhängigkeitskranke“²²⁷.

Diese bringen zum Ausdruck, dass die Kliniken mehr als Suchtentzug leisten. Die Formulierung „berauschenden Mittels“ ist ebenfalls überholt.²²⁸ Eine Heilung ist bei Suchtmittelerkrankungen aus medizinischer Sicht unmöglich, daher sollte im Gesetzestext die Kontrolle der Sucht als Zielvorgabe dienen.²²⁹

Die Erweiterung des Ermessensspielraums durch die Ergänzung des § 246a S. 2 StPO und die Möglichkeit, zugunsten der §§ 35 ff. BtMG von der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt absehen zu können, sowie die terminologische Erneuerung des Begriffs „Entziehungsanstalt“ würden den Regierungsentwurf sinnvoll ergänzen.

VI. Fazit

Die Möglichkeit der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt sollte trotz aller aufgezeigten Defizite weiterhin bestehen. Wie in zahlreichen Stellungnahmen gefordert, ist es wünschenswert, die Kapazitäten der Entziehungsanstalten weiter auszubauen, um dem Behandlungsbedarf gerecht werden und eine Überlastung der Kliniken vermeiden zu können.²³⁰ Dies ist jedoch nicht die alleinige Lösung, wenn weiterhin Klientel untergebracht wird, die die Behandlungsatmosphäre und die Sicherheit in der Entziehungsanstalt negativ beeinflusst.²³¹

Durch die anstehende Reform sollten zunächst die Fehler der letzten Gesetzesänderungen bereinigt werden.²³² Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung enthält einige Aspekte, die zu befürworten sind. So wird die Änderung zum Zweidrittelzeitpunkt voraussichtlich den sachwidrigen Anreiz eines Strafabatts aufheben und eine deutliche Reduzierung der Unterbringungsanordnungen und Fehleinweisungen bewirken. Auch die Klarstellung der sofortigen Vollziehbarkeit ist zum Erreichen einer einheitlichen Rechtsprechung zu begrüßen. Die vorgesehene Änderung des Hangbegriffs ist abzulehnen und stattdessen die geltende Rechtslage beizubehalten. Die Schärfung des Kausalzusammenhangs zwischen Anlasstat und Hang ist geeignet, die extensive Auslegung durch die Rechtsprechung einzudämmen und Fehleinweisungen zu vermeiden. Kritisch ist die Änderung des § 64 S. 2 StGB zu werten. Es ist davon auszugehen, dass sich durch diese die Anforderungen an die Prognose kaum erhöhen werden. Um dies zu kompensieren, sollte das richterliche Ermessen gestärkt werden, indem § 246a StPO ergänzt wird.

Der Gesetzesentwurf sollte dem Gericht Ermessensspielraum einräumen, ob es die Unterbringung gem. § 64 StGB anordnet oder eine Behandlung gem. § 35 BtMG für vorzugswürdig erachtet. Außerdem sollte für die nicht von den §§ 35 ff. BtMG erfassten Abhängigkeiten eine entsprechende Vorschrift geschaffen werden. Insofern ist zu

²²³ Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer, MSchrKrim 2022, 65 (70); Dessecker, KrimZ Stellungnahme, online abrufbar unter: https://kri-poz.de/wp-content/uploads/2022/08/Stellungnahme_KrimZ.pdf (zuletzt abgerufen am 11.4.2023), S. 9 f.

²²⁴ Dessecker, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, 2004, S. 85.

²²⁵ Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer, MSchrKrim 2022, 65.

²²⁶ Müller/Böcker/Eusterschulte/Koller/Muysers/Pollmächer, Der Nervenarzt 2021, 1155 (1156); dies befürwortend: Querengässer/Baur/Berthold, KriPoZ 2022, 168 (173).

²²⁷ Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 200.

²²⁸ Querengässer/Baur/Berthold, KriPoZ 2022, 168 (171).

²²⁹ Pollähne, in: NK-StGB, § 64 Rn. 56; Querengässer/Baur/Berthold, KriPoZ 2022, 168 (172).

²³⁰ Müller/Böcker/Eusterschulte/Koller/Muysers/Pollmächer, Der Nervenarzt 2021, 1155 (1156).

²³¹ BT-Drs 16/1110, S. 9.

²³² Schalast, FPPK 2021, 179 (182).

hoffen, dass die Stellungnahme des Bundesrats in den weiteren Gesetzgebungsprozess einbezogen wird. Der Begriff der Entziehungsanstalten sollte, wie von der DGPPN vorgeschlagen, in „forensische Kliniken für Abhängigkeitserkrankungen“ geändert werden. In seiner Gesamtheit ist der Gesetzesentwurf als Schritt in die richtige Richtung zu werten, mit dem das Ziel der effektiven Nutzung der vorhandenen Ressourcen gelingen kann.

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

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Paula Berger

Der neue § 261 StGB – Alte Probleme und neue Kritik

Universität zu Köln

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schieman

Abgabedatum: 15.5.2023

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	142
II. Der neue § 261 StGB im Überblick	142
1. Der »all-crimes-approach«	142
a) Probleme des § 261 StGB a.F.	142
b) Neue Fassung des § 261 StGB	143
2. Tatobjekte	144
3. Tathandlungen	146
4. Auslandstaten als Vortaten	147
5. Subjektiver Tatbestand	148
a) Vorsatz	148
b) Leichtfertigkeitstatbestand	149
6. Vortatbeteiligung und Selbstgeldwäsche	150
7. Rechtsfolgen der Tat	150
III. Änderungen im Vermögensabschöpfungsrecht	151
IV. Kritik an der Neufassung des § 261 StGB	152
V. Verfassungsrechtliche Bedenken	154
1. Verhältnismäßigkeit	154
2. Bestimmtheitsgebot	155
3. Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip	155
VI. Stellungnahme	156
VII. Alternative Lösungsvorschläge	157
1. Wiedereinführung der gewerbs- und bandenmäßigen Begehung	158
2. § 261 Abs. 1 StGB, „herrühren“	158
3. § 261 Abs. 6 StGB, Streichung	159
4. § 261 Abs. 7 StGB, Selbstgeldwäsche	159
5. § 74a Abs. 4 StGB	159
6. Vorschlag eines Vermögenssicherstellungsgesetzes	160
VIII. Fazit und Ausblick	161

I. Einleitung

Deutschland gilt als „Paradies für Geldwäsche“.¹ Schätzungsweise 100 Milliarden Euro fließen jedes Jahr aus kriminellen Geschäften in die Wirtschaft.² Der Begriff „Geldwäsche“ soll auf den berühmten Kriminellen *Al Capone* zurückzuführen sein, der in den 1920er Jahren in Chicago die Erträge aus seinem Verbrecherimperium in Waschsalons investierte, um sie dort „rein zu waschen“.³ In Deutschland wurde Geldwäsche, also die Verschleierung der kriminellen Herkunft von Vermögen⁴, erstmals 1992 strafbar, mit dem Ziel die organisierte Kriminalität zu bekämpfen. Der Geldwäschetatbestand in § 261 StGB ist seitdem mit 32 Änderungen in 29 Jahren⁵ die am häufigsten geänderte Vorschrift im StGB. Die diversen Änderungen der Norm führten zu einer erheblichen Ausweitung des Tatbestandes und seines Anwendungsbereiches.⁶ In Folge der am 2.12.2018 in Kraft getretenen fünfte Geldwäsche-Richtlinie (EU) 2018/1673⁷, hat der Gesetzgeber nunmehr den Straftatbestand der Geldwäsche umfassend reformiert und damit die größte Änderung seit Einführung des Straftatbestands vollzogen.⁸ Es wurde eine weit über das Erforderliche hinausgehende Umsetzung und Verschärfung vorgenommen – mit weitreichenden Folgen für die Praxis, welche schon während des Gesetzgebungsverfahrens für heftige Kritik sorgte. Auch im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung kommt es zur Diskussion und zu Bedenken, denn der § 261 StGB hat durch die Streichung des Vortatenkatalogs und die Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestands einen nahezu uferlosen Anwendungsbereich erhalten, wodurch § 261 StGB zum „Allerweltsdelikt“ werden könnte.⁹

II. Der neue § 261 StGB im Überblick

Kernstück der Reform ist eine Neufassung und grundlegende Neustrukturierung des § 261 StGB. Neben der Umsetzung der Vorgaben von Richtlinie (EU) 2018/1673 liegt dem Entwurf vor allem das Ziel zugrunde, die Ahndung der Geldwäsche zu vereinfachen und die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche zu verbessern.¹⁰

1. Der »all-crimes-approach«

a) Probleme des § 261 StGB a.F.

Geldwäsche war nach dem § 261 StGB a.F. nur dann strafbar, wenn sich die Tathandlung auf ein Tatobjekt bezog, das aus einer rechtswidrigen Tat herrührte, die in einem Katalog abschließend aufgezählt war.¹¹ Die in der Praxis relevantesten Fälle der Eigentums- und Vermögensdelikte (wie Diebstahl, Unterschlagung, Betrug oder Untreue)

¹ *Jahn*, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. V, 2020, § 39 Rn. 91; so wörtlich BT-Drs. 19/11098, S. 1.

² *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 261 Rn. 5; *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (418).

³ *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1041).

⁴ Ebd.; *Altenhein*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 261 StGB Rn. 7.

⁵ *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1041).

⁶ *Reichling*, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2022), § 261 StGB Rn. 10.

⁷ ABl. L 284, S. 22.

⁸ *Wessing*, in: BeckOK, Insolvenzrecht, 30. Ed. (Stand 15.1.2023), Geldwäsche, Rn. 7.

⁹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am: 23.10.2023), S. 2, 11.

¹⁰ Max-Planck-Institut, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_MPI_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am: 11.5.2023), S. 4.

¹¹ *Gazeas*, NJW 2021, 1041.

waren nur im Fall ihrer gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Begehung taugliche Vortat einer Geldwäsche.¹² Dass eine Katalogtat vorlag, musste für eine Strafbarkeit konkretisiert festgestellt werden,¹³ dies musste das Gericht bislang selbst darlegen und prüfen.¹⁴ Dieser Tatnachweis konnte in der Praxis nicht immer erbracht werden. Die Einbeziehung einer Vielzahl von oftmals im Unternehmenskontext begangenen Straftaten führte dazu, dass das Risiko einer Geldwäschestrafbarkeit in Wirtschaftsunternehmen erheblich geworden war.¹⁵ § 261 StGB a.F. war mit seinen Kombinationen von Katalogen, in seiner extensiven Fassung so unübersichtlich und „an der Grenze der Verständlichkeit“ angesiedelt, dass stets eine restriktive Auslegung der Strafvorschrift verfassungsrechtlich geboten war.¹⁶

b) Neue Fassung des § 261 StGB

Die wohl weitreichendste Änderung ist die Abschaffung des ursprünglichen Vortatenkatalogs und die Umstellung auf einen „All-Crimes“ Ansatz,¹⁷ dem im europäischen Raum von nur fünf anderen EU-Mitgliedsstaaten (Belgien, Italien, Frankreich, Niederlande und Polen) gefolgt wird.¹⁸ Bislang war eine Geldwäsche nur dann strafbar, wenn sich die Tathandlung auf ein Tatobjekt bezog, das aus einer in einem abschließenden Vortatenkatalog aufgeführten rechtswidrigen Tat herrührte.¹⁹ Anknüpfungstaten waren gem. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB a.F. sämtliche Verbrechen sowie eine große und ständig zunehmende²⁰ Anzahl von Vergehen, die im Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bis 5 StGB abschließend²¹ enumeriert waren. Durch den Wegfall des Vortatenkatalogs kommen von nun an alle Straftaten als taugliche Geldwäschevortaten in Betracht.²²

Laut der Gesetzesbegründung zielte die Erweiterung der Geldwäschevortaten auf sämtliche Straftaten vornehmlich auf die Beseitigung der in der Praxis häufig aufgetretenen Schwierigkeiten bezüglich des Nachweises der Vortat ab, und soll vor allem der Effizienz der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche dienen.²³ Die Ausdehnung des Straftatbestandes der Geldwäsche diene somit primär verfahrensrechtlichen Gründen, nämlich der Erleichterung der Beweisführung im Strafverfahren.²⁴ Für eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche ist keine Konkretisierung der Vortat mehr erforderlich. Ausreichend ist der Nachweis der Herkunft aus irgendeiner Straftat.²⁵ Dadurch wird der Bereich des Strafbaren sehr weit ausgedehnt, wodurch auch eine Überschneidung des Straftatbestands mit den §§ 257, 259 StGB gegeben ist.²⁶ Der reformierte Tatbestand verzichtet zwar auf einen Vortatenkatalog, das Unrecht der Geldwäsche im Wesentlichen hängt aber weiterhin vom Unrecht der jeweiligen Vortat ab, denn die Vorschrift sieht davon ab, das Unrecht der Geldwäschehandlungen stärker zu konturieren.²⁷ Es ist

¹² Ebd.

¹³ Ebd.; BGH, Beschl. V. 10.11.1999 – 5 StR 476/99, BeckRS 1999, 30081269.

¹⁴ Gazeas, NJW 2021, 1041; KG, BeckRS 2012, 20283 = NStZ-RR 2013, Ls. 13.

¹⁵ Bülte, in: Joecks/Jäger/Randt, StGB, 9. Aufl. (2022), § 261 Rn. 36; vgl. Altenhain, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 261 Rn. 42; Bülte, NStZ 2014, 680 (682).

¹⁶ Bülte, in: Joecks/Jäger/Randt, StGB, § 261 Rn. 33; BGH, NJW 2008, 2516 (2517); Jahn, in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2023), § 261 Rn. 56.

¹⁷ Schiemann, KriPoZ 2021, 151 (152); Gazeas, NJW 2021, 1041.

¹⁸ BT-Drs. 19/24180, S. 16.

¹⁹ Bülte, in: Joecks/Jäger/Randt, StGB, § 261 Rn. 28.

²⁰ Zu einer kritischen Darstellung der ständigen Erweiterung des Vortatenkatalogs s. statt vieler Bülte, NZWiSt 2017, 284 (284 ff.).

²¹ LG Koblenz, NStZ 1997, 550; Jahn, in: SSW-StGB, § 261 Rn. 22; Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 35.

²² El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 457 (463).

²³ BT-Drs. 19/24180, S. 13.

²⁴ El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 457 (463); Max-Planck-Institut, Stellungnahme, S. 8.

²⁵ El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 457 (463).

²⁶ Schindler, NZWiSt 2020, 457 (463).

²⁷ Max-Planck-Institut, Stellungnahme, 2020, S. 5.

bislang nicht gezeigt worden, dass die Streichung des Vortatenkatalogs die Strafverfolgung in anderen Ländern erleichtert hätte.²⁸

Der neue § 261 StGB hat zum Ziel, den bisherigen Tatbestand des § 261 StGB verständlicher zu gestalten. Wie eben dargelegt, war § 261 StGB in seiner alten Fassung bereits sehr unverständlich und kompliziert. Durch die mehrfache Erweiterung und schließlich die Streichung des Vortatenkataloges hatte sich § 261 StGB immer mehr von dem vom Gesetzgeber ursprünglich hergestellten Bezug zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität entfernt. Zwischenzeitlich wurden zahlreiche Delikte der Alltagskriminalität als Vortaten erfasst, die jedenfalls nicht typisch für das ohnehin schwer zu greifende Phänomen der organisierten Kriminalität sind. Bereits hierdurch löste sich die Norm zunehmend von ihrer ursprünglichen Begründung und damit letztlich ihrer Legitimation.²⁹

Dadurch werden die Probleme der bisher geltenden Rechtslage noch verschärft. Mit dem neuen § 261 StGB ist das Risiko einer Geldwäsche Strafbarkeit in Wirtschaftsunternehmen sogar noch größer geworden, da mit dem All-crimes-Ansatz nun sämtliche Straftaten taugliche Vortaten einer Geldwäsche sein können.³⁰ Die Tathandlungen des § 261 StGB wurden zwar insgesamt neu strukturiert, zu wesentlichen Änderungen führte dies jedoch nicht. Viele existente (Auslegungs-)Probleme sind damit nicht gelöst worden. Bereits in seiner bisherigen Fassung unterfielen dem Geldwäschetatbestand vom Wortlaut her eine Vielzahl auch neutraler Alltagshandlungen und berufstypischer Verhaltensweisen.³¹ Die Gefahr einer Orientierungslosigkeit der Geldwäschebekämpfung und der Unverhältnismäßigkeit der Strafdrohung lag aufgrund der Ausweitung des Vortatenkatalogs auf der Hand.³² Die Uferlosigkeit des Tatbestandes, die bereits nach alter Rechtslage als problematisch angesehen werden konnte wird nun nochmals verstärkt.

Um eine derartige Ausdehnung zu vermeiden, hätte eine Umsetzung des Art. 2 der Richtlinie (EU) 2018/1673 durch eine punktuelle Ergänzung des bisherigen Vortatenkatalogs erfolgen können. Eine solche Variante wurde jedoch vom deutschen Gesetzgeber nicht gewählt, mit der Begründung, dies sei aus rechtssystematischen und kriminalpolitischen Gründen nicht angezeigt.³³

2. Tatobjekte

Die Gegenstände der Geldwäsche sind im Kern unverändert geblieben. Als Gegenstand wird jedes Rechtsobjekt bezeichnet, das heißt sowohl Sachen als auch Rechte können als solche betrachtet werden.³⁴ Auch die Kürzung der Überschrift von „Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte“ nur auf „Geldwäsche“ ändert nichts daran, dass weiterhin außer Geld jeder andere Vermögenswert (auch Forderungen) in den Anwendungsbereich des § 261 StGB fällt.³⁵ Taugliche Tatobjekte einer Geldwäsche sind nach

²⁸ *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (463); so auch *Vogel*, Warum die Reform des Geldwäscheparagraphen ihr Ziel verfehlt, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/warum-die-reform-des-geldwaescheparagraphen-ihr-ziel-verfehlt/> (zuletzt abgerufen am 9.5.2023).

²⁹ *Reichling*, in: NK-WSS, 2. Aufl. (2022), § 261 StGB Rn. 11.

³⁰ *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1042).

³¹ *Neumann*, Der reformierte Geldwäschetatbestand, online abrufbar unter: https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2022_5_1670.pdf (zuletzt abgerufen am 11.5.2023).

³² *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (278).

³³ BT-Drs. 19/24180, S. 2 f., 15 f.

³⁴ BT-Drs. 12/989, S. 27; vgl. *Arzt*, JZ 1993, 913.

³⁵ So die absolut herrschende Meinung in der Literatur (vgl. etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 261 Rn. 3; *Arzt*, JZ 1993, 913; *Spiske*, Pecunia olet?, 1998, S. 100; *Barton*, NStZ 1993, 159; *Burr*, Geldwäsche: eine Untersuchung zu § 261 StGB, 1995, S. 56; *Knorz*, Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB, 1996, S. 112; *Voß*, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007, S. 17; *Fahl*, JZ 2009, 747 (748); *Altenhain*, in: NK-StGB, § 261 Rn. 25; *Neuheuser*, in: MüKo-StGB, § 261 Rn. 35; *Fischer*, StGB, § 261 Rn. 6; *Jahn*, in: SSW-StGB, § 261 Rn. 12 und in der Rechtsprechung (vgl. *BGH*, NStZ 2017, 169; *BGH*, NZWiSt 2019, 150) mit Verweis an die Gesetzgebungsbegründung zum § 261 StGB (BT-Drs. 12/989, S. 27; BT-Drs. 12/1353, S. 12).

§ 261 Abs. 1 S. 1 StGB alle Gegenstände, die aus einer rechtswidrigen Tat *herrühren*. Nach dem Schutzzweck der Vorschrift dürfte das Merkmal erfüllt sein, wenn der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat oder für eine solche Tat erlangt oder durch eine rechtswidrige Tat hervorgebracht worden ist und häufig auch, wenn er als sog. Beziehungsgegenstand der Einziehung unterliegt.³⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat bewusst an diesem Tatbestandsmerkmal festgehalten,³⁷ um sicherzustellen, dass sich „die strafrechtliche Praxis auch künftig auf die gefestigte Rechtsprechung des *BGH* zur Bestimmung des Geldwäscheobjekts stützen kann“.³⁸ Im Rechtsausschuss sprach man von einer „alten bewährten Terminologie“.³⁹ Demgegenüber hatte die Bundesregierung zuvor festgestellt, dass das Merkmal „mehrdeutig“, „mit Zweifelsfragen überfrachtet und daher in der Praxis nur schwer handhabbar“ sei.⁴⁰

Anders als in ausländischen Rechtsordnungen, wo das Tatbestandsmerkmal „*Herrühren*“ gesetzlich bestimmt wird,⁴¹ wurde im Rahmen des § 261 StGB auf eine entsprechende Definition bewusst verzichtet.⁴² Sowohl der BMJV-Referentenentwurf als auch der Regierungsentwurf hatten noch für eine grundsätzliche Neustrukturierung der geldwäschetauglichen Tatobjekte votiert.⁴³ Unter welchen Voraussetzungen ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, ist wegen der Unbestimmtheit des Begriffs nur schwer eingrenzbar.⁴⁴ Angesichts des Zwecks des Gesetzgebers, alle denkbaren wirtschaftlichen Transaktionen, bei denen der wirtschaftliche Wert des ursprünglichen Gegenstandes beibehalten wird, von der Geldwäsche Strafbarkeit zu erfassen,⁴⁵ ist der Begriff „*Herrühren*“ weit auszulegen.⁴⁶ Laut *BGH* soll es grundsätzlich ausreichen, wenn schlicht ein derartiger kausaler Zusammenhang zwischen dem Vermögensgegenstand und der Vortat vorliegt und, dass der Gegenstand bei wirtschaftlicher Betrachtung seine Ursache in der rechtswidrigen Tat hat.⁴⁷ Danach soll ein Gegenstand jedenfalls dann geldwäschetauglich sein, wenn der aus Vortaten stammende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung »nicht völlig unerheblich« ist.⁴⁸ Diese weite Fassung führt zu einer gewissen Konturenlosigkeit dieses Merkmals.⁴⁹

³⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 261 Rn. 5; Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 64.

³⁷ BT-Drs. 19/26602, S. 7.

³⁸ BT-Drs. 19/26602, S. 8.

³⁹ BT-Drs. 19/26602, S. 7.

⁴⁰ BT-Drs. 19/24180, S. 20 (28).

⁴¹ Dazu s. die Legaldefinition des § 165 Abs. 5 östStGB und die identische des § 165 Abs. 5 liechtStGB: „*Ein Vermögensbestandteil rührt aus einer strafbaren Handlung her, wenn ihn der Täter der strafbaren Handlung durch die Tat erlangt oder für ihre Begehung empfangen hat oder wenn sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswertes verkörpert*“.

⁴² BT-Drs. 12/989, S. 27; Barton, NStZ 1993, 159; *BGH*, NJW 2009, 1618; Altenhain, in: NK-StGB, § 261 Rn. 52.

⁴³ Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330; S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 19.

⁴⁴ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 261 Rn. 5; Bischofberger, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „*Herrühren*“ im Rahmen des § 261 StGB, 2010, S. 190.

⁴⁵ BT-Drs. 12/989, S. 27.

⁴⁶ *Warius*, Das Hawala-Finanzsystem in Deutschland – ein Fall für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung?, 2009, S. 248; *Fahl*, JZ 2009, 747; *Eschelbach*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 261 StGB Rn. 32.

⁴⁷ *BGH*, NJW 2009, 1618, m. krit. Anm. *Rettenmaier*, NJW 2009, 1619; bestätigt durch *BGH*, Beschl. v. 11.5.2016 – 1 StR 352/15, BeckRS 2016, 12551, Rn. 16.

⁴⁸ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330; RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 29; BGHSt 63, 268 (273 Tz. 24) = StV 2019, 739; *BGH*, NJW 2015, 3254 (3255 Tz. 6) m. zutr. abl. Anm. *Krug*, NZWiSt 2016, 159 (160); abl. auch *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (286 ff.); Krit. zur Erwägung im RegE auch *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/buelte-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.10.2023), S. 16.

⁴⁹ *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (167); *Fischer*, StGB, § 261 Rn. 7.

3. Tathandlungen

Durch die Novellierung des Geldwäschetatbestands wurden die Tathandlungen des § 261 StGB insgesamt neu strukturiert und stärker am Wortlaut der EU-Richtlinie orientiert.⁵⁰ Zwar genügte die bisherige Umschreibung der Geldwäschehandlungen den Anforderungen der Richtlinie (EU) 2018/1673, ihre Neufassung wurde aber vom Gesetzgeber favorisiert, zumal diesbezüglich im alten § 261 StGB in mehrfacher Hinsicht Überschneidungen festzustellen waren, die die Handhabbarkeit des Geldwäschetatbestands in der Praxis erschwerten. Damit wurde auch unter Berufung auf eine entsprechende kritische Entscheidung des *BGH* erkannt,⁵¹ dass sich der bisherige Straftatbestand der Geldwäsche „an der Grenze der Verständlichkeit“ bewegte.⁵²

Die Tathandlungen lehnen sich einerseits an die bisherigen Tatbestände des § 261 StGB a.F. an, indem sie die Gesetzessystematik (Verschleierungstatbestand sowie Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand in den drei Varianten des § 261 Abs. 1 StGB a.F. sowie der Isolierungstatbestand des Abs. 2 StGB a.F.) fortschreibt. Andererseits wurde versucht, die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 lit. b Richtlinie (EU) 2018/1673 zu berücksichtigen.⁵³

Unverändert übernommen wurde der Isolierungstatbestand, der nunmehr in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und 4 StGB verankert ist. Das Gleiche gilt auch für die Tatvariante „*Verbergen*“, die vom bisherigen Verschleierungstatbestand getrennt wurde und nun eigenständig aufgeführt ist.⁵⁴ Neu ist hingegen die Tatvariante des „*Umtauschen oder Übertragen*“ des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB. Mit der Einführung dieser Tathandlung wurde Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie (EU) 2018/1673 umgesetzt.⁵⁵ Als strafbare Tathandlungen kommen der Umtausch, die Übertragung oder die Verbringung eines inkriminierten Gegenstands in Betracht, wenn der Täter mit überschießender Innentendenz handelt,⁵⁶ die Ermittlungen oder die staatliche Einziehung zu verhindern.⁵⁷ Durch die Formulierung handelt es sich bei dieser Variante um ein reines Absichtsdelikt⁵⁸ und bei der Variante des Vereitels um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.⁵⁹ § 261 Abs. 2 StGB enthält die nicht schon durch § 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB umgesetzten Tatmodalitäten des Art. 3 Abs. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2018/1673. Diese Tatvariante entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Verschleierungstatbestand.⁶⁰ Es wird aber keine Verschleierung der Herkunft mehr vorausgesetzt. Diese Ausweitung auf ein abstraktes Gefährdungsdelikt in Verbindung mit der nach wie vor vorgesehenen Versuchsstrafbarkeit (§ 261 Abs. 3 StGB), führt zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit.⁶¹

Neben dem Aspekt der Vorverlagerung weist die Vorschrift auch Schwachstellen auf. So ist die Formulierung des § 261 Abs. 2 StGB anfällig für Unklarheiten. Denn es fehlt die Präzisierung der Formulierung des „*von Bedeutung*“

⁵⁰ BT-Drs. 19/24180, S. 2, 13.

⁵¹ BT-Drs. 19/24180, S. 21.

⁵² *BGH*, NJW 2008, 2517.

⁵³ BT-Drs. 19/24180, S. 2, 13.

⁵⁴ *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1048.

⁵⁵ BT-Drs. 19/24180, S. 30.

⁵⁶ *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 213.

⁵⁷ *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1049.

⁵⁸ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁵⁹ BT-Drs. 19/24180, S. 31.

⁶⁰ *Bülte*, Stellungnahme, S. 24; *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213).

⁶¹ *Bülte*, Stellungnahme, S. 24.

sein können“.⁶² Nach der Gesetzesbegründung reicht es aus, dass ihre Kenntnis „*hilfreich gewesen wäre*“.⁶³ Allerdings wurde zu Recht moniert, dass es weiter ungewiss bleibt, was unter der Verwendung „*hilfreich sein*“ im Sinne dieser Erklärung zu verstehen ist.⁶⁴

4. *Auslandstaten als Vortaten*

Wie bereits in der früheren Fassung können auch in der neuen Fassung im Ausland begangene Taten taugliche Vortaten einer strafbaren Geldwäsche sein, § 261 Abs. 9 StGB.

Mit der Regelung des § 261 Abs. 9 StGB n.F. soll den aus Art. 3 Abs. 3 lit. c. bzw. Abs. 4 Richtlinie (EU) 2018/1673 resultierenden Anforderungen an die Erfassung von Auslandstaten als geldwäschetauglicher Vortaten entsprochen werden. Danach können Geldwäschestraftaten weiterhin auch an Gegenständen begangen werden, die aus im Ausland begangenen Straftaten stammen, selbst wenn das deutsche Strafrecht nicht schon nach den §§ 3 - 9 StGB auf sie anwendbar ist.⁶⁵ Voraussetzung hierfür ist entweder, dass – wie nach der Entsprechungsklausel im bisherigen Abs. 8 a.F. – die im Ausland begangene Tat i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wäre auf sie das deutsche Strafrecht anwendbar, strafbar wäre.⁶⁶ Es ist also darauf abzustellen, ob eine vergleichbare Inlandstat hypothetisch die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen würde.⁶⁷ Daneben muss die Auslandstat grundsätzlich auch am Tatort mit Strafe bedroht sein (Nr. 1), es sei denn, es ist eine solche, die nach den in Nr. 2 enumerativ aufgeführten Rechtsvorschriften der EU mit Strafe zu bedrohen ist.⁶⁸

Dies war bisher an das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit geknüpft. Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 261 StGB a.F. war danach stets, dass die Vortat auch am ausländischen Tatort mit Strafe bedroht ist.⁶⁹ Dieses Prinzip wird nun in der Neufassung – in Umsetzung der zwingenden Regelung des Art. 3 Abs. 4 letzter Halbsatz der Richtlinie (EU) 2018/1673⁷⁰ – durchbrochen.

Die Vorschrift sieht nun vor, dass eine im Ausland begangene Tat selbst dann taugliche Geldwäschevortat sein kann, wenn sie am ausländischen Tatort nicht mit Strafe bedroht ist, die Tat aber nach einer der darin enumerativ aufgezählten Rechtsbestimmungen der Europäischen Union mit Strafe zu bedrohen ist. Darunter fallen sog. „*EU-Delikte*“ aus den Deliktskategorien Korruption, Menschen- und Drogenhandel, Organisierte Kriminalität, sexuelle Ausbeutung und Terrorismus. Sofern diese EU-Instrumente den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen einräumen, um bestimmte Verhaltensweisen zu kriminalisieren oder von der Strafverfolgung auszuschließen, betreffen sie nur Verhaltensweisen, die von den Mitgliedstaaten zwingend unter Strafe gestellt werden müssen.⁷¹

Es ist aber für die Bejahung einer Strafbarkeit wegen Geldwäsche nicht mehr notwendig, dass in dem ausländischen Staat entsprechende Strafbestimmungen bestehen.⁷² Das ist auch dann der Fall, wenn die Auslandstat in

⁶² *Bülte*, Stellungnahme, S. 24 f.

⁶³ BT-Drs. 19/24180, S. 33.

⁶⁴ So *Bülte*, Stellungnahme, S. 25, der von einer mangelnden Bestimmtheit der Norm des § 261 Abs. 2 StGB n.F. i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG spricht.

⁶⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 261 Rn. 4.

⁶⁶ BT-Drs. 19/26602, S. 8.

⁶⁷ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330; s. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 34; *Jahn*, in: SSW-StGB, § 261 Rn. 26.

⁶⁸ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330; RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 34.

⁶⁹ *Gazeas*, NJW 2021, 1042; S. Referentenentwurf, S. 34.

⁷⁰ BT-Drs. 19/24180, S. 35.

⁷¹ Ebd.; *Böhme/Busch*, wistra 2021, 1 (2).

⁷² *Böhme/Busch*, wistra 2021, 1 (2).

einem Nicht-EU-Staat begangen wird, für den europarechtlich keine Verpflichtung zur Kriminalisierung der entsprechenden Vortaten existiert.⁷³ Dennoch gelangt man durch die Revidierung des Geldwäschestrafrechts in diesem Bereich zu unsinnigen Rechtsfolgen, die dem akzessorischen Charakter der Geldwäsche widersprechen, denn nunmehr kann die Geldwäschetauglichkeit von Gegenständen begründet werden, die in einem Nicht-EU-Staat legal erworben wurden.⁷⁴ Die Vorschrift des § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB n.F. ist aufgrund des Verweises auf acht verschiedene Rechtsakte der Europäischen Union sehr unübersichtlich.⁷⁵

5. Subjektiver Tatbestand

Der Verzicht auf den selektiven Vortatenkatalog bringt entsprechende Erleichterungen auf subjektiver Tatbestandsebene mit sich.⁷⁶

a) Vorsatz

Der Täter muss nunmehr keinen bedingten Vorsatz bzgl. des Vorliegens einer Katalogtat mehr aufweisen. Ausreichend ist der bedingte Vorsatz bzgl. irgendeiner rechtswidrigen Vortat.⁷⁷ Orientierungshilfe dazu können die zu den §§ 257, 258 StGB entwickelten Grundsätze zum Vorsatz bieten.⁷⁸ Danach muss dem Geldwäscher weder die Person des Vortäters bekannt sein noch braucht er die Art der Vortat in allen Einzelheiten zu kennen.⁷⁹ Fehlvorstellungen hinsichtlich der Vortat sind ohne Bedeutung, solange der Geldwäscher bedingten Vorsatz hinsichtlich der Herkunft eines Geldwäschegegenstands aus irgendeiner rechtswidrigen Tat hat.⁸⁰

Weiterhin wurden in § 261 Abs. 1 S. 3 StGB n.F. die Vorsatzanforderungen bei der Annahme von Honoraren durch Strafverteidiger gesetzlich verankert.⁸¹ Danach handelt ein Strafverteidiger, der ein Honorar für seine Tätigkeit annimmt, nur dann vorsätzlich, wenn er in den Fällen des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 (die Sich- oder Drittverschaffung) und Nr. 4 (die Verwahrung und die Verwendung für sich oder einen Dritten) zu dem Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte. Hierdurch soll dem bekannten Leiterteil des *BVerfG* vom 19.11.2003 entsprochen werden,⁸² nach dem § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F. nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar war, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme sichere Kenntnis von der inkriminierten Herkunft des Honorars hatte.⁸³ Dadurch wurde aber keine Änderung zum alten Recht herbeigeführt, da das Strafverteidigerprivileg seit dem Urteil des *BVerfG* vom 30.3.2004⁸⁴ uneingeschränkt galt.⁸⁵

⁷³ Schindler, NZWiSt 2020, 463; Böhme/Busch, wistra 2021, 1 (2).

⁷⁴ So zutreffend Schröder/Blaue, NZWiSt 2019, 164; Schindler, NZWiSt 2020, 463.

⁷⁵ Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 127; Gazeas, NJW 2021, 1042.

⁷⁶ El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 212.

⁷⁷ BT-Drs. 19/24180, 37; El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 212.

⁷⁸ BT-Drs. 19/24180, 37.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ BT-Drs. 19/24180, S. 13, 32.

⁸² BT-Drs. 19/24180, S. 32 unter Hinweis auf BVerfGE 110, 226 (245 ff.) = StV 2004, 254.

⁸³ Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330.

⁸⁴ Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01.

⁸⁵ El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 209 (214).

b) *Leichtfertigkeitstatbestand*

Gleichzeitig hält § 261 Abs. 6 StGB an der Geldwäschestrafbarkeit auch bei bloß leichtfertigem Verkennen der Herkunft des Gegenstandes aus einer geldwäschetauglichen Vortat, also nunmehr aus irgendeiner rechtswidrigen Tat, fest. Der ursprüngliche Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, der am 11.8.2020 veröffentlicht wurde, sah als Kompensation für die erhebliche Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit infolge der Einführung des „All-Crimes“-Ansatzes die Abschaffung der Pönalisierung der leichtfertigen Geldwäsche vor.⁸⁶ Dies sei aus verhältnismäßigen Gründen geboten, da andernfalls der Geldwäschetatbestand einen nahezu uferlosen Anwendungsbereich erhalte.⁸⁷ Trotz dessen hat sich die Bundesregierung dazu entschieden, am Regelungskonzept der leichtfertigen Geldwäsche festzuhalten.⁸⁸

Dieser besagt, dass sich jemand der Geldwäsche strafbar macht, wenn er leichtfertig handelt, d.h. wenn er weiß oder annehmen muss, dass die Vermögenswerte aus einer strafbaren Handlung stammen, und dies in Kauf nimmt, ohne angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung der Geldwäsche zu treffen.⁸⁹ Konkret bedeutet dies, dass eine Person, die bei einer Transaktion den Verdacht hat oder auch nur ahnt, dass das Geld aus illegalen Quellen stammt, verpflichtet ist, entsprechende Nachforschungen anzustellen, um sicherzustellen, dass es sich nicht um Geldwäsche handelt. Unterlässt sie dies, obwohl es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, so kann sie sich wegen leichtfertiger Geldwäsche strafbar machen.

Dieses Ausmaß zeigt sich an dem Beispiel des Schokoladen Falls,⁹⁰ bei dem ein 13-jähriger Schüler eine Tafel Schokolade stiehlt, um diese an seine 14-jährigen Mitschülerin zu verschenken. Dabei prahlt er mit der kriminellen Herkunft des Geschenks. Der Diebstahl des 13-jährigen strafunmündigen Schülers ist eine taugliche Geldwäschevortat für die 14-jährige Mitschülerin, weil das Gesetz nur eine „rechtswidrige Tat“ verlangt. Nimmt die mit 14 Jahren schon strafmündige Mitschülerin nun das Geschenk an, obwohl sie von der kriminellen Herkunft der Tafel Schokolade weiß, macht sie sich gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Geldwäsche strafbar. Dies gilt wegen der Strafbarkeit der leichtfertigen Geldwäsche nach § 261 Abs. 6 S. 1 StGB für die Schülerin sogar dann, wenn sie leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen inkriminierten Gegenstand handelt. Das wäre etwa dann der Fall, wenn sie aus der Vergangenheit weiß, dass ihr 13-jähriger Mitschüler bei jedem Supermarktbesuch mit ihr eine Tafel Schokolade in der Vergangenheit „mitgehen ließ“.

Die Folge ist ein sehr Anwendungsbereich. Seit Jahren machen Verurteilungen aufgrund von leichtfertiger Geldwäsche mehr als die Hälfte aller in der Strafverfolgungsstatistik erfassten Verurteilungen wegen Geldwäsche aus⁹¹.

⁸⁶ Ref-E des BMJV, S. 2, 11.

⁸⁷ Ref-E des BMJV, S. 2, 11.

⁸⁸ Die Übernahme der leichtfertigen Geldwäsche wurde aus Kreisen der Strafverfolgung (Deutscher Richterbund, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/812000/233fb47cbd02c93a00df9a12582e4bfd/lueblinghoff_drb-data.pdf [zuletzt abgerufen am 11.5.2023], S. 2; BDZ, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/812172/8d57242be694c38c97674523c7425490/drewes_bdz-data.pdf (zuletzt abgerufen am 23.10.2023), S. 5; Generalstaatsanwaltschaft München, Stellungnahme, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/812006/cf927f775c9a9a6fbfb5929a2ac4ec7c/ruhlund-data.pdf> [zuletzt abgerufen am 11.5.2023], S. 5) und der Justiz (Deutscher Richterbund, Stellungnahme, S. 2), ausdrücklich begrüßt.

⁸⁹ BGH, NZWiSt 2015, 196; Mayer, HRRS 2015, 501; Neuheuser, in: MüKo-StGB, § 261 Rn. 106; Reichling, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 261 StGB Rn. 75.

⁹⁰ Gazeas, NJW 2021, 1041 (1044); Vgl. Schröder/Blaue, NZWiSt 2019, 161 (163); BRAK, Stellungnahme 52/2020, online abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/september/stellungnahme-der-brak-2020-52.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2023), S. 7; Gercke/Jahn/Reckmann, Inkriminierte Schokolade, online abrufbar unter: https://www.lto.de/persistent/a_id/43140 (zuletzt abgerufen am 9.5.2023)

⁹¹ Schindler, NZWiSt 2020, Rn. 467.

§ 261 Abs. 5 StGB hat sich zum Regeltatbestand entwickelt, denn Leichtfertigkeit liegt schnell vor und dient dazu, „Beweisschwierigkeiten zu vermeiden und eine wirksame Strafverfolgung der Geldwäscher sicherzustellen“⁹².

6. Vortatbeteiligung und Selbstgeldwäsche

Wenn der Beschuldigte an der Vortat nach § 28 Abs. 2 StGB beteiligt ist, enthielt § 261 Abs. 9 S. 2 StGB a.F. einen persönlichen Strafausschließungsgrund,⁹³ der jetzt in Abs. 7 überführt worden ist. Er verdankt sich dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Strafflosigkeit von Selbstbegünstigungshandlungen und verhindert darüber hinaus Doppelbestrafungen (Art. 103 Abs. 3 GG).

§ 261 Abs. 7 StGB n.F. setzt die seit 2015⁹⁴ geltende Rückausnahme des § 261 Abs. 9 S. 3 StGB a.F. fort, mit der die sog. Selbstgeldwäsche dennoch unter Strafe gestellt wird. Folglich wird eine Person, die an der Vortat beteiligt war, wegen Geldwäsche bestraft wird, wenn sie zusätzliches Unrecht begeht, indem sie den inkriminierten Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen Herkunft verschleiert.⁹⁵ Nach der Entwurfsbegründung soll das Verschleiern als zielgerichtete, irreführende Machenschaft mit dem Zweck, einem Gegenstand den Anschein einer (anderen) legalen Herkunft zu verleihen oder zumindest seine Herkunft zu verbergen, zu verstehen sein.⁹⁶ Das bloß eigennützige Verwerten des geldwäschetauglichen Tatobjektes sei hingegen ein typischerweise vom Vortäter zu erwartendes Verhalten und verwirkliche gegenüber der Vortat kein eigenständiges Unrecht, so dass eine Selbstgeldwäschestrafbarkeit in diesen Fällen ausscheide.⁹⁷

Der All-crimes-approach führt dazu, dass alle Vortaten der Geldwäsche in verstärktem Maße auch Delikte mit geringerem Strafraumen in Betracht kommen. Zum Beispiel die (einfache) Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB, für die als Höchststrafe eine Freiheitsstrafe von drei Jahren angedroht wird, auch die Sachbeschädigung für die § 303 Abs. 1 StGB eine maximale Freiheitsstrafe von zwei Jahren androht, sowie etliche Delikte, die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft werden. In derartigen Fällen ist der Strafraumen, der dem Vortäter angedroht wird, also deutlich niedriger als der Strafraumen, den § 261 Abs. 1 S. 1 StGB dem Geldwäscher als Anschlussstäter androht. Es kann also zu einer deutlichen Strafraumdivergenz zwischen Vortat und Geldwäsche kommen.

7. Rechtsfolgen der Tat

Der Strafraumen wurde insoweit verändert, als beim Grundtatbestand die Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe entfallen ist und alternativ auch eine Geldstrafe verhängt werden kann.

§ 261 Abs. 1 S. 1 StGB n.F. sieht im Vergleich zum ursprünglichen Recht vor, dass entweder eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren verhängt werden kann. Die Abschaffung der bisher geltenden erhöhten Mindeststrafe von drei Monaten wurde laut Gesetzesbegründung mit Blick auf die erhebliche Ausweitung des

⁹² BT-Drs. 12/989, S. 27.

⁹³ Gercke/Jahn/Paul, StV 2021; Vgl. Bernsmann, in: FS Amelung, 2009, S. 385.

⁹⁴ Mit Wirkung vom 26.11.2015, BGBl. I, S. 2025.

⁹⁵ Vgl. Fischer, StGB, § 261 Rn. 79; BT-Drs. 19/24180, S. 33 f.

⁹⁶ S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 35.

⁹⁷ Ebd.

Anwendungsbereiches des § 261 StGB auch auf Vortaten aus dem Bereich der weniger schwerwiegenden Kriminalität gerechtfertigt.⁹⁸ Dies dürfte Verfahrenseinstellungen in geringfügigen Fällen vereinfachen. Damit soll außerdem ein Gleichgewicht mit den Strafandrohungen der anderen Anschlussdelikte in den §§ 257, 258 und 259 StGB hergestellt werden.⁹⁹ Demgegenüber wurde in Umsetzung der Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie (EU) 2018/1673 schließlich in § 261 Abs. 4 StGB n.F. ein neuer Qualifikationstatbestand eingeführt, der eine erhöhte Strafandrohung von drei Monaten bis zu fünf Jahren vorsieht, wenn der Geldwäscher ein geldwäscherechtlich Verpflichteter gem. § 2 GwG ist und er in Ausübung seines Gewerbes oder Berufes handelt.¹⁰⁰

III. Änderungen im Vermögensabschöpfungsrecht

Im Zuge des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche wurde auch die bereits bei der Reform des Vermögensabschöpfungsrechts vielfach kritisierte Norm der erweiterten selbstständigen Einziehung gemäß § 76a Abs. 4 StGB neu gefasst.¹⁰¹ Ziel der im Jahr 2017 eingeführten Vorschrift ist es, die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft zu ermöglichen, unabhängig von der konkreten Aufdeckung rechtswidriger Taten und ohne Nachweis der subjektiven Verfahren.¹⁰²

Indem die bisherige Umschreibung des Einziehungsobjekts in § 76a Abs. 4 S. 1 StGB beibehalten wurde, soll sichergestellt werden, dass die selbstständige Einziehung auch weiterhin beispielsweise nach mehrfachen Umwandlungen und Transfers von Taterträgen und Tatprodukten aus einer nicht konkret feststellbaren rechtswidrigen Tat sowie nach deren Vermischung mit anderem Vermögen oder Verarbeitung möglich ist.¹⁰³ Die Regelung wird auch dann angewendet, wenn der einzuziehende Gegenstand in einem Verfahren wegen einer anderen Straftat beschlagnahmt wurde und der Verdacht auf eine Katalogstraftat erst nach der Beschlagnahme in das Verfahren einbezogen wurde.¹⁰⁴ Es genügt also, wenn der Gegenstand zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens sichergestellt wurde.¹⁰⁵

§ 261 Abs. 7 StGB a.F. wurde in § 261 Abs. 10 StGB überführt und präzisiert. Dazu wurde ein S. 3 eingefügt, nach dem die §§ 73 - 73e StGB unberührt bleiben und einer Einziehung nach § 74 Abs. 2 StGB, auch in Verbindung mit den §§ 74a und 74c StGB, vorgehen.¹⁰⁶

⁹⁸ BT-Drs. 19/24180, S. 18.

⁹⁹ *Gazeas*, NJW 2020, 1042; RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 20.

¹⁰⁰ BT-Drs. 19/24180, S. 17.

¹⁰¹ BGBl. I 2021, S. 327.

¹⁰² *Schiemann*, KriPoZ 2021, 151 (156); *Fischer*, StGB, § 76a Rn. 9.

¹⁰³ S. BT-Drs. 19/26602, S. 7.

¹⁰⁴ *Schiemann*, KriPoZ 2021, 151 (156).

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/26602, S. 7.

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/24180, S. 35 f.

IV. Kritik an der Neufassung des § 261 StGB

Diese über die Vorgaben der EU-Richtlinie und der FATF-Empfehlungen hinausgehende Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit¹⁰⁷ sorgte mit Recht schon während des Gesetzgebungsverfahrens für heftige Kritik.¹⁰⁸ Zum einen ist die zweckfremde Instrumentalisierung des Strafrechts¹⁰⁹ für prozessuale Zwecke verfassungsrechtlich fragwürdig, da damit keine neuen Strafbedürfnisse erfüllt werden, sondern nur die Erleichterung der Strafverfolgung von schon bestehendem Strafunrecht beabsichtigt wird.¹¹⁰ Denn mit der Neufassung des Geldwäschetatbestands stellt nunmehr jedes Bagatelldelikt einen Anknüpfungspunkt für eine anschließende Geldwäschetat dar.¹¹¹ Dies führt zu einer übermäßigen Bestrafung von kleinen Vergehen¹¹² und birgt das Potenzial, andere Teile des Wirtschaftskreislaufs zu kontaminieren¹¹³, was das Risiko für alle Beteiligten im Wirtschaftsverkehr erhöht, mit in die Tat involvierten Vermögensgegenständen in Berührung zu kommen.¹¹⁴ Dieses Ausmaß zeigt sich bereits an dem Beispiel des Schokoladen-Falls (s.o.), denn eine Geringfügigkeitsgrenze sieht das Gesetz nicht vor. An dem Beispiel wird auch die berechtigte kriminalpolitische Grundsatzkritik¹¹⁵ deutlich.

Ferner wird die Ausweitung der Pönalisierung einen erheblichen Anstieg der Verdachtsmeldungen¹¹⁶ und einen nicht zu unterschätzenden zusätzlichen Erfüllungsaufwand für die Verpflichteten des Geldwäschegesetzes verursachen, welche zu einer kostenintensiven wesentlichen Anpassung ihrer Datenverarbeitungssystemen an die neue Rechtslage und zur Verstärkung vom Personal gezwungen sind.¹¹⁷ Dies wird auch zu einer starken Mehrbelastung der zentralen Meldestelle sowie der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte führen, die ebenso ohne eine signifikante Aufstockung der vorhandenen Dienstposten nicht zu bewältigen sein wird.¹¹⁸

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 16; *Jahn*, Stellungnahme, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/jahn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.5.2023), S. 8.

¹⁰⁸ Anders hingegen Bund Deutscher Kriminalbeamter, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und zugleich Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1673, online abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/september/stellungnahme-der-brak-2020-52.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2023), S. 2; Gewerkschaft der Polizei, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/082420_Stellungnahme_Gewerkschaft_der_Polizei_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 11.5.2023), S. 2; *Köhler*, Stellungnahme, 1; Staatsanwaltschaft München, Stellungnahme, S. 2, welche die Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit auf sämtliche Delikte begrüßten.

¹⁰⁹ *Bülte*, GWuR 2021, S. 8.

¹¹⁰ *Bülte*, Stellungnahme, S. 3, der dies als „Kollateralschaden“ bezeichnet.

¹¹¹ BRAK, Stellungnahme 52/2020, S. 7, 9; Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V., Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/090720_Stellungnahme_Wirtschaftsstrafrichterbund_RefE_Geldwaesche.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 11.5.2023), S. 3.

¹¹² Der Umfang der Uferlosigkeit zeigt sich an bestimmten bewusst zugespitzten Beispielen: „Schokoladen-Fall“; „Schwarzfahrt-Fall“: (*Jahn*, Stellungnahme, S. 17; BRAK, Stellungnahme 52/2020, S. 7) sowie „Eierdieb-Fall“ (*Gazeas*, NJW 2021, 1044).

¹¹³ Dazu s. Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V., Stellungnahme, S. 3; *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 130; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 333.

¹¹⁴ BRAK, Stellungnahme, 51/2020, online abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/september/stellungnahme-der-brak-2020-51.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2023), S. 7; DAV Stellungnahme 83/2020, 7; Wirtschaftliche Vereinigung, Stellungnahme, S. 4.

¹¹⁵ *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044); BRAK, Stellungnahmen 51/2020 und 52/2020; *Jahn*, Stellungnahme, S. 16; *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 21 ff., 34; *Gercke/Jahn/Reckmann*, Inkriminierte Schokolade.

¹¹⁶ Bundesverband der Zahlungs- und E-Geld-Institute, Stellungnahme des BMZI zum Referentenentwurf des BMJV eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_BVZI_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2023), S. 9; Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V., Stellungnahme, S. 4; BDZ, Stellungnahme, S. 3; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045).

¹¹⁷ Bundesverband der Zahlungs- und E-Geld-Institute, Stellungnahme des BMZI zum Referentenentwurf des BMJV eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 6–7.

¹¹⁸ BDZ, Stellungnahme I, online abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_BDZ_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 11.5.2023), S. 3; BDZ, Stellungnahme II, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/812172/8d57242be694c38c97674523c7425490/drewes_bdz-data.pdf (zuletzt abgerufen am 23.10.2023), S. 4–5; Deutscher Richterbund, Stellungnahme, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/812000/233fb47cbd02c93a00df9a12582e4bfd/lueblinghoff_drb-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.5.2023); *Jahn*, Stellungnahme, S. 13–14; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1046).

Statt einer effektiven Bekämpfung von organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung führt der Verzicht auf einen Vortatenkatalog vor allem zu einer Fülle an Ermittlungs- und Strafverfahren im Bereich der Bagatelldelinquenz und wird damit die ohnehin schon knappe Ressource Justiz zusätzlich belasten.¹¹⁹ Es wird von schätzungsweise 20.000 zusätzlichen Verfahren ausgegangen.¹²⁰ Hindernis ist aber nicht die Begrenzung der Strafbarkeit, sondern die Nachweisschwierigkeit der kriminellen Quellen.¹²¹ Durch die Beibehaltung der Leichtfertigkeitvariante und Umsetzung des all-crimes-approach, wird eine Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens befürchtet.¹²²

Obwohl es möglich ist, dadurch eine beträchtliche Anzahl von Geldwäsche-Verurteilungen zu erzielen, bedeutet das nicht zwingend, dass es die effektivste Methode zur Bekämpfung von Geldwäsche ist. Es ist nämlich darüber hinaus kaum ein kriminalpolitischer Mehrwert erkennbar, denn der Geldwäschetatbestand dient dann häufig vor allem dazu, die Bestrafung von Vortätern zu erleichtern, anstatt jener Personen, welche Geldwäsche eigenständig als Dienstleistung erbringen.¹²³

Es wird in vielerlei Hinsicht kritisiert, dass der Geldwäschetatbestand nun eine derartige Weite hat, dass die Geldwäsche zu einem uferlosen „Allerweltdelikt“ wird.¹²⁴ Grenzüberschreitende Auskunftsersuchen betreffend Vortaten, die in anderen Mitgliedstaaten nicht geldwäschetauglich sind, werden personelle Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden zusätzlich belasten.¹²⁵ Infolge der Reform wird Geldwäsche niedriger Komplexität und Schwere vermehrt geahndet, aufwendig verschleierte Investitionen mit Schwarzgeld aber weiterhin relativ unbehelligt getätigt werden können.¹²⁶

Außerdem wird kritisiert, dass die fehlende Selektion geldwäschetauglicher Vortaten letztlich auch zu einer weiteren zunehmenden potenziellen Kriminalisierung an sich legaler Wirtschaftstätigkeit führt, jedenfalls aber zu einem »ständigen Misstrauen bei Geschäftsvorgängen«.¹²⁷

Weiterhin verursacht die Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestands eine uferlose Strafbarkeit. Der Gesetzgeber hat die Ausdehnung des Straftatbestands der Geldwäsche in den Bereich der Leichtfertigkeit ursprünglich vor allem deswegen für erforderlich gehalten, um auftretende Beweisschwierigkeiten entgegenzuwirken und eine effektive Geldwäschebekämpfung zu gewährleisten.¹²⁸ Diese Beweisschwierigkeiten entfallen jedoch bereits durch den nun verfolgten „all-crimes approach“. ¹²⁹ Durch die Abschaffung des Vortatenkatalogs tritt § 261 StGB weiterhin in direkte Konkurrenz zu den übrigen Anschlussdelikten der §§ 257 ff. StGB. So würde fast jeder Fall der Hehlerei (§ 259 StGB) zugleich auch den Tatbestand der Geldwäsche verwirklichen. Zudem kommt auch eine Strafbarkeit wegen leichtfertiger Geldwäsche nach § 261 Abs. 6 StGB in Fällen in Betracht, in denen eine Hehlerei nach § 259 Abs. 1 StGB aufgrund fehlenden Vorsatzes bezüglich der Herkunft einer rechtswidrigen Tat ausscheidet. Das führt „zu weitreichenden Überschneidungen und einigen Ungereimtheiten“.¹³⁰

¹¹⁹ Gazeas, NJW 2021, 1041 (1044); Schiemann, KriPoZ 2021, 151 (152); S. BT-Drs. 19/24180, S. 3 f.; Neuheuser, NZWiSt 2020, 441 (443).
¹²⁰ S. BT-Drs. 19/24180, S. 25; Schiemann, KriPoZ 2021, 151 (152); Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125 (130).

¹²¹ Schiemann, KriPoZ 2021, 151 (152); Bund Deutscher Kriminalbeamter, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und zugleich Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1673, online abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/september/stellungnahme-der-brak-2020-52.pdf (zuletzt abgerufen am 11.10.2023), S. 2.

¹²² RefE v. 11.8.2020, S. 19 f.

¹²³ Max-Planck-Institut, Stellungnahme, S. 6.

¹²⁴ Gazeas, NJW 2021, 1041 (1043).

¹²⁵ Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330.

¹²⁶ Max-Planck-Institut, Stellungnahme, S. 6.

¹²⁷ Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330; Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertags, S. 3.

¹²⁸ BT-Drs. 12/989, S. 27.

¹²⁹ BRAK, Stellungnahme 52/2020, S. 8.

¹³⁰ Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045, (1046).

Auch der geänderte § 76a Abs. 4 StGB stößt auf Kritik. Der *BGH* äußerte Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Maßnahme und der Tatsache, dass eine retropektiv erfolgende Umdeutung der Verdachtslage ein „Fremdkörper“ im System der Strafprozessordnung sei.¹³¹ Das Maß wird vor allem dadurch überschritten, dass keine Einschränkungen im Hinblick auf die geldwäschetauglichen Vortaten vorgenommen wurden.¹³²

V. Verfassungsrechtliche Bedenken

1. Verhältnismäßigkeit

Der Gesetzgeber hat bislang die Beibehaltung des Vortatenkatalogs ausdrücklich mit Verhältnismäßigkeitserwägungen begründet.¹³³ Aufgrund der Streichung des bisherigen Vortatenkatalogs und der damit einhergehenden Ausdehnung auf Straftaten im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität hätte der Gesetzgeber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip daher auf anderem Wege entsprechen und den Leichtfertigkeitstatbestand streichen müssen. Durch diese Änderungen hat der Gesetzgeber der Strafvorschrift eine zu breite Anwendungsbreite gegeben.¹³⁴ Dem ganz entsprechend sah auch der Referentenentwurf die Streichung des Leichtfertigkeitstatbestandes vor.¹³⁵ Begründet wurde sie explizit damit, dass infolge des Wegfalls des Vortatenkataloges nun bereits der bedingte Vorsatz genüge, dass der Geldwäschegegenstand Tatertrag oder Tatprodukt irgendeiner Straftat oder ein an seine Stelle getretenes Surrogat sei, sodass die Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes eine „nahezu uferlose Anwendungsbreite“ des Geldwäschetatbestandes und die Gefahr der „Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens“ mit sich bringen würde, die mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar sei.¹³⁶ Diese überzeugende Begründung der Notwendigkeit der Streichung des Leichtfertigkeitstatbestandes im Referentenentwurf hat der Gesetzgeber ohne weitere Erklärung ignoriert.¹³⁷

Die Einführung des Leichtfertigkeitstatbestandes wurde damals damit begründet, dass selbst bedingter Vorsatz oft nicht nachgewiesen werden kann, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass der Täter sich eine Vortat vorgestellt habe, die nicht dem Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB unterfällt.¹³⁸ Dies würde zu enormen Beweisschwierigkeiten führen, daher bedürfe es der Strafbarkeit der leichtfertigen Geldwäsche. Der Gesetzgeber zielt demnach mit dem Festhalten an der Leichtfertigkeit allein auf eine weitere Erleichterung der Beweisführung ab. Heute wird dementsprechend vielfach erst recht die Verfassungswidrigkeit des Leichtfertigkeitstatbestandes wegen Unverhältnismäßigkeit angenommen.¹³⁹ Die Einführung des „*All-Crimes*“-Ansatzes wird mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als unvereinbar gesehen.¹⁴⁰

¹³¹ *BGH*, NStZ 2020, 149 (151).

¹³² *Schiemann*, KriPoZ 2021, 151 (156).

¹³³ Vgl. BT-Drs. 12/989, 27 und BT-Drs. 13/8651, S. 12.

¹³⁴ *Ruhmannseder*, 2023, § 261 StGB Rn. 54.

¹³⁵ Ref-E des BMJV, S. 19.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ S. BT-Drs. 19/24180, S. 34.

¹³⁸ Ref-E des BMJV, S. 19.

¹³⁹ *Bülte*, Stellungnahme Rn. 112; *Ruhmannseder*, § 261 Rn. 54; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (131).

¹⁴⁰ *DAV*, Stellungnahme 83/2020, S. 22; Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V., Stellungnahme, online abrufbar unter: https://kri-poz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_DIHK_RefE_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 11.5.2023), S. 1; *Bülte*, Stellungnahme, S. 21.

2. Bestimmtheitsgebot

Aufgrund des Zusammenspiels zwischen dem all-crimes-approach und dem Beibehalten der Leichtfertigkeit besteht die Gefahr der Unbestimmtheit des Tatbestandes. Art. 103 Abs. 2 GG enthält nach der Rechtsprechung des *BVerfG* für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot. Danach muss jedermann vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁴¹ Das Bestimmtheitsgebot verlangt vom Gesetzgeber, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar sei oder nicht.¹⁴² Der Normadressat des § 261 StGB wird in der Praxis nicht in der Lage sein vorauszusehen, ob sein Verhalten strafbar ist oder nicht. Die Gefahr der Unbestimmtheit des Tatbestandes wird durch das Beibehalten der Strafbarkeit der Leichtfertigkeit noch weiter verschärft.¹⁴³

Des Weiteren ist zu kritisieren, dass sich der Ausschlussgrund des § 261 Abs. 1 S. 3 StGB lediglich auf Strafverteidiger und nicht auf Rechtsanwälte im Allgemeinen erstreckt. Vor allem bei Rechtsanwälten, die auch als Verteidiger tätig sind, führt die Differenzierung zu Schwierigkeiten, da der Begriff des Strafverteidigers nicht gesetzlich definiert ist. Ferner ist nicht ersichtlich, für welche Konstellationen die Leichtfertigkeit in Abgrenzung zum bedingten Vorsatz nach geltender Rechtslage noch greifen soll.¹⁴⁴ In der Gesetzesbegründung wird aufgeführt, dass bedingter Vorsatz lediglich dann ausscheidet, wenn sich der Täter überhaupt keine klaren Vorstellungen von irgendeinem Vergehens- oder Verbrechenssachverhalt gemacht habe.¹⁴⁵ Ist dies der Fall, wird sich dem Täter jedoch auch die – für die Annahme der Leichtfertigkeit erforderliche – Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht aufdrängen.

3. Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip

Bereits nach der alten Rechtslage waren die Gerichte nicht verpflichtet, die Einzelheiten der Vortat aufzuklären, den konkreten Vortäter zu ermitteln und die Vortat einem bestimmten Tatbestand aus dem Katalog zuzuordnen, um zu einer Verurteilung wegen Geldwäsche zu gelangen.¹⁴⁶ Nach neuer Rechtslage reicht nun allerdings schon der Nachweis aus, dass Vermögenswerte aus *irgendeiner* Straftat stammen. Dafür müssen die Umstände der Vortat nur in dem Umfang feststehen, der für das Gericht erforderlich ist, um von der strafbaren Herkunft des Vermögensgegenstandes überzeugt zu sein.¹⁴⁷

Mit Blick auf das Schuldprinzip ist anzuführen, dass die Schwere der Schuld des Täters bei der Geldwäsche auch maßgeblich anhand der Vortat zu bestimmen ist. Da bereits das Vorliegen von bedingtem Vorsatz bzw. Leichtfertigkeit für eine Verurteilung ausreicht, wird jedoch kaum festgestellt werden, ob der Täter die Vortat überhaupt in groben Zügen erfasst hat.¹⁴⁸ Das Schuldprinzip erlaubt es nicht, die Ausgestaltung von Strafvorschriften mit dem Bedürfnis nach Beweiserleichterungen zu begründen, um so letztlich eine effektivere Vermögensabschöpfung zu

¹⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2259/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170 (194 ff.).

¹⁴² Ebd.

¹⁴³ *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (132).

¹⁴⁴ *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (131).

¹⁴⁵ BT-Drs. 19/24180, S. 37.

¹⁴⁶ *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130); *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 20.1.2005 – 3 Ws 108/04, NJW 2005, 767 (700); *Herzog/El-Ghazi*, in: *Herzog/Achtelik*, GwG, § 261 StGB Rn. 88 m.w.N.

¹⁴⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 30.

¹⁴⁸ Max-Planck-Institut, Stellungnahme, S. 8.

ermöglichen. Zwar kann eine solche Zielsetzung ggf. präventiv gerichtete Maßnahmen des Gefahrenabwehrrechts legitimieren. Eine Strafandrohung rechtfertigt sie im dem Schuldprinzip verpflichteten Strafrecht dagegen nicht.¹⁴⁹ Mit dieser Vorgehensweise wird die Strafbarkeit nicht strafwürdiger Handlungen missbraucht, um die Verfolgung anderer, tatsächlich für strafwürdig gehaltener Handlungen zu fördern, nur um eine höhere Zahl von Verurteilungen zu erreichen.¹⁵⁰ Wie bereits dargelegt ist eine höhere Anzahl von Verurteilungen jedoch nicht automatisch ein Indikator für effektivere Kriminalitätsbekämpfung.

Für mit dem Schuldprinzip und auch dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar hielt der *BGH* den Geldwäschetatbestand aber schon in seiner alten Fassung jedenfalls nur bei einer restriktiven und vorsatznahen Auslegung des Begriffs der Leichtfertigkeit.¹⁵¹

Weiterhin begegnet der § 74a Abs. 4 StGB auch verfassungsrechtlichen Bedenken. Die erweiterte selbstständige Einziehung stand schon in ihrer früheren Fassung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber. Durch die nunmehr exzessive Ausdehnung der Vermögensabschöpfung wird der verfassungsrechtliche Rahmen jedoch bei weitem überschritten, sodass § 76a Abs. 4 StGB als verfassungswidrig angesehen werden muss.¹⁵²

VI. Stellungnahme

Das Konzept der Streichung des Vortatenkatalogs ist kriminalpolitisch verfehlt. Mit dem Weg der Streichung des Vortatenkatalogs ist ein Ausbau justizieller und polizeilicher Geldwäschezusammenarbeit kaum mehr möglich.¹⁵³ Es ist kein Bedürfnis dafür erkennbar, das „Waschen“ von Gewinnen aus Straftaten geringen Unrechtsgehalts zu bestrafen. Der Grund dafür, dass es keinen begrenzenden Vortatenkatalog mehr gibt, ist, dass es häufig sehr schwierig ist, die Vortat zu beweisen. Die Herangehensweise des Gesetzgebers, dieses Problem durch eine erhebliche Ausweitung des Vortatenkatalogs zu lösen, erscheint vor diesem Hintergrund zunächst nachvollziehbar, denn durch die Aufhebung des Katalogs werden die Anforderungen an den Nachweis der Begehung einer Geldwäschetat gesenkt. Es wird ausreichen, wenn den Strafverfolgungsbehörden der Nachweis gelingt, dass die Vermögenswerte aus irgendeiner Straftat stammen. Die Gesetzesbegründung geht daher zutreffend von einer erheblichen Beweiserleichterung für Geldwäschestrafverfahren aus.¹⁵⁴ Jedoch ist die Annahme, dass die Bekämpfung von Geldwäsche in der früheren Rechtslage aufgrund von Nachweisschwierigkeiten bei den Vortaten gescheitert sei, falsch, da dies in der Praxis nicht der Fall war. Der Straftatbestand des § 261 StGB war bereits nach alter Rechtslage so weit gefasst, dass seine ernsthafte Anwendung dazu führen würde, dass die Strafverfolgung ad absurdum geführt wird und aus diesem Grund erst gar nicht erfolgte.¹⁵⁵

Ermittlungen in Fällen, wo die Herkunft von Vermögen hinter vielschichtigen Strukturen aus Stroh Männern und Strohfrauen, Briefkastenfirmen und Drittstaaten verborgen ist,¹⁵⁶ sind auch in Ländern ohne Vortatenkatalog kaum

¹⁴⁹ *Bülte*, Stellungnahme, S. 15, 21, 23, 29.

¹⁵⁰ *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 21.

¹⁵¹ *BGH*, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96 = NJW 1997, 3323 (3325).

¹⁵² *Schiemann*, KriPoZ 2021, 151 (156).

¹⁵³ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330; i.d.S. auch Stellungnahme des Bundesverbands der Zahlungs- und E-Geld-Institute, S. 6 f.

¹⁵⁴ BT-Drs. 19/24180, S. 2, 13, 29.

¹⁵⁵ *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 261 Rn. 4a.

¹⁵⁶ *Vogel*, ZRP 2020, 111 (112).

erfolgreicher als in Deutschland.¹⁵⁷ Oft hat man es mit einer Kette von grenzüberschreitenden Transfers und unklaren Beteiligungsverhältnissen zu tun, die die Herkunft des Vermögens undurchsichtig macht. In dieser Situation würden die Ermittler auch mit der Neufassung des § 261 StGB ins Leere fahnden.¹⁵⁸

Positiv zu bewerten ist hingegen die Streichung der Mindeststrafe und die Ermöglichung der Verhängung von Geldstrafen, der dem Grundsatz des tat- und schuldangemessenen Strafens als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung trägt.¹⁵⁹ Zuzustimmen ist ferner der Ausweitung des Ausschlussgrundes des straflosen Vorerwerbs eines Dritten in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB, denn damit werden Spannungen zwischen den Tatbestandsvarianten der Abs. 1 und 2 aufgelöst.¹⁶⁰

Die Wiedereinführung einiger Leichtfertigkeitvarianten führt zu einer ausufernden Strafverfolgung.¹⁶¹ Mit der Erweiterung des § 261 StGB geht auf alle möglichen Vortaten eine sehr weite Anwendungsbreite einher.

Der „all-crimes-approach“ ist nach deutschem Verfassungsrecht nur unter engen Voraussetzungen verhältnismäßig. Zudem hat die Vergangenheit gezeigt, dass die kontinuierliche Verschärfung der Geldwäschestrafbarekeit keine empirisch messbaren Erfolge bei der Eindämmung dieses Phänomenbereichs der Kriminalität nach sich gezogen hat.¹⁶² Denn die bisherige kontinuierliche Erweiterung des Vortatenkatalogs hat kaum zu einer Bekämpfung der Geldwäsche beigetragen. Dies belegen die veröffentlichten Daten aus den Jahresberichten der deutschen FIU aus den Jahren 2015 bis 2019, wonach die Strafverfolgungsquote hinsichtlich der Geldwäsche trotz eines stets steigenden Meldeaufkommens, das zusätzliche Ermittlungsanreize lieferte, bei circa 2% stabil geblieben ist.¹⁶³ Demgemäß ist die nochmalige – und diesmal richtlinienüberschießende – Tatbestandsausweitung durch die Einführung des „All-Crimes“-Ansatzes in jeder Hinsicht nicht nachvollziehbar.¹⁶⁴

Die ausdrückliche Aufnahme des Strafverteidigerprivilegs (§ 261 Abs. 1 S. 3 StGB) ist für sich genommen grundsätzlich zu befürworten. Eine Zweifelsfrage tut sich im Hinblick auf die Bedeutung für andere Berufe auf. Das Abstellen (allein) auf den Beruf des Strafverteidigers kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Kriterien, nach welchen das *BVerfG* eine besondere Tatnähe und daher berufstypische Gefährdung von Strafverteidigern angenommen hat, in vielen anderen Fällen der Rechts- und Steuerberatung in zumindest ähnlicher Weise erfüllt sind. Auch der Zivilanwalt, Steuerberater, Notar oder Sportwagenverkäufer mag für sehr wahrscheinlich halten, dass sein Entgelt überwiegend aus Katalogtaten herrührt.¹⁶⁵

VII. Alternative Lösungsvorschläge

Bei den vielen Begründungen für die immer weitergehende Aufrüstung der Geldwäschebekämpfung fällt auf, dass auffällig wenig Augenmerk auf die der Geldwäsche zwangsläufig vorausgehenden Katalogtaten gelegt wird. Die Vortaten machen das eigentliche Kriminalitätsproblem aus und die Anstrengungen der Kriminalpolitik sollten sich

¹⁵⁷ Vogel, Warum die Reform des Geldwäscheparagraphen ihr Ziel verfehlt.

¹⁵⁸ Ebd.

¹⁵⁹ Jahn, Stellungnahme, S. 2.

¹⁶⁰ Jahn, Stellungnahme, S. 21.

¹⁶¹ Vgl. nochmals Gercke/Jahn/Reckmann, Inkriminierte Schokolade.

¹⁶² Ebd.

¹⁶³ Dazu s. fürs Jahr 2015 BKA, FIU-Jahresbericht 2015, S. 19: knapp 2%; fürs Jahr 2016 BKA, FIU-Jahresbericht 2016, 17: nicht einmal 2%; fürs Jahr 2017 Zoll, FIU-Jahresbericht 2017, S. 12: etwa 2%; fürs Jahr 2018 Zoll, FIU-Jahresbericht 2018, S. 18: etwa 2 %; fürs Jahr 2019 Zoll, FIU-Jahresbericht 2019, S. 21: 2,2 %, online abrufbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html (zuletzt abgerufen am 23.10.2023).

¹⁶⁴ Jahn, Stellungnahme, S. 13; Bülte, Stellungnahme, S. 22–23.

¹⁶⁵ Fischer, NStZ 2004, 473 (477).

vielmehr auf die Bekämpfung der Katalogtaten des § 261 StGB konzentrieren. Denn wo keine Vortat ermittelt werden kann, kann auch keine Geldwäsche angenommen werden.¹⁶⁶

Vor dem Hintergrund der zuvor genannten Kritik könnte eine Neufassung des § 261 StGB wie folgt aussehen:

1. Wiedereinführung der gewerbs- und bandenmäßigen Begehung

Eine wichtige Maßnahme hier gegenzusteuern wäre zusätzlich die Wiedereinführung des kumulativen Erfordernisses der gewerbs- und/oder bandenmäßigen Begehung bei den Vermögensstraftaten, um sich auf die Bekämpfung der organisierten Kriminalität zu konzentrieren. Einen solchen Straftatbestand zu formulieren und dabei auch die typischen Geldwäschevorgänge zu berücksichtigen, ist aufgrund der Komplexität des Phänomens „Geldwäsche“ sicherlich schwierig, und in der Praxis wird eine grundlegende Reform des Geldwäschetatbestandes aufgrund der internationalen Vorgaben ohnehin nahezu unmöglich. Im Rahmen dieser Vorgaben hätte der Gesetzgeber aber durchaus Spielräume, etwa beim Vortatenkatalog auf die Mindeststrafdrohung abzustellen, oder für alle Begehungsformen der Geldwäsche auf der inneren Tatseite Vorsatz zu fordern. Art. 2 Nr. 1 S. 2 der Richtlinie (EU) 2018/1673 enthält mit den lit. a bis v einen langen Katalog von Straftaten, die als Vortaten der Geldwäsche erfasst werden müssen. Kein grundlegendes Problem ergibt sich bei den lit. f, g, k und m bis t, da lediglich Sammelbezeichnungen (zum Beispiel „Raub oder Diebstahl“, lit. o) verwendet werden. Es obliegt den Mitgliedstaaten, die innerhalb des Spektrums dieser Deliktsbezeichnungen zu erfassenden Straftaten einzugrenzen.¹⁶⁷ Hier besteht also ein Spielraum, nur besonders schwerwiegende Fälle der genannten Delikte zu erfassen.

2. § 261 Abs. 1 StGB, „herrühren“

Die Grenzen des Herrührens waren schon im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren bei Einführung des Geldwäschetatbestands unklar und auch der Rechtsprechung ist eine hinreichende Konkretisierung kaum gelungen.¹⁶⁸ Es könnte entweder die vielfach kritisierte Terminologie des „Herrührens“ aufgegeben werden, indem Abs. 1 folgendermaßen formuliert wird: „*Wer einen Tatertrag, ein Tatprodukt oder einen an dessen Stelle getretenen anderen Vermögensgegenstand...*“; so wie es auch noch im Referenten- und Regierungsentwurf vorgesehen war.¹⁶⁹ Die geldwäschetauglichen Vermögensgegenstände wären so durch eine Anpassung an die Terminologie des reformierten Vermögensabschöpfungsrechts modernisiert und durch die klare Strukturierung ein vereinfachter Umgang mit dem Geldwäschestraftatbestand erreicht worden.¹⁷⁰ Dieser Vorschlag wurde durch den Rechtsausschuss mit der Begründung der altbewehrten Terminologie abgelehnt.¹⁷¹

Als Alternative um den kausalen Zusammenhang zwischen Vortat und dem sich daraus ergebenden Gegenstand besser zu konstruieren, wäre eine Legaldefinition des Merkmals „Herrühren“ hilfreich. Diese könnte lauten: „*Ein Vermögensgegenstand rührt dann aus einer rechtswidrigen Tat her, wenn ihn der Täter aus der Tat erlangt oder*

¹⁶⁶ Michalke, in: FS Fischer, 2018, S. 459.

¹⁶⁷ BT-Drs. 19/11098, S. 11.

¹⁶⁸ Schiemann, KriPoZ 2021, 151 (153); Fischer, StGB, § 261 Rn. 7; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 261 Rn. 5; Ruhmannseder, in: BeckOK-StGB, 56. Ed. (Stand 1.2.2023), § 261 Rn. 15.

¹⁶⁹ BMJV, Referentenentwurf, online abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 23.10.2023), S. 5.

¹⁷⁰ S. BT-Drs. 19/24180, S. 19.

¹⁷¹ BT-Drs. 19/24180, S. 7; kritisch dazu auch Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045 (1047).

für ihre Begehung empfangen hat oder wenn er im Wesentlichen auf den Wert des ursprünglich Erlangten oder Empfangenen zurückzuführen ist.“

3. § 261 Abs. 6 StGB, Streichung

Es empfiehlt sich den Leichtfertigkeitstatbestand zu streichen. Dies ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten, da anderenfalls der Geldwäschetatbestand einen uferlosen Anwendungsbereich erhält (s.o.). In diesen Fällen war das Bedürfnis für eine Strafe schon immer fragwürdig und die betreffende Norm hatte den Ruf einer Verdachtsstrafe.¹⁷² Außerdem ist nach der Neufassung des Geldwäschetatbestands und der Einführung des „All-Crimes“-Prinzips das damals vom Gesetzgeber vorgebrachte Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung durch die Ausdehnung der Geldwäsche Strafbarkeit in den Bereich der Leichtfertigkeit entfallen.¹⁷³ Durch eine hybride Strafverfolgung könnte auch ohne Leichtfertigkeitstatbestand eine effektive Bekämpfung der Geldwäsche erreicht werden.¹⁷⁴

4. § 261 Abs. 7 StGB, Selbstgeldwäsche

Die Behandlung der Selbstgeldwäsche als mitbestrafte Nachtat sollte auf die Fälle beschränkt werden, bei denen der Strafraum der Vortat dem des § 261 StGB entspricht oder diesen übersteigt. Um eine Doppelbestrafung für dieselbe Straftat zu vermeiden, sollte in Fällen, in denen die Vortat eine niedrigere Höchst- oder Mindeststrafe vorsieht, lediglich die Selbstgeldwäsche strafrechtlich verfolgt werden. Dadurch wird auch gewährleistet, dass eine Person, die nur an einer Geldwäschebehandlung beteiligt ist, nicht mit einer höheren Strafe bedroht wird als eine Person, die zusätzlich an der Vortat beteiligt ist. § 261 Abs. 7 StGB sollte deshalb um folgenden neuen S. 2 erweitert werden:

„Wer wegen Beteiligung an einer Vortat strafbar ist, wird außerdem nicht nach den Absätzen 1 bis 6 bestraft, sofern die Vortat mit einer gleich schweren oder schwereren Strafe geahndet wird.“

Weiterhin sollte ein neuer S. 3 eingefügt werden:

„Wird die Vortat hingegen nicht mit einer gleich schweren oder schwereren Strafe geahndet, wird eine Person, die an der Vortat beteiligt war und nach den Absätzen 1-6 strafbar ist, ausschließlich nach den Absätzen 1 bis 6 bestraft.“

5. § 74a Abs. 4 StGB

Aus rechtstaatlichen Gründen sollte aufgrund der Abschaffung des Vortatenkatalogs die selbstständige Einziehung nur dann angeordnet werden dürfen, wenn die geldwäschetaugliche Vortat ein Verbrechen oder eine gewerbsmäßig- oder bandenmäßig begangene Tat ist. Nur durch diese Einschränkung wäre gewährleistet, dass der Katalog

¹⁷² Schindler, NZWiSt 2020, 457 (467).

¹⁷³ Ref-E des BMJV, S. 11, 19–20.

¹⁷⁴ Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 (425).

des § 76a Abs. 4 StGB schwerpunktmäßig schwere Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus und der organisierten Kriminalität erfasst. Dies hat auch der Gesetzgeber gesehen, allerdings wurde diese notwendige Begrenzung kurz vor der dritten Lesung im Bundestag wieder zurückgenommen.¹⁷⁵

Es würde sich weiterhin anbieten, eine Bargeldobergrenze einzuführen, denn in den abgeurteilten Verfahren wegen Geldwäsche fällt die große Bedeutung von Transaktionen mit größeren Bargeldbeträgen auf. In der Möglichkeit eines kontolosen Bargeldtransfers besteht grundsätzlich ein hohes Geldwäscherisiko. Dies könnte stark reduziert werden, wenn auch in Deutschland eine Transaktionsgrenze bei Bargeldzahlungen eingeführt werden würde.¹⁷⁶

Gemäß den Ergebnissen der Studie, sollte die Grenze bei 3.000 EUR liegen. In etwa der Hälfte der wegen Geldwäsche abgeurteilten Verfahren betrug das Volumen weniger als 5.000 EUR. Durch die Anwendung des Höchstgrenzenkriteriums müssten Bargeldtransaktionen noch häufiger auf kleinere Stückelungen aufgeteilt werden, was zu vermehrten Hinweisen auf ungewöhnliche Vorgänge, insbesondere bei schwerwiegenden Fällen, führen würde. Ob man das Problem damit lösen kann, ist unklar, aber damit wird es für Kriminelle schwieriger, wenn es nicht mehr legal ist mit einem Koffer Bargeld ein Haus zu kaufen. Verbrechen darf sich nicht lohnen. Dieses Ziel kann nur über eine hybride Strafverfolgung erreicht werden, die auch auf eine kondiktionsrechtliche Vermögensabschöpfung abzielt.¹⁷⁷

6. Vorschlag eines Vermögenseinziehungsgesetzes¹⁷⁸

Es wird konstatiert, dass eine wesentliche Schwäche der Bekämpfung komplexer Geldwäschestrukturen in Deutschland darin liegt, dass sich die Strafverfolgungsbehörden auf die – zumeist erfolglose – Verfolgung von Geldwäschevortaten fokussieren.¹⁷⁹ Das Hauptproblem liegt darin, dass der Nachweis professioneller Geldwäschestrukturen fast nie gelingt. Daher wurde von *Herrn Ladwig* und den Professoren *Wegner*, *Zimmermann* und *El-Ghazi* ein Vorschlag zur Einführung eines Gesetzes über das Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände und über die selbständige Vermögenseinziehung (Vermögenseinziehungsgesetz) entwickelt.¹⁸⁰ Danach soll der Schwerpunkt der Ermittlungen in Zukunft verstärkt auf präventive Finanzermittlungen und die Vermögensabschöpfung gelegt werden. Dabei wird von Amts wegen aktiv nach verdächtigen Vermögenswerten gesucht und Verdachtsmomenten nachgegangen, selbst wenn sie noch unterhalb der Schwelle eines strafrechtlichen Anfangsverdachts stehen.¹⁸¹ Der entwickelte Gesetzesentwurf schlägt konkret vor, neue Instrumente zur Aufdeckung von verdächtigem Vermögen zu schaffen. Außerdem soll bereits bestehende staatliche Einziehungsrecht auf dem Gebiet der non-conviction-based confiscation in ein außerstrafrechtliches Verfahren überführt und gleichzeitig weiterentwickelt. Es soll von der Voraussetzung, dass eine rechtswidrige Vortat überhaupt beweisbar vorliegen muss, um eine Einziehung durchzuführen, abgewichen werden.

¹⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 8; *Schiemann*, KriPoZ 2021, 151 (156); zum Verfahren auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

¹⁷⁶ Studie *Bussmann/Vockrodt*, CCZ 2016, 138 (139) und die FATF-Recommendations 2019, online abrufbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.10.2023), S. 62 f., 83.

¹⁷⁷ *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (425).

¹⁷⁸ Von *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, KriPoZ 2022, 428-443.

¹⁷⁹ *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, KriPoZ 2022, 428 (428).

¹⁸⁰ *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, KriPoZ 2022, 428 (428 ff.).

¹⁸¹ Ebd.

Diesem Vorschlag ist zu folgen. Durch ein neues Einziehungsgesetz und präventive Finanzermittlungen wird das Problem der Beweisschwierigkeiten bewerkstelligt und es würde der ständigen Ausweitung des § 261 StGB entgegenwirken. Weiterhin besteht durch diese Maßnahme die Möglichkeit, nicht nur die Hintermänner zu fassen, sondern auch die höherrangigen Personen innerhalb der kriminellen Organisation zu überführen und so der organisierten Kriminalität ein Stück weit entgegenzuwirken.

Verfassungsrechtlich bedenklich könnte sich der in § 8 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs aufgezeigte Verdacht darstellen. Nur auf den Verdacht hin, dass der Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, die Beschlagnahme anzuordnen und diesen zu entziehen, könnte rechtsstaatswidrig sein. Dem steht aber die in § 9 Abs. 2 aufgezeigte Möglichkeit entgegen, „*Einwendungen, die den Verdacht des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat oder die Erforderlichkeit oder Angemessenheit der Beschlagnahme betreffen*“ im Wege der Klage geltend zu machen. Der Gesetzesvorschlag ist zu begrüßen.

VIII. Fazit und Ausblick

Ziel der Novellierung des § 261 StGB sollte die Bekämpfung der organisierten Kriminalität und sonstiger schwerwiegender Kriminalität sein. Jedoch führt das Ergebnis eher zu einer Kriminalisierung von Bagatelldelikten und Alltagskriminalität. Die vorstehenden Ausführungen veranschaulichen, dass das Ziel des Geldwäschebekämpfungsgesetzes, die praktische Handhabbarkeit des § 261 StGB zu verbessern, verfehlt wurde. Der Tatbestand, der nunmehr wieder zehn Absätze übersteigt, wird nun insgesamt noch unübersichtlicher.¹⁸² Grundsätzlich besteht bei der strafrechtlichen Verfolgung der Geldwäsche das maßgebliche Problem allerdings nicht in einem noch zu kurzen Vortatenkatalog, sondern in der bereits schwierigen Beweisbarkeit der Grundzüge einer Vortat. Sofern es keinen Hinweis auf die inkriminierte Herkunft des Geldes gibt, wird das Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche folgenlos eingestellt. Von der Erreichung des Ziels der Verhinderung bzw. Verfolgung der organisierten Kriminalität entfernt sich die deutsche Strafgesetzgebung durch jede Änderung des § 261 StGB seit 1998 immer weiter, weil die Strafvorschrift fortlaufend unspezifischer wird und sich seit langem auch gegen geringfügige und mittlere Kriminalität richtet. Eine Verminderung der organisierten Kriminalität ist durch die zahlreichen vermeintlichen Nachbesserungen des Straftatbestands in der Vergangenheit nicht eingetreten und ist auch in Zukunft nicht zu erwarten.

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

¹⁸² Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330; Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045 (1051).