

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Florian Knoop

Redaktion (national)

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

Redaktion international

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 67 – 115

- 67 | Die Sterbehilfe bei freiverantwortlichem Sterbewillen – Ein strafwürdiges Verhalten? – Eine rechtspolitische Betrachtung der §§ 216, 217 StGB**
von Wiss. Mit. Carolin Coenen
- 77 | Neuere Entwicklungen in der Kriminalpolitik als Ausdruck der Krise des Liberalismus**
von Max Wrobel
- 84 | Die deutsche Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt“ oder doch nur ein Handlanger der Politik?**
von Jannika Thomas
- 91 | Das Bemessungsproblem bei der Operationalisierung der Schuld-schwereklausel (§ 57a StGB)**
von Prof. Dr. Gunnar Duttge
- 99 | Das Gesichtsverhüllungsverbot im Strafverfahren**
von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
- 104 | Zum Stand der Punitivitätsforschung in Deutschland**
von Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn et al.
- 108 | Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG**
von Wiss. Mit. Henning Lorenz und Akad. Rat a.Z. Mustafa Oğlakcioğlu

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 116 – 134

- 116 | Verbot geschäftsmäßiger Sterbehilfe verfassungswidrig**
BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16
- 131 | Mein Leben – mein Tod: Ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben**
Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 26.2.2020
von Alyssa Siems

BUCHBESPRECHUNGEN | 135 – 136

- 135 | Sarah Bayer: Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht**
von Tino Haupt

EDITORIAL

Im Oktober 2019 startete der erste KriPoZ-Aufsatzwettbewerb. Bis zum 31. Dezember 2019 waren Juristen vor dem zweiten Staatsexamen (insbesondere Studenten, Referendare, Wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktoranden), Kriminologen, Kriminalisten, Psychologen und Soziologen vor dem Masterabschluss aufgerufen, einen Beitrag zum Thema Kriminalpolitik zu verfassen. Es gab zahlreiche Einreichungen, die ein aktuelles kriminalpolitisches Phänomen beschrieben oder den Reformbedarf des aktuellen Straf- und Strafverfahrensrechts analysierten.

Im Januar 2020 wurden die Sieger durch eine Jury ausgewählt und wir freuen uns, Ihnen in diesem Heft die Siegerbeiträge des Wettbewerbes vorstellen zu können:

1. Platz: *Carolin Coenen* – Die Sterbehilfe bei freiverantwortlichem Sterbewilligen – Ein strafwürdiges Verhalten?

2. Platz: *Max Wrobel* – Neuere Entwicklungen in der Kriminalpolitik als Ausdruck der Krise des Liberalismus

3. Platz: *Jannika Thomas* – Die deutsche Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt“ oder doch nur ein Handlanger der Politik?

Zwecks Veröffentlichung der Beiträge wurde die Zeichenbegrenzung aufgehoben und den Verfassern die Möglichkeit für Ergänzungen gegeben.

Wir bedanken uns bei allen Einsendern ganz herzlich für Ihre Teilnahme!

Ass. iur. Sabine Horn, Schriftleitung

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Die Sterbehilfe bei freiverantwortlichem Sterbewilligen – Ein strafwürdiges Verhalten?

von Wiss. Mit. *Carolin Coenen* *

Abstract

Die Frage, innerhalb welcher Grenzen andere Personen Sterbewillige bei ihrem selbstbestimmten Tod unterstützen dürfen, stellt die (Straf-)Gesetzgebung vor erhebliche Herausforderungen. Der Gesetzgeber sah sich im Jahr 2015 – trotz erheblicher Kritik von überwiegenden Teilen in der Strafrechtswissenschaft – veranlasst, die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung zu kriminalisieren. Der im Rahmen des Aufsatzwettbewerbs eingereichte Beitrag beleuchtete die Rechtslage bis zum 31.12.2019. Wegen der am 26.2.2020 ergangenen Entscheidung des BVerfG wurde der Beitrag überarbeitet und entsprechend die Feststellungen zur Nichtigkeit des § 217 StGB berücksichtigt. Insgesamt zielt der Beitrag darauf ab, die widerstreitenden Interessen im Bereich der Sterbehilfe auszugleichen. Hierzu wird ein rechtspolitischer Handlungsvorschlag zur Reform des § 216 StGB unterbreitet.

The adequate balance between criminal liability and legal assistance to self-determined death poses a great challenge for criminal law. Notwithstanding severe critique by

academia, legislators decided in 2015 to criminalize facilitating suicide as recurring pursuit. This paper analyzes the law as it existed on December 31st, 2019. It was amended on account of the Federal Constitutional Court's ruling regarding the invalidity of § 217 StGB from February 26th. All in all, the paper aims to balance the competing interests in the field of assisted deaths by giving legal policy advice regarding § 216 StGB.

I. Ausgangslage

Inwieweit schwerkranke Menschen über ihr Rechtsgut Leben verfügen können oder ob es einem absoluten Schutz unterworfen sein sollte, ist Gegenstand einer langanhaltenden rechtspolitischen Debatte.¹ Im deutschen Recht erfüllt die Selbsttötung keinen Straftatbestand, so-

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg von Prof. Dr. Tobias Reinbacher.

¹ Vgl. für eine ausführlichere Darstellung der Debatte vor der Einführung des § 217 StGB *Brunhöber*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 31 ff.

dass auch eine Unterstützung eines Suizids bis vor wenigen Jahren grundsätzlich² straflos war. Bis dahin war die zentrale Regelung zur Strafbarkeit bei Handlungen zur Unterstützung eines Sterbewilligen in § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) zu finden, der die Grenze einer straffreien Unterstützung dort zog, wo der todbringende Akt nicht von der suizidwilligen Person selbst ausgeführt wurde. Mit der zunehmenden Betätigung von Sterbehilfeorganisationen im deutschen Raum wurde § 217 StGB im Jahr 2015 neu eingeführt,³ der die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung unter Strafe stellte. Dabei berief sich der Gesetzgeber darauf, dass eine Korrektur der rechtlichen Rahmenbedingungen der grundsätzlich straflosen Suizidhilfe dort erforderlich sei, „wo geschäftsmäßige Angebote die Suizidhilfe als normale Behandlungsoption erscheinen lassen und Menschen dazu verleiten können, sich das Leben zu nehmen“⁴. Damit diene § 217 StGB auch dem Lebensschutz, woraus sich folgern ließe, dass damit die eingangs aufgeworfene Debatte bereits zugunsten eines möglichst umfassenden Lebensschutzes vom Gesetzgeber entschieden sein könnte.

Die Entwicklung zu einer weitergehenden Kriminalisierung der Sterbehilfe durch den Gesetzgeber stieß nicht nur in der Strafrechtswissenschaft überwiegend auf Ablehnung,⁵ sondern steht auch im Gegensatz zu jüngsten Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in denen das Selbstbestimmungsrecht der Patienten betont und damit eine zu einer Liberalisierung der Sterbehilfe beitragen. So hat beispielsweise das BVerfG in seinem Urteil vom 2. März 2017⁶ aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das Recht einer schwer und unheilbar kranken Person abgeleitet, über ihren Todeszeitpunkt selbst zu entscheiden, sofern sie in der Lage ist, einen freiverantwortlichen Todesentschluss zu fassen und dementsprechend zu handeln. In extremen Notlagen falle der Erwerb eines Mittels zur Selbsttötung daher ausnahmsweise nicht unter den Versagungsgrund einer Erlaubnis für den Erwerb von Betäubungsmitteln nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG.⁷ Auch der 5. Strafsenat des BGH hat in zwei Urteilen vom 3. Juli 2019⁸ die gestiegene Bedeutung der Patientenautonomie hervorgehoben und die Freisprüche zweier Ärzte, die jeweils wegen Unterstützungshandlungen zu bzw. der

Nichtgewährung ärztlicher Hilfe bei den freiverantwortlichen Suiziden ihrer Patientinnen nach § 216 StGB angeklagt waren, bestätigt.

Trotz der Stärkung der Sterbewilligenstellung durch die Rechtsprechung des BVerfG zeigt die Praxis, dass die beim Bundesamt für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) eingegangenen Anträge auf Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital in Einklang mit einer Weisung des Bundesgesundheitsministeriums (BMG) regelmäßig nicht bewilligt werden.⁹ Folglich wurden in dem Zeitraum, der nach der Urteilsverkündung zwischen März 2017 bis hin zum 13. September 2019 vergangen ist, von den 129 gestellten Anträgen kein einziger genehmigt und sogar 99 Anträge abgelehnt.¹⁰ Der straflose Raum der Sterbehilfe ist damit in Deutschland für die Betroffenen zu eng. Diese These wird auch dadurch gestützt, dass zahlreiche Bürger der Bundesrepublik zum freiverantwortlichen Sterben in Länder mit einer liberaleren Sterbehilfepraxis wie die Schweiz reisen, um dort ihrem Leben ein Ende zu setzen.¹¹ Auch wenn der Lebensschutz zweifelsfrei ein berechtigtes Anliegen ist, muss die gleichzeitig betroffene Selbstbestimmungsfreiheit der sterbewilligen Personen ebenso beachtet werden.

In dem aufsehenerregenden Urteil des BVerfG vom 26. Februar 2020 wurde § 217 StGB für verfassungswidrig erklärt.¹² Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass das letzte Wort in der Debatte um einen verhältnismäßigen Lebensschutz noch nicht gesprochen ist. Zur Klärung der angemessenen Reichweite des Strafrechts im Bereich der Sterbehilfe ist daher zu untersuchen, ob der Gesetzgeber das bestehende Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Lebensschutz bereits bestmöglich ausgeglichen hat oder ob weiterhin gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

II. Bewertungskriterien der folgenden Strafgesetzgebungskritik

Die Frage nach der erforderlichen Reichweite des strafrechtlichen Lebensschutzes kann nicht beantwortet werden ohne eine Auseinandersetzung mit der Frage, in welchem Umfang das Strafrecht überhaupt schützen darf.¹³

² Lediglich bei einer Bewusstlosigkeit des Suizidenten kam aufgrund der äußerst umstrittenen sog. „Wittig-Entscheidung“ eine Unterlassungs-Strafbarkeit in Betracht. Ausführlicher dazu unter III. 2. b) in diesem Beitrag.

³ BGBl. I 2005, S. 2177.

⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 2.

⁵ So haben bereits vor dem Erlass des § 217 StGB auf Initiative der Professoren Hilgendorf und Rosenau 150 Strafrechtslehrer und Strafrechtslehrerinnen einen Appell unterzeichnet, den Anwendungsbereich des Strafrechts im Bereich der Sterbehilfe nicht auszuweiten, abrufbar unter <http://wcms.itz.uni-halle.de/download.php?down=40585&elem=2924988> (zuletzt abgerufen am 29.2.2020). Ausführlicher äußerten ihre kritische Einstellung zu § 217 StGB u.a. Duttge, NJW 2016, 120 ff.; Gaede, JuS 2016, 385 ff.; Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 ff.; Hoven, ZIS 2016, 1; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 217; Roxin, NSZ 2016, 185 (188 ff.); Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681. Vgl. zu den Kriminalisierungstendenzen im Medizinstrafrecht auch Heinrich, KriPoZ 2017, 4 (18).

⁶ BVerfG, KriPoZ 2018, 172 ff.

⁷ BVerfG, KriPoZ 2018, 172.

⁸ BGH, NJW 2019, 3089; NJW 2019, 3092; Anm. Coenen, medstra 2020, 84.

⁹ S. dazu die Pressemitteilung des BfArM vom 19. November 2019 „Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung“, abrufbar unter: https://www.bfarm.de/DE/Service/Presse/Themendossiers/Betäubungsmittel%20zum%20Zweck%20der%20Selbsttötung/_node.html (zuletzt abgerufen am 29. Februar 2020).

¹⁰ Antwort der Bundesregierung v. 13. September 2019 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katrin Helling-Plahr, Stephan Thomae, Renate Alt und weiterer Abgeordneter der Fraktion der FDP, BT-Drs. 19/13198, S. 4.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 9.

¹² BVerfG, Urf. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html (hiernach BVerfG, Urteil zu § 217 StGB).

¹³ Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Maßstäben für eine wissenschaftliche Strafgesetzgebungskritik, s. Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35, die für Verhaltensnormen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung einen tauglichen Ansatz für eine gelungene Strafgesetzgebungskritik erblicken.

Das Strafrecht dient nach überwiegender Auffassung dazu, Rechtsgüter zu schützen.¹⁴ Dieser Schutzauftrag des Strafrechts wird zutreffend auf besonders sozial-schädliches Verhalten begrenzt.¹⁵ Der Freiheitsraum des Einzelnen soll in einer liberalen und pluralistischen Gesellschaft so wenig wie möglich beschränkt werden. Eine Grenze ist erst dort zu ziehen, wo das Verhalten des Einzelnen die Rechtsgüter eines anderen unangemessen beeinträchtigt. Daher ist das strafrechtliche Verbot einer Handlung als Eingriff in zumindest das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen rechtfertigungsbedürftig, sodass bereits die Existenz einer Strafrechtsnorm – unabhängig von den bei einer Verurteilung folgenden Grundrechtseingriffen – legitimierungsbedürftig ist.¹⁶ Darüber hinaus gehen mit einer strafrechtlichen Verurteilung besonders einschneidende Konsequenzen einher (in Form einer Geld- oder Freiheitsstrafe sowie eines sozial-ethischen Tadel¹⁷), weshalb das Strafrecht das letzte Mittel sein sollte, auf das der Gesetzgeber zurückgreift, also die ultima ratio.¹⁸

1. Anknüpfungspunkte zur Überprüfung der Legitimität des mit einer Sanktion verknüpften Handlungsverbots einer Strafnorm

Inwiefern der Gesetzgeber bei dem Erlass von Strafrechtsnormen durch verfassungsrechtliche und strafrechtsinterne Grenzen gebunden ist, wird nach wie vor diskutiert, wobei es nicht das Ziel dieses Beitrags ist, den rechtskritischen Gehalt der Rechtsgüterlehre, des ultima-ratio-Prinzips, des Bestimmtheitsgebots oder der Verhältnismäßigkeitsprüfung abschließend zu klären. Vielmehr soll aus diesen Anknüpfungspunkten ein taugliches Prüfungsmuster zur Legitimität des Handlungsverbots einer Strafrechtsnorm hergeleitet werden, indem die Reichweite des Prüfungsgehalts umgrenzt und damit zu den anderen Punkten abgegrenzt wird. Das Schuldprinzip, das als Frage der persönlichen Vorwerfbarkeit vor allem bei der Höhe der Strafe eine Rolle spielt, kann bei der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten abstrakt kriminalisiert werden darf, an dieser Stelle ausgeklammert werden.

a) Rechtsgüterschutz

Die Reichweite des Rechtsgüterbegriff ist immer noch nicht endgültig festgelegt.¹⁹ Im Folgenden soll unter einem Rechtsgut ein zu schützendes Interesse verstanden werden, das für die Entfaltung der Freiheitsrechte des Einzelnen innerhalb einer funktionierenden Gemeinschaft

und eines Rechtsstaates existenziell ist.²⁰ Der Begriff soll strafrechtsbegrenzend wirken, indem er den Gesetzgeber beim Erlass strafrechtlicher Normen darauf beschränkt, ausschließlich Rechtsgüter schützen zu dürfen. Daher darf der Gesetzgeber keine Normen erlassen, die lediglich für ein freiheitliches Zusammenleben nicht-existenzielle Interessen (wie bspw. dem Schutz bloßer Moralvorstellungen) dienen. Ein Beispiel für eine Norm, die für verfassungswidrig erklärt hätte werden sollen, weil sie ausschließlich Moralvorstellungen schützt, ist der Geschwister-Inzest gem. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, was das BVerfG in seinem Beschluss aus dem Jahr 2008²¹ überwiegend anders sah. Insofern wird teilweise davon gesprochen, dass der Rechtsgüterschutz „entkernt“ wurde.²² Nichtsdestotrotz kann und soll der Rechtsgüterbegriff als erstes Grobraster dienen und wird daher als notwendige (aber nicht hinreichende) Legitimationsvoraussetzung für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Strafrechtsnorm herangezogen. Es bedarf mithin weiterer Prüfungskriterien, um ein strafbewehrtes Verhaltensverbot für legitim zu erklären.

b) Gesetzlichkeitsprinzip und Bestimmtheitsgebot

Weitere zwingende Vorgaben für den Gesetzgeber finden sich in dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG, das sich bekanntermaßen in die folgenden vier Elemente aufteilen lässt: 1. Gesetzlichkeitsprinzip, 2. Rückwirkungsverbot, 3. Bestimmtheitsgrundsatz und 4. Analogieverbot. Zur Untersuchung, ob der Gesetzgeber die Strafnorm klar formuliert hat, kann insbesondere der Bestimmtheitsgrundsatz herangezogen werden. Der Normadressat muss eindeutig erkennen können, welches Verhalten verboten sein soll und welche Strafe bei einer Zuwiderhandlung daraus resultiert.²³ In praktischer Hinsicht dürfen die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot zwar nicht überspannt werden; allerdings muss eine Grenze der (verfassungskonformen) Auslegung dort verlaufen, wo Strafnormen derart unklar sind, dass auch bei einer Auslegung keine widerspruchsfreien Ergebnisse gefunden werden können. Damit kommt auch dem Bestimmtheitsgebot eine – wenn auch eher geringe – strafrechtskritische Bedeutung zu.

c) Ultima-ratio-Prinzip

Viel beschworen zur Eindämmung der zunehmenden und weitreichenden Betätigung des Strafgesetzgebers wird das

¹⁴ Böse, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel (2003), S. 89; Griesbaum, in: Festschrift Nehm, 2006, S. 125 (127); Kargl, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (1995), S. 53 (58 ff.); Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35; Roxin, Strafrecht AT/1, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 1 ff. m.w.N.

¹⁵ BVerfGE 88, 203 (258); 96, 245 (249).

¹⁶ So auch Gärditz, JZ 2016, 641 (642); Kubiciel/Weigend, KriPoZ 2019, 35 (39).

¹⁷ Vgl. zu dem sozial-ethischen Tadel durch eine strafrechtliche Verurteilung BVerfGE 25, 269 (286); 95, 96 (140); 109, 133 (168); 120, 224 (240); 123, 267 (408).

¹⁸ BVerfGE 39, 1 (47); 88, 203 (258); Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), S. 243 ff.; Rengier, Strafrecht AT, 11. Aufl. (2019) § 3 Rn. 5 ff.; Roxin (Fn. 14), § 2 Rn. 97 f. Vgl. zum ultima-ratio-Prinzip und seiner Bedeutung im Strafrecht ausführlicher Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (366 ff.).

¹⁹ Vgl. für eine umfassendere Darstellung des aktuellen Streitstandes Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (33 ff.).

²⁰ Vgl. Roxin (Fn. 14), § 2 Rn. 7.

²¹ BVerfGE 120, 224 mit überzeugendem, abweichendem Votum Hassemer.

²² Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (367).

²³ Vgl. zu den Anforderungen aus dem Bestimmtheitsgebot für strafrechtliche Normen ausführlicher Schmitz, in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 43 ff.

bereits erwähnte ultima-ratio-Prinzip, auch wenn deswegen noch kein Strafgesetz für ungültig erklärt wurde.²⁴ Zu Recht wird seit längerem untersucht, ob man den Grundsatz näher präzisieren kann, um ihn als rechtssetzungskritisches Instrument handhabbar zu machen.²⁵ Einige sehen in ihm primär ein „Gebot politischer Klugheit“,²⁶ andere wollen ihn als Ausdruck einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verstehen.²⁷

Außer Frage steht, dass die Verhaltensnorm, also das strafrechtliche Verbot eines (idealerweise) bestimmten Verhaltens, einen Grundrechtseingriff darstellt und somit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen muss.²⁸ Dies gilt für alle Normen, die in die Rechte des Bürgers eingreifen. Allerdings stellt es sich als zusätzlich rechtfertigungsbedürftig da, dass sich der Gesetzgeber der Mittel des Strafrechts zur Durchsetzung eines erwünschten bürgerlichen Verhaltens bedient, die aufgrund ihrer moralischen Aufladung und der „scharfen“ Folgen weit über andere Mittel hinausgehen.²⁹ Jahn und Brodowski haben zur Ausgestaltung des ultima-ratio-Prinzips das „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung“ entwickelt, das sie als Untergruppe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sehen und das auf grundrechtlicher Rechtfertigungsebene einen erhöhten Legitimationsbedarf nach sich zieht.³⁰ Sie zeigen auf, dass das „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung“ durch die „Verknüpfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm“ betroffen wird³¹ und damit der Erlass einer Strafrechtsnorm durch den Gesetzgeber einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich des „Grundrechts auf Freiheit von Sanktionierung“ zur Folge hat.³² Damit ist entscheidender Anknüpfungspunkt für das ultima-ratio-Prinzip die im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu prüfenden Schranken-Schranken,³³ d.h. die Anforderungen die an das Gesetz selbst als taugliche Schranke des Grundrechts zu stellen sind. Jahn und Brodowski fordern, dass höhere Maßstäbe an die Erforderlichkeit angelegt werden müssen, wonach in prozeduraler Hinsicht zum einen der Gesetzgeber strafrechtliche Gesetze ausführlicher begründen müsse und zum anderen müsse ein „Offensichtlichkeitsmaßstab“ untersucht werden.³⁴ Nach letzterem sei eine strafrechtliche Regelung jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn das verfolgte Ziel für jeden Sachkundigen ohne ausführliche Überprüfung durch andere, mildere Mittel als durch strafrechtliche Maßnahmen erreicht werden könne.³⁵

Der Gedanke, dass ein (expliziter) grundrechtlicher Schutz gegen Strafandrohung und Sanktionierung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleiten ist,³⁶

verdient Zustimmung. Insofern überzeugt auch, dass mit dem Verbot einer Verhaltensweise unter Androhung einer Kriminalstrafe nicht „nur“ in die allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen wird, sondern in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, weil damit auch eine negative Bewertung des Verhaltens als typischerweise sozial-schädlich und damit als typischerweise unrechtmäßig oder gar verwerflich einhergeht. An dieser Stelle könnte allenfalls noch überlegt werden, ob die Verknüpfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm nicht noch präziser als Sanktionsandrohung umschrieben werden könnte und damit von einem „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionsandrohung“ gesprochen werden sollte.

Aufgrund der besonderen sozialetischen Aufladung des Strafrechts, die sich auch darin niederschlägt, dass ein Strafurteil als sozial-ethischer Tadel eingestuft wird,³⁷ sollte dem ultima-ratio-Prinzip dennoch ein eigenständiger Gehalt zukommen. Dieser Gehalt sollte in den verfassungsrechtlichen Prüfrahmen des „Grundrechts auf Freiheit von Sanktionsandrohung“³⁸ eingegliedert werden, in dem dort eine Modifikation der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt wie es von Jahn und Brodowski gefordert wird. Nach hier vertretener Ansicht erscheint es indes vorzugswürdig, nicht auf einen Offensichtlichkeitsmaßstab abzustellen, sondern die Wahrung des ultima-ratio-Prinzips dahingehend zu untersuchen, ob andere Mittel existieren, die das Rechtsgut ausreichend schützen.³⁹ Ausreichend ist der Schutz dann, wenn er geeignet ist, das Bestehen des Rechtsguts gegen die Mehrzahl der erwarteten Angriffe abzusichern und somit ein vergleichbares (aber nicht identisches) Schutzniveau erwarten lässt. Die Prüfung erinnert damit an das Merkmal der Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und kann auf dieser Prüfungsstufe integriert werden. Im Gegensatz zu der herkömmlichen Erforderlichkeitsprüfung sind die Anforderungen im Rahmen der Überprüfung einer strafrechtlichen Verhaltensnorm an die Bejahung einer „ultima-ratio-Erforderlichkeit“ allerdings erhöht. Dies würde zugleich die Legitimitätsanforderungen an eine Strafrechtsnorm gegenüber einer üblichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei nicht-strafrechtlichen Normen erhöhen, da das Alternativmittel nicht gleich effektiv sein, sondern lediglich einen ausreichenden Schutz gewährleisten muss. Diese Modifikation ist verfassungsrechtlich geboten, da auch das BVerfG wiederholt betont hat, dass das Strafrecht das letzte Mittel sein sollte, auf das der Gesetzgeber

²⁴ Vgl. hierzu ausführlicher Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (372).

²⁵ Vgl. für eine ausführliche Übersicht der Präzisierungsansätze Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (367 ff.).

²⁶ Gärditz, JZ 2016, 641 (649), der zwar dem ultima-ratio-Prinzip keine verfassungsrechtliche Komponente zusichert, aber sich dennoch für eine zurückhaltende Kriminalpolitik ausspricht. Vgl. für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „Gebot politischer Klugheit“ auch Landau, NSZ 2015, 665 (668); Prittwitz, ZStW 129 (2017), 390 (400).

²⁷ So bspw. Rengier (Fn. 18), § 3 Rn. 5.

²⁸ An Stelle vieler Gärditz, JZ 2016, 641 (642).

²⁹ Vgl. zur sozialetischen Aufladung des Strafrechts auch Landau, NSZ 2015, 665 (668).

³⁰ Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (377 ff.). Zustimmend zu der Untergruppe auch Prittwitz, ZStW 129 (2017), 390 (396).

³¹ Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (379).

³² A.a.O., 377 ff.

³³ A.a.O., 379 f.

³⁴ A.a.O., 379 f.

³⁵ A.a.O., 380.

³⁶ A.a.O., 377 ff.

³⁷ Vgl. Fn. 15. A.A. Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (377), die einer Verurteilung nur ein sozialtherapeutisches „nicht wieder!“ entnehmen wollen.

³⁸ Formulierung angelehnt an Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (377 ff.).

³⁹ So auch Rengier (Fn. 18), 3 Rn. 5.

zurückgreifen darf.⁴⁰ Sofern allerdings auf einen gleich effektiven Schutz abgestellt wird, könnte sich der Gesetzgeber darauf berufen, dass nicht-strafrechtliche Mittel nicht gleich effektiv sind, sodass die Erforderlichkeitsprüfung regelmäßig leerliefe. Daher empfiehlt es sich, diese strafrechtsspezifische Besonderheit, die sich verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herleiten lässt, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Im Folgenden wird der Prüfungspunkt, um seinen Bedeutungsgehalt vollständig darzustellen, ausgelagert, auch wenn im Übrigen eine Eingliederung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung befürwortet wird.

d) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Auch vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Prinzips und der Betroffenheit des „Grundrechts auf Freiheit von Sanktionsandrohung“⁴¹ als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verdient die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der strafrechtlichen Gesetzgebung ein besonderes Augenmerk. Regelmäßig werden durch ein strafrechtliches Verbot bestimmter Verhaltensweisen die Freiheitsräume der Normadressaten verkürzt, sodass im Rahmen der Angemessenheitsprüfung insbesondere zu prüfen ist, ob die betroffenen Freiheitsrechte in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu schützenden Recht stehen. Sofern ein schützenswertes Rechtsgut bereits bejaht wurde, dass nach hier vertretener Auffassung einen zumindest begrenzenden Einfluss auf die zu schützenden Interessen haben soll, ist darin auch zwingend ein legitimer Zweck im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu sehen, der lediglich ein schützenswertes Interesse voraussetzt. Um die abschließende Angemessenheitsprüfung überschaubar zu halten, empfiehlt es sich, die Interessen, die dem Schutzzweck gegenüberstehen, bereits vor der Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen.

2. Vorschlag zur Überprüfung einer Sanktionsandrohung im Grobraster

Damit wird im Folgenden zur Bestimmung der Frage, ob im Bereich der Sterbehilfe ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, ein Vorgehen in fünf Schritten gewählt: 1. Besteht ein schützenswertes Rechtsgut?, 2. Ist das Handlungsverbot bestimmt genug gefasst?, 3. Bestehen andere Mittel oder Möglichkeiten, um das Rechtsgut zwar nicht gleich effektiv, aber ausreichend zu schützen?, 4. Bestehen gegenläufige grundrechtliche Interessen, die bei der abschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten sind? und 5. Genügt die Norm einer abschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung? Erst wenn in allen fünf Schritten die Legitimität der jeweiligen Norm bejaht

wurde, kann die Norm in ihrer derzeitigen Fassung bestehen bleiben.

III. Strafbarkeit der Unterstützung von Sterbewilligen bis zum Urteil des BVerfG vom 26. Februar 2020

Bevor über eine eventuelle Neuausgestaltung der Sterbehilfe nachgedacht werden kann, ist zunächst einerseits zu klären, wie der Begriff Sterbehilfe in der nachfolgenden Bearbeitung verwendet wird, und zum anderen, welche Sterbehilfehandlungen bis zum Urteil⁴² des BVerfG vom 26. Februar 2020 als strafwürdig ausgestaltet waren.

1. Sterbehilfe im weiten Sinn

In diesem Beitrag wird das Wort Sterbehilfe im weitesten Sinn verwendet, sodass jede Handlung, die als Hilfe zum Herbeiführen des Todes eines Sterbewilligen und damit als „Hilfe zum Sterben“ eingestuft werden kann, darunter fallen soll.⁴³ Insbesondere ist nicht erforderlich, dass der Sterbewillige bereits tödlich erkrankt ist, um eine Unterstützung als Sterbehilfe im weiteren Sinn zu qualifizieren.

2. Aktuelle Strafbarkeit der Sterbehilfe

Nach der Gesetzeslage bis zum 26. Februar 2020 waren Unterstützungen von Sterbewilligen, die ihrem Leben freiverantwortlich und eigenhändig selbst ein Ende setzen, grundsätzlich straflos, sofern kein geschäftsmäßiges Vorgehen vorlag, vgl. §§ 216, 217 StGB. Hingegen war und ist eine direkte Sterbehilfe, also die aktive, lebensverkürzende Handlung bei einer sterbewilligen Person, grundsätzlich strafbar, vgl. § 216 StGB. Ausnahmen bestehen im Bereich des sog. Behandlungsabbruchs⁴⁴, bei der bei tödlichen Krankheiten bspw. auch aktiv die Geräte ausgeschaltet werden können, und der sog. indirekten Sterbehilfe⁴⁵, bei der schmerzlindernde Medikamente verabreicht werden dürfen, auch wenn dadurch der Sterbeprozess beschleunigt wird, wobei beide Vorgehensweisen dem (mutmaßlichen) Patientenwillen entsprechen müssen.

a) Strafbarkeit nach § 217 StGB

Gem. § 217 Abs. 1 StGB machte sich strafbar, wer in der Absicht, die Selbsttötung einer anderen Person zu fördern, dieser dazu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt. Dabei sollten nach § 217 Abs. 2 StGB diejenigen Teilnehmer straffrei bleiben, die entweder selbst nicht geschäftsmäßig handeln oder Angehöriger der in Abs. 1 genannten Person sind oder diesem sonst nahestehen. Das zentrale Merkmal für eine Strafbarkeit nach § 217 Abs. 1 StGB war mithin die Geschäftsmäßigkeit. Geschäftsmäßig im Sinne der Vorschrift handelte nach Ansicht des Gesetzgebers, „wer die

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (47); 88, 203 (258).

⁴¹ S. Fn. 38.

⁴² BVerfG, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12).

⁴³ Zur Verwendung des Wortes „Sterbehilfe im weiteren Sinne“ vgl. auch BGHSt 40, 257 (260), der auf die Verwendung des Begriffs in der Literatur verweist; Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorbem. zu §§ 211 ff. Rn. 21; Hillenkamp, MedR 2018, 379 in Fn. 1.

⁴⁴ Detailliert zu den Voraussetzungen für eine (straflose) aktive Sterbehilfe Reinbacher, famos 09/2010, 1 (4 ff.).

⁴⁵ Ausführlicher zu den Anforderungen an eine indirekte Sterbehilfe Reinbacher, famos 09/2010, 1 (2).

*Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit zur Selbsttötung zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Tätigkeit macht, unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht und unabhängig von einem Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit.*⁴⁶ Das gegenüber einer „gewöhnlichen“ (und weiterhin straflosen) Suizidhilfe gesteigerte Unrecht wurde mithin in der Wiederholungsgefahr gesehen.⁴⁷

b) Strafbarkeit nach § 216 StGB

Auch nach dem geltenden § 216 StGB macht sich grundsätzlich keine Person strafbar, die einer anderen Person bei deren freiverantwortlicher Selbsttötung unterstützt. Wer bspw. einer anderen Person eine Pistole anreicht, mit der sich die Person erschießt, bleibt nach dem StGB straflos. Allerdings kommt seit der sehr umstrittenen „Wittig-Entscheidung“⁴⁸ gegebenenfalls eine Unterlassungs-Strafbarkeit desjenigen in Betracht, der straflos helfen durfte. In diesem Fall wollte die Witwe W nach dem Tod ihres Ehemanns ebenfalls sterben, wovon sie auch ihren Hausarzt H erzählte. Als die W kurz darauf dem H trotz mehrfachen Klingelns nicht die Tür öffnete, befürchtete H, dass W ihr Vorhaben umgesetzt haben könnte. Er ließ sich von einem Bekannten der W, der einen Zweitschlüssel besaß, die Tür öffnen. Dort fand H seine Patientin W nach Medikamenteneinnahme bewusstlos vor und unternahm aufgrund ihres Sterbewunsches keine Rettungsmaßnahmen. Im Raum stand der Vorwurf der Tötung auf Verlangen durch Unterlassen gem. §§ 216, 13 StGB durch Nichtgewährung der ärztlichen Hilfe, von dem das Ausgangsgericht den H freisprach.⁴⁹ Der BGH betonte in seiner Entscheidung im Fall „Wittig“, dass die Tatherrschaft des Suizidenten bei Eintritt der Bewusstlosigkeit auf einen etwaig anwesenden Garanten übergehe.⁵⁰ Trotz der Annahme einer Garantenstellung des Arztes verwarf der BGH hier im Ergebnis die Revision und bestätigte den Freispruch, weil W nicht ohne irreparable Schäden zu retten gewesen wäre und sich H somit in einer unauflösbaren Konfliktsituation zwischen dem Lebensrecht seiner Patientin und deren Selbstbestimmungsrecht befunden habe und ihm damit ein Einschreiten nicht zumutbar gewesen sei.⁵¹ Der „Wittig-Entscheidung“ wird zu Recht vorgeworfen, die Straflosigkeit der Beihilfe zur Selbsttötung mit der Figur des Tatherrschaftswechsels bei Bewusstlosigkeit zu umgehen.⁵²

In den bereits erwähnten, aktuellen Entscheidungen des BGH wurde ebenfalls festgestellt, dass die Ärzte nach § 216 StGB straflos waren.⁵³ Insbesondere in dem sog. „Berliner Fall“, in dem eine 44-Jährige seit ihrer Jugend unter einer sehr schmerzhaften, aber nicht tödlichen Krankheit litt, sprach sich der BGH dafür aus, dass die Garantenstellung des Arztes mit dem ausdrücklichen und freiverantwortlichen Lebenswunsch der Patienten geendet

habe.⁵⁴ Daher habe sich der Arzt auch nicht strafbar gemacht, als er wie verabredet nach seiner bewusstlosen Patientin sah und keine Rettungsmaßnahmen einleitete.⁵⁵ Auch eine Strafbarkeit wegen einer unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB lehnte der Senat ab, da die Hilfeleistung dem Arzt hier nicht zumutbar gewesen sei, weil er sich in einer unauflösbaren Konfliktsituation zwischen Lebensschutz und der Patientenautonomie befunden habe.⁵⁶ Damit hat der BGH die Patientenautonomie deutlich gestärkt.

IV. Eigene Untersuchung der Legitimität des § 217 StGB vor dem Urteil des BVerfG vom 26. Februar 2020

In Anbetracht der kontroversen Entstehungsgeschichte ist vor den jüngsten BGH-Entscheidungen zu fragen, ob die Sanktionsandrohung in § 217 Abs. 1 StGB rechtmäßig ist.

1. Identifizierbares Rechtsgut und Bestimmtheitsgrundsatz

Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit der Einführung des § 217 StGB vor allem darauf gestützt, dass der Anstieg der Suizidzahlen „die Achtung vor einem Leben, auch vor einem leidenden, schwer kranken oder behinderten Leben“ als zentrales Element unserer Gesellschaft hinterfrage und sich zunehmend alte oder kranke Menschen in den Tod gedrängt fühlen könnten.⁵⁷ Daher bedürfe es einer Kriminalisierung, um die dadurch bedrohten Schutzgüter, also das Leben und die Autonomie des Individuums, zu schützen.⁵⁸ Als taugliches Rechtsgut kommen damit insbesondere in Betracht: 1. Ein (mittelbarer) Lebensschutz vor einer voreiligen Inanspruchnahme einer Sterbeförderung, 2. Die Willensfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht der Sterbewilligen, und 3. Das Interesse der Gesellschaft an einem bestehenden „Tötungstabu“.

Sowohl das Leben als auch die Willensfreiheit sind als verfassungsrechtlich geschützte Individualinteressen zweifellos taugliche Rechtsgüter. Erhebliche Bedenken bestehen hinsichtlich eines Universal- oder Allgemeinrechtsguts, das sich als Interesse an einem bestehenden „Tötungstabu“ orientiert. Zum einen ist nicht ersichtlich, woraus sich ein solches „Tötungstabu“ ableiten ließe, weil bereits die Existenz einer Patientenverfügung sowie der Behandlungsabbruch zeigen, dass in einer Vielzahl von Fällen auch eine Tötung nicht im Widerspruch zur Gesamtrechtsordnung steht. Zum anderen hat eine Befragung ergeben, dass die Mehrzahl der Bevölkerung für eine Zulässigkeit der Sterbehilfe plädiert und mithin gar kein

⁴⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 17.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 16 f.

⁴⁸ BGHSt 32, 367, auch als sog. „Peterle-Entscheidung“ bekannt.

⁴⁹ BGHSt 32, 367.

⁵⁰ BGHSt 32, 367, 374 f.

⁵¹ BGHSt 32, 367, 373 ff.

⁵² Rengier, Strafrecht BT II, 20. Aufl. (2019), § 8 Rn. 16.

⁵³ Vgl. BGH, NJW 2019, 3089; NJW 2019, 3092 (Fn. 8).

⁵⁴ BGH, NJW 2019, 3089 ff.

⁵⁵ A.a.O., 3091 f.

⁵⁶ A.a.O., 3092.

⁵⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 8 f.

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 18/5372, S. 12.

schützenswertes Gemeininteresse an einem „Tötungstabu“ besteht.⁵⁹ Damit verbleiben das Leben und die Selbstbestimmungsfreiheit als taugliche Rechtsgüter bestehen.⁶⁰ Hinsichtlich der Wortlaut-Bestimmtheit von § 217 StGB existieren keine Bedenken.

2. Ultima-ratio-Prinzip

Grundsätzlich sind sowohl der Schutz des Lebens als auch der Willensfreiheit berechnete Anliegen. Der Gesetzgeber hat zutreffend herausgestellt, dass es kein minderwertiges oder weniger schützenswertes Leben gibt; allerdings erscheinen die Bedenken, dass Personen regelmäßig in den Tod gedrängt werden könnten,⁶¹ überzogen. Insofern lassen die Ausführungen in der Gesetzesbegründung den Schluss zu, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des § 217 StGB die Gefahr, dass Personen aus unethischen Gründen andere in den Tod drängen könnten, als strafrechtlich zu bekämpfendes Hauptproblem einstufte. Die primäre Intention des Gesetzgebers besteht darin, dass keine unmoralische „Sterbeindustrie“ in Deutschland etabliert wird.

Dies könnte jedoch bereits dadurch erreicht werden, dass das Betreiben einer Sterbehilfeorganisation unter einen Erlaubnisvorbehalt gestellt wird, sodass bei Nicht-Einhaltung der ethischen und medizinischen Standards eine Erlaubnis nicht erteilt oder entzogen werden kann. Darüber hinaus könnte zum Schutze der Sterbewilligen vor übereilten Entscheidungen eine verpflichtende amtsärztliche Untersuchung, in der die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches dokumentiert wird, vor einer Unterstützung des Sterbewilligen eingeführt werden und die legale Durchführung der Sterbehilfe auf Ärzte beschränkt werden. Daneben bestünde auch die Option, die Zuwiderhandlung gegen den Erlaubnisvorbehalt als Ordnungswidrigkeit auszugestalten.

In der rechtspolitischen Diskussion zur Einführung des § 217 StGB wurden und werden ebenfalls eine ganze Reihe an Alternativen diskutiert.⁶² So sah einer der drei Alternativ-Entwürfe, die im Gesetzgebungsverfahren um § 217 StGB diskutiert wurden, die Schaffung eines Suizidhilfegesetzes vor, um die Problematik im Umkreis von ärztlich begleiteten Lebensbeendigungen durch eine ausdrückliche Erlaubnisregelung derartiger Handlungen im

Bürgerlichen Gesetzbuch zu lösen.⁶³ Ein weiterer der erfolglosen Gesetzesentwürfe im Gesetzgebungsprozess um § 217 StGB kommt ebenfalls als milderer Mittel in Betracht, wonach eine Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung angestrebt wurde.⁶⁴

Damit bleibt festzuhalten, dass beide Rechtsgüter bereits durch einen Erlaubnisvorbehalt ausreichend geschützt werden könnten und § 217 StGB somit nicht den ultima-ratio-Anforderungen gerecht wird.⁶⁵

3. Gegenläufige, schutzwürdige Interessen

Neben dem ultima-ratio-Verstoß könnten noch weitere Legitimationsbedenken hinsichtlich § 217 StGB bestehen, wenn andere schutzwürdige Belange durch das enthaltene Handlungsverbot verletzt werden könnten. Hierbei ist zu beachten, dass sich das Handlungsverbot primär an Suizidhelfer richtet und nicht an die Sterbewilligen selbst. In Bezug auf die Helfer ist zumindest an das betroffene „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionsandrohungen“⁶⁶ als Unterfall der allgemeinen Persönlichkeitsfreiheit zu denken. Daneben könnte unter Umständen auch die Berufsfreiheit der Sterbehelfer beeinträchtigt sein, wobei nach Ansicht des Gesetzgebers der grundrechtliche Schutzbereich hier nicht eröffnet ist, weil die Suizidhilfe als sozialschädliche und gemeinschaftsschädliche Tätigkeit einzuordnen und damit verboten sei.⁶⁷ Sollte jedoch ein Recht auf einen selbstbestimmten Tod existieren, würde es sich um eine erlaubte Tätigkeit halten, Sterbewillige zu unterstützen, sodass auch die Berufsfreiheit der Sterbehelfer berührt ist.⁶⁸ Zudem werden ausweislich der Schutzzwecke auch mittelbar die Interessen der Sterbewilligen betroffen, deren Selbstbestimmungsfreiheit und deren Grundrecht auf einen selbstbestimmten Tod ebenfalls beeinträchtigt werden.

⁵⁹ Siehe dazu den Artikel vom 21. Januar 2014 auf Zeit Online, Tötung auf Verlangen, abrufbar unter www.zeit.de/politik/deutschland/2014-01/Sterbehilfe-YouGov-Umfrage (zuletzt abgerufen am 31.12.2019).

⁶⁰ So auch *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 227 f.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 8.

⁶² So standen neben dem letztlich angenommen Gesetzesentwurf noch drei Alternativvorschläge zur Diskussion: vgl. BT-Drs. 18/5375 (Vorschlag zur Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung); BT-Drs. 18/5374 (Vorschlag einer zivilrechtlichen Lösung durch Einführung eines Suizidhilfegesetzes) und BT-Drs. 18/5376 (Vorschlag zur Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung). Vgl. auch die Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags „Rechtsdogmatische Möglichkeiten zur Regelung der Suizidbeihilfe“ vom 25. Februar 2015, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/422180/89b80a03141e0558241c4626ed557ba0/wd-7-025-15-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 29. Februar 2020).

⁶³ BT-Drs. 18/5374, S. 3.

⁶⁴ BT-Drs. 18/5375.

⁶⁵ Die Frage, ob § 217 StGB erforderlich ist, wurde vom *BVerfG* explizit offengelassen, *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 263.

⁶⁶ S. Fn. 38.

⁶⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 12.

⁶⁸ So *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 306, die die allgemeine Berufsfreiheit der Suizidhelfer als verletzt ansahen.

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Sowohl der Lebensschutz als auch die Willensfreiheit sind verfassungsrechtlich legitime Zwecke.⁶⁹ Allerdings fragt sich, ob § 217 StGB wirklich dazu geeignet ist, diese Zwecke zu gewährleisten oder ob nicht vielmehr die Anzahl der Personen, die zum Sterben ins Ausland reisen, weiter ansteigen wird. Bereits im Rahmen der ultima-ratio-Prüfung wurde festgestellt, dass mildere Mittel existieren, wie bspw. ein Erlaubnisvorbehalt oder die Einstufung als Ordnungswidrigkeit. Daneben wäre auch eine Beschränkung der Kriminalisierung auf Handeln mit Gewinnerzielungsabsicht denkbar. Mit diesen Alternativen hat sich der Gesetzgeber auseinandergesetzt und sie für weniger effektiv befunden.⁷⁰ In der Tat wird man davon ausgehen müssen, dass die Abschreckungswirkung des Strafrechts höher und damit effektiver als andere Maßnahmen ist, sodass man die Erforderlichkeit im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung wohl bejahen muss, sofern man nicht wie hier die strafrechtlichen Erwägungen zum ultima-ratio-Prinzip zu einer Anpassung des Prüfungsmaßstabs führen lässt.

Im Rahmen der Angemessenheit sind darüber hinaus die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen. Grundsätzlich ist der Lebensschutz ein berechtigtes Anliegen. Allerdings darf eine Person aufgrund ihres verfassungsmäßig zugesicherten allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das auch das Recht auf ein selbstbestimmtes und würdevolles Sterben umfasst, über ihren Tod selbst entscheiden, sofern sie in der Lage ist, einen entsprechenden freiverantwortlichen Willen zu bilden. Im Hinblick darauf, dass bei einem freiverantwortlichen Sterbewunsch die Legitimität des § 217 StGB weder an den Lebensschutz noch an die Selbstbestimmungsfreiheit der Sterbewilligen geknüpft werden kann, stellt die Norm – zumindest in diesen Konstellationen – einen unangemessenen Eingriff in das „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionsandrohung“⁷¹ der Normadressaten sowie ferner eine (zumindest mittelbare) Beeinträchtigung des Rechts auf ein selbstbestimmtes Sterben der Sterbewilligen dar.⁷²

5. Rechtspolitische Handlungsmöglichkeit

Wie im Rahmen der ultima-ratio-Prüfung gezeigt, bestehen mildere, aber dennoch ausreichende Mittel, um den Lebensschutz und die Selbstbestimmungsfreiheit ausreichend zu schützen. § 217 StGB sollte daher abgeschafft werden.⁷³ Die Sterbehilfe sollte vielmehr kontrolliert legalisiert werden.

V. Kernaussagen der Entscheidung des BVerfG vom 26. Februar 2020

Das *BVerfG* trifft einige fundamentale Aussagen zur Sterbehilfe im weiteren Sinn, denen uneingeschränkt zuzustimmen ist.⁷⁴ Im Kern der Entscheidung steht die Aussage des 2. *Senats*, die gleichzeitig den ersten Leitsatz bildet, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben als Ausdruck der persönlichen Autonomie umfasst.⁷⁵ Diese Freiheit schließt das Recht ein, sich selbst das Leben zu nehmen.⁷⁶ Sofern sich jemand in freiverantwortlicher Selbstbestimmung im Rahmen seiner Vorstellung von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit seiner Existenz selbst tötet, ist dies als Akt der autonomen Selbstbestimmung sowohl vom Staat als auch von der Gesellschaft zu respektieren.⁷⁷ Das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben umfasst damit ebenfalls die Freiheit, sich bei Dritten Hilfe zu suchen und diese, sofern sie freiwillig geleistet wird, anzunehmen.⁷⁸ Da § 217 StGB es faktisch unmöglich macht, eine Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen, verbleibt de facto kein Raum mehr zur Ausübung der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit in diesem Bereich, sodass § 217 StGB verfassungswidrig und damit nichtig ist.⁷⁹

VI. Untersuchung der Legitimität des § 216 StGB de lege ferenda

Auch § 216 StGB begrenzt die rechtliche Zulässigkeit der aktiven bzw. direkten Sterbehilfe, sodass zu untersuchen ist, inwieweit die jüngste Entscheidung des *BVerfG* zu § 217 StGB hier ebenfalls Änderungen als notwendig erscheinen lässt. Dabei ist grundsätzlich zu betonen, dass dem Gesetzgeber in seiner Aussage, dass es kein „lebensunwertes“ Leben gibt,⁸⁰ uneingeschränkt zuzustimmen ist und der Lebensschutz ein berechtigtes und wichtiges Anliegen in unserer Gesellschaft ist.⁸¹ Der Ausbau der Anwendung der Palliativmedizin ist wünschenswert. Allerdings sind die derzeitigen palliativmedizinischen Möglichkeiten nicht ausreichend, allen leidenden und kranken Menschen in ihrem aktuellen Zustand helfen zu können. Daher bleibt festzuhalten, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit seinem Bezug zur Menschenwürde aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nach zutreffender Ansicht auch das Recht auf ein selbstbestimmtes, würdevolles Sterben umfasst.⁸² Diese Freiheitsraumverteilung hat bereits *Roxin* auf den Punkt gebracht: „Es gibt keine Pflicht zum Leben, aber das Recht auf einen selbstbestimmten Tod.“⁸³

⁶⁹ So auch *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 231.

⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 13 f.

⁷¹ S. Fn. 38.

⁷² Vgl. hierzu auch *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 279 ff.; Rn. 306.

⁷³ So sah es auch das *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), das § 217 StGB wie schon erwähnt am 26. Februar 2020 für nichtig erklärt hat.

⁷⁴ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12).

⁷⁵ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 1. a) sowie Rn. 204 ff.

⁷⁶ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 1. b) sowie Rn. 208 ff.

⁷⁷ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 1. b) sowie Rn. 209 ff.

⁷⁸ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 1. c) sowie Rn. 212 f.

⁷⁹ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsätze 2-5 sowie Rn. 337 ff.

⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 8.

⁸¹ So betont auch der 2. *Senat* in *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 338 f., dass der Gesetzgeber die Suizidhilfe durchaus regulieren und sich dabei auch strafrechtlicher Mittel bedienen darf.

⁸² Vgl. nur *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1525). Sowie *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 1. a) sowie Rn. 204 ff.

⁸³ *Roxin*, NStZ 2016, 185 (186).

1. Überlegungen zur ultima ratio und zur Verhältnismäßigkeit der Norm

Der Gesetzgeber scheint zu befürchten, dass ältere oder kranke Menschen dieses Recht auf einen selbstbestimmten Tod als eine „Pflicht zum Sterben“ empfinden könnten.⁸⁴ Eine solche Pflicht würde für eine freiverantwortliche Person eine genauso erhebliche Einschränkung bedeuten wie eine „Pflicht zum Leben“. Es ist zu überlegen, ob zur Stärkung der Selbstbestimmungsfreiheit bereits die Nichtigkeitserklärung des § 217 StGB allein ausreicht. Dagegen spricht aber, dass dann eine aktive Sterbehilfe immer noch pauschal verboten wäre, was in Anbetracht der Tatsache, dass das *BVerfG* explizit ein Recht auf die Inanspruchnahme der Hilfe Dritter zur Lebensbeendigung, sofern diese freiwillig geleistet wird, vom Schutzbereich des Rechts auf ein selbstbestimmtes Sterben umfasst sieht,⁸⁵ kaum verfassungsrechtlich tragbar sein dürfte.

Für einen aktuell bestehenden Handlungsbedarf im Rahmen des § 216 StGB spricht auch, dass zahlreiche Menschen erhebliche Angst vor dem Tod haben oder möglicherweise körperlich derart stark eingeschränkt sind, dass sie den tödlichen Akt nicht mehr selbst ausführen können, sodass ihnen trotz eines freiverantwortlichen Sterbewillens ein selbstbestimmtes Sterben verwehrt bliebe. Das Recht zu Sterben darf aber nicht nur den „Mutigen“ oder den „körperlich Fähigen“ zur Verfügung stehen. Auch das denkbare Argument, dass es kaum freiverantwortliche Suizide gebe und daher grundsätzlich zum Schutz des Lebens eine Strafbarkeit erforderlich sei, verfängt hier nicht. Zwar werden nach aktuellem Forschungsstand ca. 90 % Prozent aller Suizide in einem nicht-freiverantwortlichen Zustand begangen, wobei die Genauigkeit des Ergebnisses dahingehend bezweifelt wird, ob die Anzahl der Nicht-Freiverantwortlichkeit nicht überzogen wird.⁸⁶ Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass die 90 % zuträfen, gibt es damit immerhin 10 % Prozent an Sterbewilligen, denen man einen selbstbestimmten Tod auch unter aktiver Mithilfe von anderen ermöglichen sollte. Damit erweist sich § 216 Abs. 1 StGB im Hinblick auf diese Personen weder als ultima ratio noch als angemessen, da ihr Grundrecht auf einen selbstbestimmten Tod zu stark beschnitten wird.

2. Rechtspolitische Handlungsmöglichkeiten

Zunächst könnte man eine Streichung des § 216 StGB erwähnen. Dafür spräche, dass dann auch eine aktive Sterbehilfe in Betracht käme. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass sich im Nachhinein dann möglicherweise nicht mehr klären lassen könnte, ob der Sterbewilligen wirklich

freiverantwortlich war. Dies ist aber zwingend notwendig, um den Lebensschutz möglichst umfassend zu gewährleisten und einen Missbrauch der Sterbehilfe zu vermeiden. Die Gesellschaft und der Staat haben eine Fürsorgepflicht für ihre Mitglieder bzw. Bürgerinnen und Bürger,⁸⁷ die es auch erforderlich macht, Personen, die die Reichweite ihres Handelns nicht abschätzen können, vor sich selbst und vor irreversiblen Entscheidungen zu schützen.

3. Rechtspolitischer Handlungsvorschlag

Daher sollte § 216 StGB um einen Absatz 3 erweitert werden. § 216 Abs. 3 StGB sollte lauten: „(3) Sofern ein Arzt⁸⁸ jemanden anderen auf dessen ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen, das von einem Amtsarzt einen Monat vor Durchführung der tödlichen Handlung als freiverantwortlich bewertet wurde, tötet, handelt er nicht rechtswidrig (sog. ärztlich assistierter Suizid). Der ärztlich assistierte Suizid muss in Gegenwart des Amtsarztes als Zeugen durchgeführt werden und die Freiverantwortlichkeit des Sterbewilligen muss unmittelbar vor der Sterbehilfe nochmals beurkundet werden.“

Diese Änderung müsste sodann auch im Rahmen der ärztlichen Berufsordnung berücksichtigt werden. Nach § 1 Abs. 1 BÄO dient der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes. Diese Gedanken werden in der von der Bundesärztekammer verabschiedeten Musterberufsordnung explizit unter dem Titel „Beistand für Sterbende“ ausformuliert.⁸⁹ Nach § 16 Abs. 2 ist es ihnen verboten, Patientinnen und Patienten auf deren Verlangen zu töten. Nach § 16 S. 3 dürfen sie ferner keine Hilfe zur Selbsttötung leisten. Vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Freiheitsraumverteilung im Bereich der Sterbehilfe sollten diese beiden Sätze gestrichen werden, sodass allein § 16 S. 1 erhalten bleibt, wonach Ärztinnen und Ärzte Sterbende unter Wahrung ihrer Würde und unter Achtung ihres Willens beizustehen haben.

VII. Fazit

Der Lebensschutz ist zweifelsfrei ein berechtigtes, aber nicht das einzige Anliegen, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Sterbehilfe zu beachten hat. Um dem grundrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen der Selbstbestimmungsfreiheit mit ihrem Bezug zur Menschenwürde einerseits und dem Lebensschutz andererseits gerecht zu werden, muss der wachsenden Bedeutung der Selbstbestimmungsfreiheit mehr Geltungsraum gewährt werden. Die bisherige „Lösung“ des Gesetzgebers, also die Einführung des § 217 StGB, wurde zutreffend für verfassungswidrig erklärt.⁹⁰

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 8.

⁸⁵ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 1. c) sowie Rn. 212 f.

⁸⁶ Vgl. *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 245. So *Duttge*, ZStW 129 (2017), 448 (453), der in Fn. 39 auf eine Studie des renommierten Psychiaters *Brieger* verweist, der nur von 60 % nicht freiverantwortlichen Suiziden ausgeht. Ebenfalls zweifelnd an der 90 %-Verteilung für bestimmte Fallgruppen (bspw. bei Suiziden aufgrund schmerzhafter Krankheiten) äußert sich *Roxin*, NSZ 2016, 185 (187).

⁸⁷ So auch ähnlich *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Rn. 276.

⁸⁸ Dabei darf selbstverständlich kein Arzt zur Mitwirkung bei einem assistierten Suizid gezwungen werden. So auch schon *Roxin*, GA 2013, 313 (323). Ebenfalls dahingehend äußert sich das *BVerfG*, im Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12), Leitsatz 6.

⁸⁹ Abrufbar unter: https://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO-AE.pdf (zuletzt abgerufen am 29.2.2020).

⁹⁰ *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12).

Nichtdestotrotz bestehen weiterhin unnötige Hürden, die schwerkranken und leidenden Menschen auf dem Weg zu einem selbstbestimmten Sterben in den Weg gestellt werden, wie § 216 StGB in seiner aktuellen Fassung. Im Zusammenspiel mit der aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklichen (und möglicherweise verfassungswidrigen) Anweisung des BMG, die Anträge auf Erhalt einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital regelmäßig abzulehnen,⁹¹ werden die leidenden Sterbewilligen, bei ihrer selbstbestimmten und ihnen grundrechtlich zugesicherten Lebensbeendigung allein gelassen. Insofern besteht legislativer Handlungsbedarf. Der Gesetzgeber ist aufgerufen die widerstreitenden, verfassungsrechtlichen Interessen in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Dies ist vor allem deswegen durchführbar, weil bei einer Neuausrichtung der Sterbehilfe der strafrechtliche Lebensschutz nicht wesentlich gesenkt werden muss.

Es empfehlen sich die folgenden Grundsätze für eine Neujustierung der Sterbehilfe: 1. § 217 StGB ist verfassungswidrig und daher mit dem Urteil des 2. *Senats* vom 26. Februar 2020 für nichtig erklärt worden,⁹² 2. § 216 StGB sollte geändert werden, um der Selbstbestimmungsfreiheit und dem verfassungsrechtlich abgesicherten Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben Rechnung zu tragen, 3. Zur Gewährleistung der Freiverantwortlichkeit des Sterbewillens und damit eines weiterhin möglichst umfassenden Lebensschutzes muss der Sterbewunsch vorher von einem unabhängigen Amtsarzt als freiverantwortlich bestätigt und unmittelbar vor dem ärztlich assistierten Suizid vor Zeugen neu beurkundet werden. Mit diesen Maßnahmen würde ein weiterer entscheidender und überfälliger Schritt auf dem Weg zu einem modernen und liberalen Sterbehilfe(straf)recht gegangen werden, den das *BVerfG* begonnen hat und den der Gesetzgeber beenden sollte.

⁹¹ Vgl. Fn. 9.

⁹² *BVerfG*, Urteil zu § 217 StGB (Fn. 12).

Neuere Entwicklungen in der Kriminalpolitik als Ausdruck der Krise des Liberalismus

von Max Wrobel*

Abstract

Der Beitrag analysiert aktuelle Phänomene der Kriminalpolitik vor dem Hintergrund der These eines gegenwärtigen antiliberalistischen Umschwungs. Zugrunde gelegt wird – notwendig vergrößernd – das Luhmann'sche Modell funktionaler Differenzierung der Gesellschaft, in welchem die Kriminalpolitik als ein gesellschaftlicher Funktionsbereich unter vielen verortet ist. Zur Entfaltung der These soll einleitend die gesellschaftliche Entwicklung prägnant anhand anderer gesellschaftlicher Funktionsbereiche exemplifiziert werden.

The article analyzes current phenomena in criminal policy in the light of the thesis of a current anti-liberalist turnaround. On the basis - necessarily coarsening - is the Luhmann model of functional differentiation of society, in which crime policy is located as a social functional area among many. In order to unfold the thesis, at first social development should be exemplified using other social functional areas.

I. Eine essayistische Vorbemerkung

Unerbittlich schreitet die evolutive¹ Entwicklung politischer Ideengeschichte² zwischen Liberalismus und Antiliberalismus alternierend voran. Der gegenwärtig in nahezu jeder politisch verfassten Gemeinschaft der Welt³ diagnostizierte antiliberalistische Umschwung erfasst sämtliche gesellschaftliche Funktionsbereiche. Schlaglichtartig sind hier einleitend die folgenden Bereiche der Politik, Wissenschaft und Kultur zu nennen.

Augenfällig ist zunächst die Etablierung eines (zumeist aber nicht ausschließlich rechts-)populistischen Politik-

stils, der mittlerweile im parlamentarischen Alltag angekommen ist.⁴ Hierfür erwies sich die technologisch hochgerüstete Kommunikationsstruktur des beginnenden 21. Jahrhunderts als Brandbeschleuniger, da sich die aufstrebenden politischen Akteure den algorithmusbasierten – durch ausländische Privatunternehmen bereitgestellten und durch das Geschäftsgeheimnis geschützten – Plattformen bedienen konnten, die ungeahnte Möglichkeiten der Informationsverbreitung und -rezeption eröffneten. Wie sich zeigte, zählte fortan entgegen der herkömmlichen demokratietheoretischen Annahme einer Durchsetzung des besten Arguments nur noch die Verbreitungsrate bzw. -potenz einer Information.⁵ Jene lässt sich mithilfe von teils unerwartet drastischen, gerade die deutsche Gesellschaft in ihrem gegenbildlich⁶ konstituierenden Selbstverständnis erschütternden Tabubrüchen am besten erreichen, da es nur auf den „Knall-Effekt“ der Meldung ankommt und die von Art. 5 GG determinierte zwischengeschaltete Redaktionsarbeit hierfür überflüssig wird.⁷ Wie verschiedentlich gezeigt sind die verbreiteten Ideen⁸ nicht neu.⁹ Lediglich ihre gesellschaftliche Wirkmacht wird durch die aktuellen Rahmenbedingungen potenziert und sorgt so für eine allgegenwärtige Stimmung der Bedrohung kultureller Identität,¹⁰ die wiederum die Selbstausrichtung der Gesellschaft hin zu antiliberalistischem Gedankengut begünstigt.

Des Weiteren ist auf die Bedeutung der akademischen Geisteswissenschaften als – in seiner gesellschaftlichen Relevanz unterschätztem – Funktionsbereich hinzuweisen. Mit der Entstehung der modernen Sozial- und Politikwissenschaften gaben diese analytischen Textwissenschaften der Gesellschaft erst die Werkzeuge an die Hand, mit denen antiliberalistische Entwicklungen epistemisch

* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht von Prof. Dr. Bettina Weißer, Universität zu Köln.

¹ Der Begriff findet sich bei Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl. (2015), S. 149 ff.

² Betrachtet man das Recht als geronnene Politik, betrifft dies zugleich die jüngere (Straf-)Rechtsgeschichte. Der Begriff des Liberalismus wird hier im Sinne der politischen Ideengeschichte – freilich stark verkürzt – als aufklärerische Strömung verstanden, welche dem Individuum unabdingbare Freiheitsräume gegenüber dem Kollektiv gewährleisten will und nicht im Sinne einer allgemeinen Wirtschaftsliberalität, die unter den Bedingungen der Globalisierung wohl eher in die entgegengesetzte Richtung weist.

³ Eine Ausnahme scheint z. B. Portugal zu sein, auch wenn sich die andernorts durchlaufene Entwicklung hier bereits andeutet, https://www.deutschlandfunk.de/kein-rechtspopulismus-warum-portugal-den-rechten-trotzt.922.de.html?dram:article_id=442885 (zuletzt abgerufen am 20.12.19).

⁴ Schönberger/Schönberger, JZ 2018, 105 ff.

⁵ Verwiesen sei hierbei auf das Modell der Mem-Theorie Richard Dawkins, vgl. sekundär auf die Digitalmoderne bezogen bei Ebner, Radikalisierungsmaschinen, 2019, S. 114.

⁶ Vgl. die Formulierung des BVerfG im „Wunsiedel-“ Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 65.

⁷ Vgl. Donald Trumps – auf die Vorzüge des Nachrichtendienstes Twitter bezogene – Wahlkampf-Aussage: „we just skip ‘em“; Zu den Implikationen von Verfassungsrecht (Art. 5 Abs. 1 GG) und Medienkonvergenz Paulus/Nölscher, ZUM 2017, S. 177 (178f.).

⁸ Hierzu gehören etwa unverhohlener Geschichtsrevisionismus und Menschenfeindlichkeit.

⁹ Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht – Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre (1975); Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004); Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht (2019); Wrobel, GRZ 2019, 83 ff.

¹⁰ Lilla, <https://www.zeit.de/2018/03/mark-lilla-identitaetspolitik-interview> (zuletzt abgerufen am 20.12.19); Fukuyama, Identität. Wie der Verlust der Würde unsere Demokratie gefährdet (2019), über die Bedeutung der heutigen „Identitäts-Politik“.

erfasst werden können.¹¹ Wird die Förderung dieser – wie etwa in Brasilien oder China zu beobachten¹² – staatlicherseits zurückgefahren, offenbart sich einmal mehr, dass kritischem Denken nicht in jeder Herrschaftsform eine elementare Stellung zugewiesen ist. Auch hierzu-lande wird nur allzu oft herablassend auf die Geisteswissenschaften geschaut und damit ihr spezifischer Eigenwert verkannt. Verliert eine Gesellschaft jedoch die Werkzeuge zur Registrierung von Freiheitseinbußen der diese konstituierenden Individuen, verbleibt sie nur noch als formbare Masse,¹³ der ein beliebiger (kollektiver) Handlungszweck¹⁴ oktroyiert werden kann.

Ein weiterer betroffener Funktionsbereich ist schließlich die Kunst.¹⁵ Es handelt sich hierbei um denjenigen Funktionsbereich der Gesellschaft, der als Experimentierfeld jedweder menschlichem Bewusstsein entspringenden Idee eine – nur den Grenzen der menschlichen Phantasie und den verfassungsimmanenten Schranken¹⁶ unterliegende – Erweiterung der Denkbarekeit herbeiführen kann. Somit erfüllt sie im Hinblick auf die nicht ausschließlich technologisch sondern vor allem zivilisatorisch-kulturtechnisch zu verstehende Innovationskraft einer Gesellschaft eine unverzichtbare Aufgabe. Das einzelne Kunstwerk ist in der modernen Partizipationsgesellschaft jedoch nicht länger ausschließliche Schöpfung des Künstlers. Vielmehr unterliegt es vielfältigen inhaltlichen (mitunter vom Künstler antizipierten) Modifikationen durch den Rezipienten, wodurch die Erschütterung des bisher Denkbaren seltener und der Künstler selbst unfreier wird. So ist ein Verlust der Fähigkeit zur Differenzierung von Werk und Autor zu verzeichnen.¹⁷ Konkret bedeutet dies: Das Abhängen von als politisch inkorrekt geltenden Werken,¹⁸ die öffentliche Vorverurteilung von Schauspielern und Filmschaffenden und die damit einhergehende Tilgung jener Werke aus dem kollektiven Gedächtnis im Stile einer damnatio memoriae,¹⁹ die Anbiederung an den Netflix-Konsumenten²⁰ sowie die Abhängigkeit von quantifizierbaren Größen im Musikgeschäft²¹ gehen zulasten des provokativen – für die Störung des gesellschaftlichen status quo²² unersetzlichen – Impetus des Kunstwerks. Auch hier

zeigt sich eine wiederum technologisch flankierte Hinwendung zum Antiliberalismus und ein Bedeutungswandel der Kunst hin zum reinen Unterhaltungs- und Konsumobjekt.

II. Entwicklungstendenzen der Kriminalpolitik

Die vorstehende Skizze dieser Entwicklung von – für die liberal-rechtsstaatliche Verfasstheit einer Gesellschaft elementaren – Funktionsbereichen soll hier genügen, um aufzuzeigen, dass wir uns gegenwärtig in einem antiliberalistischen Umschwung befinden. Vorab ist festzuhalten, dass im Folgenden eine historisierende Makroperspektive eingenommen wird, die den Verlauf der Gesetzgebungsaktivitäten als Endpunkt der kriminalpolitischen Auseinandersetzungen innerhalb der jeweiligen zeitgeschichtlichen Situation versteht, um so bestimmte übergreifende Entwicklungslinien oder Phänomene beschreiben zu können. Ein Augenmerk liegt insbesondere auf dem Zusammenhang von materiellem und formellem Strafrecht.

1. Materielle und prozessuale Expansion

Im Schrifttum wird eine Ausweitung des materiellen Strafbereichs ungefähr ab Ende des 20. Jahrhunderts konstatiert – wobei die Einschätzungen der Anfänge dieser Entwicklung vom Ende der 70er-Jahre bis zu den 90er-Jahren differieren.²³ Als Kennzeichen dieser Tendenz gelten auf materieller Ebene die Expansion des Nebenstrafrechts,²⁴ d. h. eine Flankierung herkömmlich außerstrafrechtlicher Regelungsbereiche durch Strafnormen und eine zunehmende Vorfeldkriminalisierung – insb. die Häufung abstrakter Gefährdungsdelikte im Staatsschutzstrafrecht.²⁵ Hinzu tritt eine Ausweitung staatlicher Eingriffsbefugnisse auf formeller Ebene.²⁶ Letztere geht mit der hier als prozessuale Expansion bezeichneten Erweiterung der Kataloge von Telekommunikationsüberwachung sowie der „Lauschangriffe“ (§§ 100a, 100c, 100f StPO) und neuerdings der Quellen-Telekommunikationsüberwachung und der Online-Durchsuchung (§§ 100a Abs. 1 S. 2, 3, 100b StPO)²⁷ – durch die genannten Deliktsarten

¹¹ S. nur die Auseinandersetzung von *Gabriel* und *Gumbrecht* in der NZZ (zuletzt abgerufen am 20.12.19).

¹² Zu Brasilien: *Schulze*, <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/bolsonaro-setzt-hochschulen-unter-druck-2008/> (zuletzt abgerufen am 4.2.20); Zu China: s.o. (Fn. 11).

¹³ Zur Steuerbarkeit der Masse im Kontext der Massenpsychologie s. grundlegend: *Le Bon*, Massenpsychologie (1895). Auch wenn es sich hierbei um eine – nach heutigen sozialwissenschaftlichen Maßstäben – eher dürftig empirisch untermauerte Arbeit handelt, finden sich in ihr interessante Ansätze, die auch für die moderne Sozialpsychologie einen Ausgangspunkt bilden (können).

¹⁴ *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 2016 (dt. Erstausg. v. 1947), S. 6 f., 177 ff.

¹⁵ *Rautenberg*, Wie frei ist die Kunst?, 2018.

¹⁶ BVerfGE 67, 213 (228); 119, 1 (23).

¹⁷ Dies ist aktuell ersichtlich am Fall des Literaturnobelpreisträger *Peter Handke*.

¹⁸ *Rautenberg* (Fn. 15), S. 23 ff., 52.

¹⁹ S. nur die Fälle *Allen*, *Polanski*, *Spacey*.

²⁰ S. die Black-Mirror Folge „Bandersnatch“, welche dem Zuschauer die Entscheidung über den Verlauf der Dramaturgie überlässt. Zudem die Phänomene immer wieder neu aufgelegter Spinn-Off's, Pre- und Sequels sowie der Niedergang des Kinos, welche eng mit einer Kommodifizierung von Kunst und ihrer ökonomisch notwendigen Quantifizierbarkeit zusammenhängen.

²¹ S. Viral-Charts bei Spotify, welche den o. g. Vorrang der Quantifizierbarkeit vor Qualität plastisch werden lassen.

²² Zur Bedeutung des „Störenfrieds“ in der Demokratie, *Thomä*, puer robustus, 2016.

²³ *Singelstein*, KJ 2011, 7 spricht von einer Entwicklung ab Ende der 70er Jahre; *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 vom Ende der 90er Jahre. Letzterer weist zutreffend darauf hin, dass es zumindest liberalistische „Lichtblicke“ wie die Abschaffung des § 175 StGB a.F. (Unzucht zwischen Männern) im Jahre 1973 gab, wodurch aber eher die Einordnung *Singelsteins* bekräftigt werden dürfte.

²⁴ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), vor § 1 Rn. 332; *Singelstein* KJ 2011, 7 (9).

²⁵ *Arnold*, HRRS 2006, 303 (310); *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 (5); *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 260, 343.

²⁶ *Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2017, 7 (10 f.).

²⁷ Vgl. BGBl. I 2017, Nr. 58 vom 23.8.2017 – „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens“, Art. 1 Nr. 2; eingehend *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 ff.

einher. Es drängt sich dabei der Verdacht auf, dass die originär der Straftatverfolgung dienenden Eingriffsbefugnisse der StPO zu Quellen eines „Beifangs“ werden, der Tatsachenerkenntnisse enthält, die wiederum für die Straftatvorbeugung genutzt werden können.²⁸ Dabei ergibt sich die (polizeiliche) Gefahrenprognose erst anlässlich des auf diese Vorfeld-Tatbestände gerichteten Anfangsverdachts und der hierdurch initiierten Strafverfolgungsmaßnahmen. Dies stimmt einerseits aufgrund der Verwässerung der rechtssystematischen Bereiche Gefahrenabwehr/Strafverfolgung und damit der Einhaltung der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung,²⁹ andererseits aber auch aufgrund eines Gefalles hinsichtlich der jeweiligen staatlichen Eingriffsschwellen (niedrigschwelliger – weil ggf. sogar eine Anscheinsgefahr beinhaltender – polizeirechtlicher Gefahrenbegriff im Kontrast zum strengeren strafprozessualen Anfangsverdacht) nachdenklich. Die Erweiterung des materiellen Strafbereichs erweist sich so lediglich als Mittel zum Zweck der Gefahrenabwehr und die Bedeutung des Strafrechts als Negativabbild der Freiheitsräume des Einzelnen³⁰ verliert gegenüber einem – niemals gesättigten – Sicherheitshunger an Relevanz. Eine solche Gesetzestechnik erweist sich als deutliches Kennzeichen der oben genannten Selbstausrichtung der Gesellschaft hin zum Antiliberalismus, die ein diffuses Gefühl benötigter Sicherheit höher bewertet als individuelle Freiheit. Stattdessen werden hausgemachte Gefährdungen für die innere Sicherheit, die durchaus bestehen,³¹ auf (nach je eigener Definition) „Externe“ projiziert, um daraus dann politisches Kapital zu schlagen. Dies wiederum trägt zum Klima der Identitätsbedrohung im oben genannten Sinne bei und drängt die politisch Verantwortlichen dazu (vor-)schnelle, vermeintliche³² Abhilfe zu schaffen.

Neben dem in der Strafrechtswissenschaft nahezu einheitlich anerkannten, wenn auch unter verschiedensten Begrifflichkeiten firmierenden³³ – „Präventionsparadigma“³⁴, soll an dieser Stelle noch ein Punkt aus dem aktuellen Gesetz der Regierungskoalition zur „Modernisierung des Strafverfahrens“³⁵ Erwähnung finden. Die Erweiterung der DNA-Analyse nach § 81e StPO n.F. Diese

geplante prozessuale Expansion manifestiert sich in der – naturwissenschaftlich bereits möglichen,³⁶ das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) jedoch nachhaltig tangierenden Option, neben dem Geschlecht nun auch die Merkmale Augenfarbe, Haarfarbe, Hautfarbe und Alter³⁷ zum grundsätzlich legitimen Zweck der Eingrenzung des Beschuldigtenkreises ermitteln zu können. Nachgerade bezeichnend ist die Begründung mit der Formel von der „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“³⁸ im Entwurf des Gesetzes, dessen normative Haltlosigkeit bereits 1982 von Hassemer nachgewiesen wurde.³⁹ Jene Formel kommt immer dann zum Einsatz, wenn es um die Beschränkung von individuellen Beschuldigtenrechten zugunsten öffentlicher Strafverfolgungsinteressen geht, also eine ungleiche Abwägungslage im Rahmen des Interessenausgleichs im Einzelfall geschaffen werden soll.⁴⁰ Wenn die Entwurfsbegründung auf die Verhältnismäßigkeit als Korrektiv der zu schaffenden Befugnisse abstellt,⁴¹ ist dies angesichts der Unwucht, für die das Funktionsfähigkeits-Argument sorgt, nichts weiter als ein Lippenbekenntnis. Kern der Kritikwürdigkeit des Vorhabens sind jedoch – neben der handwerklichen Schwäche einer solch lakonischen Begründung – zwei grundsätzliche Einwände: Zum einen ist der kriminalistische Mehrwert der Erweiterung zweifelhaft. Dies hängt zunächst hinsichtlich der „Reinheit“ des konkret am Tatort aufzufindenden Materials, mit dessen von zwar im Labor bestehenden, davon jedoch notwendig abweichenden (Ideal-)Bedingungen zusammen, sodass die zur Begründung angeführten Labor-Werte (wie bereits die herkömmliche Bestimmung des Geschlechts de lege lata gezeigt hat⁴²) Idealwerte sind, die in der Realität nicht erreichbar sein werden. Hierdurch werden letztlich überzogene Erwartungen erzeugt. Zu sehen ist außerdem, dass die Bestimmung phänotypischer Merkmale mitnichten stets eindeutig möglich ist, beispielsweise nach blauer Augenfarbe einerseits und brauner Augenfarbe andererseits.⁴³ Vielmehr ist zur Kenntnis zu nehmen, dass Mischfarben – wie etwa eine grau-grüne Augenfarbe – bereits eine viel niedrigere Wahrscheinlichkeit der korrekten Zu-

²⁸ Weißer, ZStW 2009, 131 (153); Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy, GSZ 2017, 7 (11).

²⁹ Mitsch, NJW 2015, 209 (211) weist darauf hin, dass die Gesetzgebungszuständigkeit für die Gefahrenabwehr bei den Ländern liegt. Damit ist die „Gefahr“ formeller Verfassungswidrigkeit derartiger Vorschriften angesprochen, vgl. den Grundsatz aus Art. 70 GG.

³⁰ Singelnstein, KJ 2011, 7 (9).

³¹ Hierauf wird unter II. 5 zurückzukommen sein. Bereits jetzt ist jedoch zur Klarstellung darauf hinzuweisen, dass mit „hausgemacht“ einerseits ein sich geradezu bahnbrechender Anstieg rechtsextremer Gewalttaten, andererseits die signifikant hohe Zahl westlicher Staatsangehöriger unter Tätern islamistischer Provenienz von – etwa in Europa stattfindenden – Gewalttaten gemeint ist. Nicht ignoriert werden soll hierbei die – gleichsam zu missbilligende – linksextreme Gewalt sowie Straftaten von Ausländern im deutschen Territorium. Der Hebel für eine, gesellschaftlicher Verrohung entgegensteuernde Politik sollte jedoch innerhalb des eigenen Aktionsradius ansetzen und nicht versuchen Verantwortung zu externalisieren.

³² Hierzu sogleich unter 2.

³³ Gebräuchlich sind Präventions-, Gefährdungs- oder gar (ein hier deskriptiv gemeintes) Feindstrafrecht. Weiterhin Gefährderrecht, s.o. (Fn. 28), S. 7.

³⁴ Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 347.

³⁵ BGBl. I 2019, Nr. 46 vom 10.12.2019.

³⁶ Zum Ganzen Zöller/Thörnisch, ZIS 2017, 331 ff.

³⁷ Bayern möchte sogar um die „biogeographische Herkunft“ erweitern, vgl. Rath, GSZ 2018, 67 (68).

³⁸ BT-Drs. 19/14747, S. 43.

³⁹ Hassemer, StV 1982, 275 ff.; dagegen Landau, NStZ 2007, 121 ff.

⁴⁰ Dallmeyer, HRRS 2009, 429 (433): „Die Bedeutung der ‚Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege‘ reduziert sich [...] letztlich darauf, dass alles, was die Bestrafung von Straftaten durch Strafjustizsysteme jenseits der gegebenen Regeln des Systems beeinträchtigt, von Übel ist, weil die Strafjustizsysteme nun einmal etabliert wurden, um Straftaten gemäß den Regeln des Systems zu bestrafen.“ Die Formel verhält sich also zu den Rechten des Einzelnen wie die „Sicherheit“ zur „Freiheit“: Es ist ein verbaler Eröffnungsschachzug für das Betreten einer abschüssigen Bahn, die nur eine Richtung kennt.

⁴¹ BT-Drs. 19/14747, S. 21, 26, 27, 42.

⁴² Uwer (Berichterstatter), Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung zur geplanten Einführung der sog. „erweiterten DNA-Analyse“ zu Fahndungszwecken, S. 1. Unter Bezugnahme auf Pfaffelhuber, Hohe Wahrscheinlichkeiten?“ in: Freispruch Nr. 11 (2017), S. 18.

⁴³ Rath, GSZ 2018, 67 (69) weist auf den in der Diskussion oft übersehenen Unterschied zwischen „Wahrscheinlichkeitsaussagen“ und „Feststellungen“ hin.

ordnung ermöglichen und dass das äußere Erscheinungsbild gerade heutzutage einem steten Wandel unterliegt.⁴⁴ Neben diesen praktischen Problemen hält das Vorhaben aber auch einer Folgenabschätzung für die tägliche (medial vermittelte) Praxis nicht stand: Die Suggestionskraft ist im Falle einer – gleich ob geplanten oder „geleakten“ – öffentlichen Verlautbarung von DNA-Untersuchungsergebnissen seitens der Ermittlungsbehörden, ob der vermeintlich wissenschaftlich unfehlbaren Methodik,⁴⁵ als – gegenüber dem in der Entwurfsbegründungen gezogenen Vergleich zu Zeugenaussagen oder Videoaufzeichnungen – ungleich höher einzustufen. Im Kontext des hiesig einzunehmenden Blickwinkels ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Manipulationsanfälligkeit gerade von Straf(prozess)rechtsnormen⁴⁶ immer ein mitzudenkender, hypothetischer Umstand bei der Bereitstellung weiterer Instrumentarien darstellen muss. Zeichnet sich die liberalrechtsstaatliche Demokratie doch gerade dadurch aus, dass sie nicht die „Wahrheit um jeden Preis“⁴⁷ ermittelt, sondern sich ganz bewusst Selbstbeschränkungen auferlegt, um im Falle eines autoritären Machtwechsels nicht schon alle Instrumente für rassistische Öffentlichkeitsarbeit bereit zu halten. Auch hierbei wird wiederum deutlich, dass es nicht die aufstrebenden Antiliberalisten sind, die die genannte Selbstausrichtung der Gesellschaft bewirken, sondern die demokratisch legitimierte parlamentarische Mitte, die mehr als Getriebene denn als Gestaltende erscheint.⁴⁸

2. Symbolisches Strafrecht und Medienöffentlichkeit

Für die Erörterung der folgenden Entwicklungslinie soll ein kurzer Exkurs in die *Foucault'sche* Theorie der Gouvernementalität⁴⁹ gemacht werden: Diese Interpretation moderner Herrschaftstechnik sieht in der Aufrechterhaltung eines permanenten Zustands der (ökonomischen wie sozialen) Unsicherheit und dessen Verbindung mit der Gewährleistung (äußerlich) staatsfreier Handlungssphären des Individuums einen Zustand der Produktivität, in welchem jeder zum „Unternehmer seiner selbst“ werde.⁵⁰

In dieser Sichtweise ist die moderne „Risikogesellschaft“⁵¹ eine wichtige Nährlösung, die nie vollends ausgetrocknet werden darf und die zugestandenen Freiheitssphären gehen nur so weit, wie es die internalisierte Selbstdisziplinierung der Individuen erlaubt. Vor diesem Panorama moderner Herrschaftstechnik scheint die Einordnung des – ebenfalls bereits weitgehend konsentierten – Trends zur „symbolischen Strafgesetzgebung“⁵² als ein probates Mittel, um die medial vermittelte Öffentlichkeit in ihrem Sicherheitsstreben oberflächlich zu befrieden, nicht jedoch tatsächlich auf Verhinderung des inkriminierten Verhalten zielende Gesetzgebung, zu betreiben. All dies hängt eng mit medial überpräsenten weil oft spektakulären Einzelfällen zusammen, die dann zum Anlass genommen werden, eine abstrakt-generelle (!) Regelung zu schaffen. Beispiele hierfür gibt es zuhauf: Die Verschärfung des Sexualstrafrechts nach den Vorfällen der „Kölner Silvesternacht“,⁵³ die Schaffung des § 217 StGB n.F.⁵⁴ als Reaktion auf die Berichterstattung zu Sterbehilfeorganisationen⁵⁵ sowie die grundsätzlich sinnvolle, wenn auch nicht ausreichende Einführung des § 315d StGB n.F. Aber auch in die andere Richtung zeigen dies punktuelle Entkriminalisierungen⁵⁶ – wie etwa die Abschaffung des § 103 StGB durch die „Causa Böhmermann“⁵⁷ oder die (rein kosmetische) Korrektur des § 219a StGB anlässlich des Falles der Ärztin Hänel.⁵⁸ Die Liste ließe sich fortsetzen. Worauf es ankommt ist jedoch, dass das Strafrecht in Zeiten des antiliberalistischen Abschwungs nicht länger darauf zielt, konkret einem als strafwürdig erkannten Verhalten beizukommen, sondern die mediale Vermittlung der vermeintlichen Handlungsfähigkeit von Gubernative wie Legislative den höchsten Stellenwert besitzt, um den Forderungen einer – niemals der *realen* öffentlichen Meinung entsprechenden – *medial vermittelten* Öffentlichkeit zu entsprechen. Das Problem liegt hier also in der epistemischen Erfassung eines rein fiktiven – gar illusionären – „einheitlichen Volkswillen“ durch die Gesetzgebungsgorgane.

⁴⁴ Uwer, (ebda.) S. 3.

⁴⁵ Dies ist mitnichten der Fall. Vgl. Uwer, S. 2 ff., der auf den sehr bedeutsamen Umstand hinweist, dass ein kriminalistischer Mehrwert nur dann zu erzielen ist, wenn das – auf Minderheiten fokussierende – Diskriminierungspotenzial der geplanten Regelung voll ausgeschöpft wird (S. 4). I.V.m. den derzeitigen Bedingungen medialer Berichterstattung erscheint das Vorhaben daher vor dem, dem Demokratieprinzip entspringenden, Minderheitenschutz-Gedanken schlicht als verantwortungslos.

⁴⁶ Gemeint sind (öffentlich bekannt gewordene) Vorgänge wie etwa bei der Staatsanwaltschaft Gera und dem Ermittlungsverfahren gegen das Zentrum für politische Schönheit wegen § 129 StGB, <https://www.tagesspiegel.de/politik/wir-nannten-ihn-nur-den-jura-nazi-ein-staatsanwalt-aus-gera-und-seine-naehe-zur-afd/24202498.html> (zuletzt abgerufen am 20.12.19) sowie die Einordnung des Wahlkampflogos „Migration tötet!“ als nicht volksverhetzend – entgegen der überwiegenden hierzu bereits existierenden Rspr. – mit fragwürdiger Begründung seitens des VG Gießen (§ 130 StGB), <https://www.lto.de/recht/justiz/vg-giessen-4-k-2279-19-gi-npd-wahl-plakat-migration-toetet-invasion-nicht-volksverhetzend-widerstandsrecht/> (zuletzt abgerufen am 20.12.19).

⁴⁷ BGHSt 14, 358 (365).

⁴⁸ Hierzu Speit, Die Entkultivierung des Bürgertums, 2019.

⁴⁹ Foucault, Überwachen und Strafen, 1976; eine überzeugende Interpretation vor diesem Hintergrund lieferte bereits Singelstein, KJ 2011, 7 ff.

⁵⁰ Singelstein, KJ 2011, 7 (8).

⁵¹ Hierzu Hilgendorf, NStZ 1993, 10 ff.

⁵² Pars proto soll hier wiederum der Verweis auf Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 345 genügen; s.a. auf das Terrorstrafrecht bezugnehmend Zöller, GA 2016, 90 (107).

⁵³ https://www.deutschlandfunk.de/das-neue-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein.724.de.html?dram:article_id=400280 (zuletzt abgerufen am 20.12.19)

⁵⁴ Krit. hierzu Duttge, NJW 2016, 120 ff.; Die Norm wurde zwischenzeitlich vom BVerfG für mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar und damit nichtig erklärt, vgl. BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, in diesem Heft S. 108 ff.

⁵⁵ Sog. Lex Kusch, <https://www.zeit.de/2019/27/roger-kusch-sterbehilfe-assistierter-suizid-verein> (zuletzt abgerufen am 20.12.19)

⁵⁶ Beulke, in: FS Neumann, 2017, S. 519 ff.

⁵⁷ Auch zur (fehlenden) Bedeutung von Sachverständigenanhörungen im Gesetzgebungsverfahren, Heinze <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/hate-speech-hass-kriminalitaet-netz-188-stgb-kommunalpolitiker-boehmermann/> (zuletzt abgerufen am 20.12.19); Allgemein zur Rolle der Strafrechtswissenschaft, welche sich für die Kriminalpolitik funktionalisieren lasse krit. Köbel, NK 2019, 249 (251 ff.).

⁵⁸ <https://www.sueddeutsche.de/politik/abtreibung-219a-gesetzentwurf-bundestag-1.4339500> (zuletzt abgerufen am 20.12.19).

3. Ökonomisierung

Betroffen von einer funktionsbereichsübergreifenden Ökonomisierung ist in erster Linie das Prozessrecht. Hierzu gehören sodann nicht lediglich Praktiken wie der sog. „schmutzige deal“ entgegen § 257c StPO, der seinerseits lediglich die Legalisierung einer fest eingeschriebenen Praxis der Strafverfolgung bedeutete.⁵⁹ Hierhin gehört auch eine Umdeutung des Beschleunigungsgrundsatzes nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK: Diese subjektiv-rechtliche Gewährleistung – welche dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in temporärer Hinsicht entspricht – ist in seiner normativen Verankerung in der EMRK (lediglich) darauf gerichtet, dem Einzelnen einen einklagbaren Ausgleich zu verschaffen, wenn sich die Belastung des Strafverfahrens nicht in sachangemessenen Grenzen halten, was nicht zuletzt auch durch den sog. besonderen Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen (Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK) deutlich wird. Diese menschenrechtlich fundierte, in seiner kodifizierten Ausgestaltung rein subjektiv-rechtliche Gewährleistung wird in der nationalen Rechtsprechung – angeführt durch das *BVerfG* in einer unheilvollen Allianz mit der bereits erwähnten „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“⁶⁰ – von der geschriebenen Norm abgelöst und zu einem öffentlichen Interesse an verfahrensökonomischem Vorgehen im Bereich der Strafrechtspflege, die auf verknappte Ressourcen reagiert.⁶¹ Dies führt de facto zu einer Verkürzung von Beschuldigtenrechten zugunsten des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung aufgrund von – durch Versäumnisse der öffentlichen Hand eingetretenen – Ressourcenmängeln. In Verbindung mit einem „integralen“ Rechtsstaatsverständnis⁶² (dem das *BVerfG* ohne Grundlage im geltenden Verfassungsrecht seine Interpretation des Beschleunigungsgedankens entlehnt) und einer ordnungspolitischen Umdeutung des Rechtsstaatsbegriffs⁶³ im rechtspolitischen Alltag verselbständigt sich so ein leider unscharfer Begriff⁶⁴ in sein Gegenteil. Aus dem Problem knapper Ressourcen speisen sich dann auch aktuelle Vorschläge wie die von *Thomas De Maizièr*e nach einer Halbierung der derzeitigen Bürokratie, was jedoch mit einer erhöhten Einflussnahme der Exekutive auf die Judikative einhergeht und damit nichts Geringeres als die Relativierung des grundgesetzlichen Gewaltenteilungsmodells bedeutet.⁶⁵ Wo wird diese stete Ökonomisierung Halt machen? Woran genau hapert es bei der Bereitstellung von Geldern für die Länder zur Bereitstellung von Planstellen

bei der Justiz? Um im Bild der oben (Fn. 40) genannten „abschüssigen Bahn“ zu bleiben: Dem Rechtssystem aus guten Gründen nicht immanente Leitprinzipien sollten um seiner funktionsbedingten Eigenständigkeit willen nicht (begrifflichen) Einzug in die Rechtsidee erhalten, fungiert das Recht doch gerade als Primat, an dem sich alle anderen gesellschaftlichen Funktionsbereiche zu messen haben. Füllt man den Rechtsbegriff mit derart fremden Zwecksetzungen wie etwa der Ökonomisierung, kann es diese Funktion nicht mehr adäquat wahrnehmen. Diese Funktion besteht unter Geltung des grundgesetzlichen (einzig als „summativ“⁶⁶ ableitbaren) Rechtsstaatsprinzips jedoch gerade in der Gewährleistung von gewissen rechtlich garantierten Standards, die dem Einzelnen volle Entfaltungsmöglichkeiten – und zwar im Falle einer strafrechtlichen Beschuldigung in Form *wirksamer* Verteidigungsrechte⁶⁷ – zu gewähren hat. Richtet sich die Strafrechtspflege ausschließlich auf effektives Bestrafen aus, verliert sie ihre makrokontrollierende und damit freiheits-sichernde Funktion.

4. Europäische Kriminalpolitik?

Durch Globalisierung und Verflechtung von Volkswirtschaften bedingte Erscheinungsformen von Kriminalität – etwa im Bereich von Wirtschafts- und Steuerstraftaten, aber auch im Terrorstrafrecht – machen eine konzertierte Antwort erforderlich. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der rein nationalstaatliche Aktionsradius für die in seinem Herrschaftsgebiet auftretende schwerere Kriminalität oftmals viel zu begrenzt ist, um eine effektive Ahndung sicherzustellen. Es finden sich daher auf europäischer Ebene folgerichtig viele Ansatzpunkte einer genuin europarechtlichen Kriminalpolitik zum Schutze etwa der Finanzinteressen des europäischen Binnenmarktes.⁶⁸ Dementsprechend liegt mittlerweile eine Verordnung zur „Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft“ mit dem genannten Betätigungsfeld und ein korrespondierender Referentenentwurf des BMJV vor.⁶⁹ Die EU-Gesetzgebung ist – gestützt auf Art. 83 Abs. 1 AEUV – zudem bereits auf materieller Ebene dazu übergegangen, nationale Strafnormen zu überzeichnen wie etwa mit der RL (EU) 2017/541 bezüglich der Absenkung der subjektiven Anforderungen des § 129a StGB anschaulich geworden ist.⁷⁰ Die bereits im nationalen Recht kritisierte Technik der Vorfeldkriminalisierung und Versubjektivierung des

⁵⁹ Duttge, in: FS Böttcher, 2007, S. 53 ff.

⁶⁰ BVerfGE 33, 367; 64, 108; 35, 185; *BVerfG*, NStZ 1987, 276; NJW 2009, 1469 (1474).

⁶¹ Zum Ganzen: *Roxin*, GA 2010, 425 ff.; *Tepperwien*, ZStW 2009, 1 ff.; *Degen*, in: FS Dencker, S. 23 ff.; *Duttge*, in: FS Karras, S. 423 ff.; *Fezer*, in: FS Widmaier, S. 177 ff.; *Grünwald*, JZ 1975, 767 ff.; *Kudlich*, Gutachten C zum 68. DJT; *Landau*, in: FS Hassemer, S. 1073 ff.; *Paeffgen*, GA 2014, 275 ff.; *Riehle*, KJ 1980, 316 ff.

⁶² *Laue*, GA 2005, 648 (650 ff.).

⁶³ *Pichl*, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/rechtsstaat-sicherheit-gewalt-monopol-polizei-begriff-bedeutung/> (zuletzt abgerufen am 20.12.19).

⁶⁴ S. die Wortbedeutung von „Beschleunigung“ als Zunahme an Geschwindigkeit, gegenüber der Zweckrichtung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK (in welchen von Beschleunigung nicht einmal die Rede ist) als Entscheidung in sachangemessener Zeit, hierzu eingehend *Degen*, in: FS Dencker, S. 23 ff.

⁶⁵ *De Maizièr*e, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/von-allem-die-haelfte-thomas-de-maiziere-ueber-den-handel-16447612.html?premium=0x4d9f29ad561a1a269ca9a8415afc2955&GEP=s5>; Vor dem Hintergrund von Art. 97 Abs. 1 GG daher zu Recht krit.: *Kowalski*, <https://verfassungsblog.de/packt-die-exekutive-den-rechtsstaat/> (zuletzt abgerufen jeweils am 20.12.19).

⁶⁶ *Laue*, GA 2005, 648 (650 ff.).

⁶⁷ S. etwa Art. 103, 104 GG.

⁶⁸ Dieser bildet seit jeher den dominierenden Fluchtpunkt aller unionsrechtlichen Bemühungen, vgl. *EuGH*, st. Rspr. seit den berühmten Fällen „*Dassonville*“, „*Keck*“, „*Cassis-de-Dijon*“ u.v.m.

⁶⁹ ABl. EU L 283/1, S. 1 ff., Verordnung (EU) 2017/1939; Referentenentwurf-EUStA, https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/10/RefE_EUStA.pdf (zuletzt abgerufen am 4.2.20); s.a. Art. 86 Abs. 1 AEUV; eingehend *Satzger*, NStZ 2013, 206 ff.

⁷⁰ 54. Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl. I 2017, Nr. 48 v. 21.7.2017, S. 2440.

Strafrechts erfährt so eine Verstärkung, die mit Anwendungsvorrang beziehungsweise im Falle der Richtlinie einer Umsetzungspflicht⁷¹ ausgestattet ist, jedoch hinsichtlich ihrer demokratischen Rückkopplung als problematisch erscheint.⁷² In diesem Spannungsfeld zwischen notwendig gemeinsamer Kriminalpolitik bei gleichzeitiger Wahrung mitgliedstaatlicher rechtskultureller Besonderheiten gerade im Bereich des Strafrechts⁷³ sollte sich nun die vorsichtige Harmonisierung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts⁷⁴ bewegen. Hier lauern exakt dieselben Gefahren wie die bereits oben beschriebenen, die durch die heutzutage technologisch hochgerüstete algorithmenbasierte Kommunikationsstruktur potenziert werden. Der Unterschied zur nationalen Rechtsordnung ist hier jedoch die partielle Überantwortung von Souveränität, welche ein erhöhtes Vertrauen⁷⁵ in die Arbeit der EU – beziehungsweise der *sie konstituierenden*, mitgliedstaatlichen Verantwortlichen – auf diesem sensiblen Gebiet nötig macht. Dieses Vertrauen darf keinesfalls enttäuscht werden, soll die derzeit wahrnehmbare, für ein friedliches Zusammenleben in Europa unmittelbar relevante, europaskeptische Fliehkraft nicht noch weiter zunehmen. Der gerade in Europa grassierende Antiliberalismus speist sich zu einem großen Teil aus ebendiesem EU-Skeptizismus.

5. Migration und Kriminalität

Der fast nicht zu überschätzende Stellenwert medialer Vermittlung der gesellschaftlichen Wahrnehmung von Kriminalität und zugleich der hierauf wiederum lediglich reagierenden politischen Verlautbarungen (also genuine Kriminalpolitik) lässt sich ausgezeichnet an dem stark emotionsgeladenen, vielfach hergestellten⁷⁶ Zusammenhang zwischen Migration und Kriminalität studieren: Zum einen geht in der Diskussion oftmals die Mannigfaltigkeit der Phänomenologie von „der Migration“ und „der Kriminalität“ verloren⁷⁷ – unter letztere fällt schließlich auch die Begehung von Sonderdelikten, die nur von Ausländern verwirklicht werden können.⁷⁸ Zum anderen ist bereits etwa der Begriff „Migrantenkriminalität“ analytisch eher untauglich, weil sozialpsychologisch besehen „die Anderen“ immer einheitlicher erscheinen als die eigene Gruppe.⁷⁹ Hinzuweisen ist zudem auf den sog. Anzeige- und Tatverdachtseffekt,⁸⁰ der die Anzeigebereitschaft beschreibt, die bei – als nicht zur Eigengruppe gehörig – wahrgenommenen präsumtiven Tätern erhöht ist.⁸¹ Be-

merkenswert ist zudem, dass die kriminologischen Forschung eine Überrepräsentanz von Jugendlichen aus Einwandererfamilien (die Kinder der sog. „foreign born“) bei – generell selteneren – Gewaltdelikten und Mehrfachtäterschaft mit der Kompensation von Anerkennungsdefiziten assoziiert.⁸² Damit unmittelbar zusammenhängend ist zu konstatieren, dass die kriminogenen Folgen einer aus Abschreckungsgedanken fließenden, migrationspolitisch forcierten Beschränkung von Integrationsmöglichkeiten viel zu wenig beleuchtet werden.⁸³ Diesbezüglich wird man von einem Teufelskreis sprechen können. All dies hat jedenfalls Einfluss auf die Aussagekraft etwa von medial vielfach rezipierten polizeilichen Kriminalitätsstatistiken und damit auch auf das weiter oben angesprochene allgegenwärtige Klima der kulturellen Identitätsbedrohung – wie auch immer man eine solche überhaupt definieren mag. Die Instrumentalisierung dieses Klimas entlädt sich sodann – gänzlich unbeeindruckt von derartigen „Spitzfindigkeiten“ in einem seit 2015 zu verzeichnenden, deutlichen Anstieg rechtsextremer Gewalttaten.⁸⁴ Diese Enttönnung ist eines der deutlichsten Zeichen des antiliberalistischen Potentials in der deutschen Gesellschaft.

III. Fazit

Materielle wie prozessuale Expansion, symbolisches Strafrecht, die Ökonomisierung des Prozessrechts, EU-Skeptizismus und die – all diese Phänomene flankierende – verzerrte Abbildung der tatsächlichen Situation durch die beschleunigte, kontextlose Wahrnehmung durch die algorithmenbasierte Informationsrezeption des demokratischen Souveräns und die auf gleichem Wege zurückgespiegelte Wahrnehmung des entsprechenden „Willens“ dieses Souveräns durch die temporären Inhaber demokratischer Legitimation, erzeugen ein ständiges Klima der Unsicherheit. Dieses Klima ist zwar ein Stück weit – gouvernementalistisch besehen – nicht gänzlich unerwünscht und noch dazu mit dem Freiheitsgedanken notwendig verbunden. Die gegenwärtigen (technologischen Kommunikations-)Rahmenbedingungen sind jedoch, belässt man sie unreflektiert als selbstverständlich und macht das Implizite nie explizit, dazu geeignet, dass die liberale Rechtsstaatlichkeit zum Feigenblatt einer „Sicherheitsverwaltungsordnung“ verkommt, worunter die hauchdünne Decke der Zivilisation den letzten Schutz vor dem Rückfall in menschliche Abgründe bedeutet. Die genutzte Rede von der *Selbstausrichtung* der Gesellschaft hin zu antili-

⁷¹ Art. 288 Abs. 3 AEUV.

⁷² BVerfGE 129, 300 (336 f., 341).

⁷³ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 –, Rn. 252 ff.; s. bereits Weigend, ZStW 1983, 774 ff.

⁷⁴ Art. 3 Abs. 2 EUV.

⁷⁵ In den Worten von BVerfGE 123, 267 (Ls. 2a): „Integrationsverantwortung“; Art. 23 GG n.F., IntVG.

⁷⁶ Walburg, JSt 2019, 102 skizziert die öffentliche Wahrnehmung in diesem Bereich treffend. Zugleich weist er zu Recht auf die Unzulänglichkeit einer schlichten Darstellung des Ausländeranteils in Kriminalitätsstatistiken hin. Interessante Einblicke in die Situation im Mittelmeerraum und Transitland Italien und die Reaktion des Gesetzgebers liefert Bettels, ZStW 2010, 723 ff.

⁷⁷ Walburg, JSt 2019, 102.

⁷⁸ Vgl. z.B. die Strafvorschrift des § 95 AufenthG (str. wohl nur für Abs. 2 Nr. 2), vertiefend Heinrich, ZAR 2005, 309 (310).

⁷⁹ Walburg, JSt 2019, 102 (103).

⁸⁰ Vgl. https://www.bpb.de/politik/innenpolitik/innere-sicherheit/76639/auslaenderkriminalitaet?p=all_zuletzt_abgerufen_am_20.12.19

⁸¹ Walburg, JSt 2019, 102 (104).

⁸² Gewalt ist dann eine Reaktion auf mangelnde Anerkennung im Aufnahmeland zur Erreichung von Anerkennung durch die eigene peer group, vgl. Walburg, JSt 2019, 102 (106).

⁸³ Walburg, JSt 2019, 102 (106), bezugnehmend auf Rohe, M., Jaraba, M.: Paralleljustiz. Eine Studie im Auftrag des Landes Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz, 2015.

⁸⁴ Vgl. Krieg/Kliem, MschKrim 2019, 135 (136). der Rekordwert lag demnach 2016 bei 23.555 rechts motivierter Straftaten. Ein nur wesentlicher Rückgang ist 2017 auf 20.520 erfolgt (Zahlen von Bundesministerium des Innern, Bau und Heimat: Politisch Motivierte Kriminalität. Straftaten nach Deliktsbereichen 2016 und 2017).

beralistischem Gedankengut ist deshalb von so großer Bedeutung, weil sich jene nicht bereits in einem autoritär-totalitären Herrschaftssystem befindet – wie so manche Diskussion um angeblich fehlende Meinungsfreiheit unterstellen wollte.⁸⁵ Vielmehr ist seit ungefähr 70 Jahren ein weltweit als erstrebenswert anerkanntes System von rechtlichen Freiheitsgarantien im spannungsreichen Ausgleich zu sozialen Gewährleistungen weitgehend verwirklicht,⁸⁶ das es zu erhalten und nicht zu beseitigen gilt. Wenig hilfreich ist hierbei eine verbreitete hoheitliche Missachtung von Gerichtsentscheidungen.⁸⁷ Ebenso steht es mit der Verfassungstreue bei Funktionseliten wie Polizei, Staatsanwaltschaft oder Richterschaft, die nicht durchweg gewährleistet scheint. Hier besteht also dringender Handlungsbedarf, der jedoch – wie auch andernorts – zumindest punktuell von der Kriminalpolitik in die Bildungspolitik verlagert werden sollte. Zusätzlich sollte darüber

nachgedacht werden de lege ferenda (womöglich gar strafrechtliche) Sicherungsmechanismen zu etablieren, die auch demokratisch legitimierten Verantwortungsträgern Leitplanken ziehen können müssen. Dies gilt zumindest in Bezug auf die Beachtung höchstrichterlicher Rechtsprechung. Parallel hierzu müsste – auf prozessualer Ebene – freilich die Möglichkeit des politischen (Einzelfall-)Weisungsrechts gegenüber der Staatsanwaltschaft (§§ 146, 147 GVG) abgeschafft werden.⁸⁸ Vorrangiges Mittel ist jedoch selbstverständlich die Abwahl jener, die das Primat des Rechts nicht beachten. Letzten Endes wird es gesellschaftlich darauf ankommen, an einem – um die Universalität von Menschenwürde und -rechten eingeschränkten – Werterelativismus festzuhalten und nicht die Interessen der eigenen gesellschaftlichen Gruppe absolut zu stellen.

⁸⁵ Es handelt sich hierbei um eine staatlicherseits zu gewährleistende Garantie. Die Debatte drehte sich aber um das ganz andere Feld einer „verrohten Debattenkultur“ (gerade im Netz) und diente daher ersichtlich dazu, staatlich unzweifelhaft gewährleistete Standards als nicht vorhanden infrage zu stellen.

⁸⁶ Grundlegend Böckenförde, in: FS Arnd, 1969, S. 53 (66 ff.).

⁸⁷ Frappierend war insofern der Erlass eines – sonst nur im Steuerrecht beheimateten – Nichtanwendungsbeschluss durch das Ressort von Bundesminister Jens Spahn hinsichtlich *BVerwG* Urt. v. 2.3.2017, Az. 3 C 19.15, <https://www.tagesspiegel.de/politik/gesundheitsminister-ignoriert-urteil-jens-spahn-verhindert-sterbehilfe/24010180.html> (zuletzt abgerufen am 20.12.19); Der Fall Wetzlar weist in dieselbe Richtung <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-wetzlar-npd-versammlung-stadthalle-verbot-widersetzt/> (zuletzt abgerufen am 20.12.19).

⁸⁸ *EuGH*, NJW 2019, 2145 (Leitsätze); Zu den materiell-strafrechtlichen Friktionen, denen der Staatsanwalt durch das Weisungsrecht allgemein ausgesetzt ist, *Dallmeyer*, in: FS Neumann, 2017, S. 1287 ff.

Die deutsche Staatsanwaltschaft - „objektivste Behörde der Welt“ oder doch nur ein Handlanger der Politik?

von Jannika Thomas*

Abstract

Der nachfolgende Aufsatz gibt einen Überblick über die Institution der Staatsanwaltschaft und deren Stellung im deutschen Rechtssystem. Es wird das gegenüber der Staatsanwaltschaft bestehende Weisungsrecht analysiert und eine Reformation dessen, sowie der Stellung der Staatsanwaltschaft untersucht. Der Aufsatz soll als Anregung der Diskussion über die Schaffung einer, wie im europäischen Rechtsraum üblichen, unabhängigen Staatsanwaltschaft, dienen.

The following essay provides an overview of the institution of the public prosecutor's office and its position within the German legal system. It analyses the existing right to issue instructions to the public prosecutor's office and examines a reformation of this right. Hence, the position of the public prosecutor's office will be evaluated. The essay's intention is to discuss the creation of an independent german public prosecutor's office, as it is common in the European legal area.

I. Einleitung

Die Stellung der Staatsanwaltschaft im deutschen Rechtssystem ist seit jeher umstritten. Die Schaffung der Institution der Staatsanwaltschaft sollte im damaligen Preußen das gegenüber den Strafgerichten vorherrschende Misstrauen verstummen lassen, einen „Wächter des Gesetzes“ schaffen und für die Kontrolle der Polizeibehörden sorgen.¹ Es wurde eine in das hierarchische System der Exekutive eingegliederte Behörde geschaffen, welche bis zum heutigen Zeitpunkt in nahezu unveränderter Form besteht. Dies wirft die Frage auf, ob die deutsche Staatsanwaltschaft in der existierenden Form überhaupt noch zeitgemäß ist.

Das Urteil des *EuGH* vom 27.5.2019 – C-508/18 hat die Diskussion über die Stellung der deutschen Anklagebehörde, insbesondere über deren Weisungsgebundenheit, neu entfacht. Der *EuGH* widerspricht darin inzident der Auffassung, die deutsche Staatsanwaltschaft sei die „objektivste Behörde der Welt“². Er schreibt ihr aufgrund deren Eingliederung in das System der Exekutive und des

gegenüber ihr bestehenden Weisungsrechts, externe Beeinflussbarkeit zu. Die deutsche Staatsanwaltschaft habe zwar eine wesentliche Rolle im Ablauf der Strafverfahren inne und sei damit eine an der Strafrechtspflege beteiligte Behörde, sie sei aber im Gegensatz zu den meisten Staatsanwaltschaften der EU aufgrund des Weisungsrechts nicht unabhängig organisiert und könne daher nicht unter den Begriff der „ausstellenden Behörde“ i.S.d. Europäischen Haftbefehls³ subsumiert werden. Mit dem Urteil vom 12.12.2019⁴ hat der *EuGH* diese Rechtsprechung bestätigt und präzisiert. Er stellt klar, dass lediglich das externe Weisungsrecht in Einzelfällen, nicht aber das allgemeine Weisungsrecht, gegenüber der Staatsanwaltschaft diese daran hindert vollständig unabhängig zu sein. Auch wenn der *EuGH* keine unabhängige deutsche Staatsanwaltschaft fordert, so könnte das Urteil als Anstoß dafür gesehen werden, dass auch Deutschland der europäischen rechtspolitischen Entwicklung, hin zu einer unabhängigen Anklagebehörde, folgen sollte.

II. Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft

1. Allgemeines

Mit der am 1. Januar 1975 in Kraft getretenen Strafprozessreform, welche insbesondere zur Abschaffung des Untersuchungsrichters und zur Einführung des Opportunitätsprinzips gem. § 153a StPO führte, hat die Staatsanwaltschaft als die „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ an Gewicht gewonnen.⁵ Sie ist das zentrale Organ der Strafrechtspflege und hat das Anklagemonopol (§§ 152, 170, 203 StPO) inne.⁶ Sie sollte „nicht die vollziehende Macht des Staates, sondern seinen Rechtswillen“⁷ repräsentieren.

Die Staatsanwaltschaft ist eine dem Gericht gleichgeordnete und gem. § 150 GVG in ihrer Amtsverrichtung unabhängige Behörde. Gleichwohl besteht zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht eine enge Bindung. So nimmt die Staatsanwaltschaft gemeinsam mit den Gerichten die Aufgabe der Justizgewährung auf dem Gebiet des Strafrechts wahr.⁸ Beide haben die Wahrheit zu ermitteln und auf die Findung einer gerechten Entscheidung hinzuwirken.⁹

* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht von Prof. Dr. Hendrik Schneider an der Universität Leipzig.

¹ Hund, ZRP 1994, 470 f.; Otto, Die Preussische Staatsanwaltschaft, 1899, (42) 43; Wagner, JZ 1974, 212.

² Dr. Hugo Isenbiel brachte das Bild im Zuge eines prominenten Verfahrens gegen einen Bankier wegen Sexualdelikten im Herbst 1900 auf und es wurde von den Berliner Printmedien wiedergegeben.

³ Im Folgenden mit EuHB-RB abgekürzt.

⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.12.2019, – C-566/19, C-626/19, C-625/19, 627/19.

⁵ Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365.

⁶ Buchardi/Klemphan, Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet, 3. Aufl. (1967), Rn.2.

⁷ Krey, ZRP 1971, 224 (226 f.).

⁸ A.a.O., Rn.12.

⁹ Krey, JA 1985, 61 (62).

2. Meinungsstand

Die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das System der Gewaltenteilung ist nach wie vor nicht endgültig geklärt.¹⁰ Eine Ansicht sieht sie als Organ der Judikative, da sie wie auch die Gerichte der rechtsprechenden Gewalt angehört.¹¹ Nach dieser Auffassung wäre die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das System der Exekutive gar ein eklatanter Verfassungsverstoß.¹²

Die Rechtsprechung¹³ und ein Teil der Literatur¹⁴ sehen die Staatsanwaltschaft als eine Institution der Exekutive an. Das Hauptargument dieser Ansicht ist dabei das der Behörde gegenüber bestehende Weisungsrecht und ihre damit einhergehende Eingliederung in das hierarchische System der Exekutive.¹⁵ Zudem kenne das Grundgesetz lediglich die Unabhängigkeit der Richter, nicht jedoch die der Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 97 GG).¹⁶

Das *BVerfG* hat bereits 1958 den Status der Staatsanwaltschaft als Objekt der Rechtspflege betont.¹⁷ Es bezeichnete die Staatsanwaltschaft als „Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe“ und gab ihr sogar auf, Verständigungen im Strafverfahren auf ihre Gesetzmäßigkeit zu kontrollieren.¹⁸ Das *BVerfG* definiert die Staatsanwaltschaften als „besondere durch Gesetz geschaffene Organe, die, ohne selbst Gerichte zu sein, organisatorisch aus der Verwaltung herausgelöst und bei den Gerichten mit der Aufgabe errichtet sind, sich an gerichtlichen Verfahren zu beteiligen und diese zu fördern“. ¹⁹ Damit beschreibt es jedoch weniger eine der Exekutive zugeordnete Behörde, sondern ein unabhängiges Institut welches den Gerichten, also der Judikative, zugeordnet ist.

Die wohl h.L. sieht die Staatsanwaltschaft als eine Institution zwischen Judikative und der Exekutive an.²⁰ Dabei kommt es zu einer Art „Vermengung“ der Gewalten.²¹ Sie wird dabei weder vollziehender noch rechtsprechender Gewalt eindeutig zugeordnet.²² Teilweise wird sie dabei

auch als Institution *sui generis*²³ oder als „vierte Gewalt“²⁴ angesehen.

3. Gesetzeslage

Die Staatsanwaltschaft ist hierarchisch strukturiert.²⁵ Dem jeweiligen Justizminister steht dabei die Leitung der Verwaltungshierarchie zu.²⁶ Das gegenüber den Staatsanwältinnen und Staatsanwälten bestehende Weisungsrecht ist in den §§ 141 ff. GVG geregelt. §§ 146, 147 GVG eröffnen die Möglichkeit, die staatsanwaltschaftliche Strafverfolgung durch Weisung von politischer Ebene zu beeinflussen.²⁷ In § 146 GVG heißt es: „die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen“. § 147 GVG konkretisiert das in § 146 GVG enthaltene staatsanwaltschaftliche Weisungsrecht abstrakt personell.²⁸ § 147 GVG ist die Grundlage für den hierarchischen Aufbau der Staatsanwaltschaft.²⁹ Innerhalb dieser „Weisungspyramide“³⁰ wird zwischen „externem“, „ministeriellem“ oder „politischem“ und dem sog. „internen“ Weisungsrecht unterschieden.³¹ § 147 Nr. 1 und 2 GVG beschreiben das externe und § 147 Nr. 3 GVG das interne Weisungsrecht.³² Das Weisungsrecht der Bundes- und Landesjustizminister wird als externes Weisungsrecht bezeichnet.³³ Das interne Weisungsrecht beschränkt sich auf den organisatorischen Bereich der Staatsanwaltschaft und steht dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft zu.³⁴ Es ist geeignet, die gleichmäßige Gesetzesanwendung sowie den rationalen Kräfteeinsatz innerhalb der Staatsanwaltschaft sicherzustellen.³⁵ Es stellt eine unverzichtbare Voraussetzung für die Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung durch die einzelnen Staatsanwälte dar.³⁶ Es hat folglich keine Auswirkungen auf das Problem der Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft, weswegen im Folgenden lediglich näher auf das oft kritisierte externe Weisungsrecht eingegangen werden soll.

¹⁰ Koller, Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?, 1997, S. 21.

¹¹ Koller, S. 21.

¹² Arndt, NJW 1961, 1617.

¹³ BGH, NJW 1960, 2348; BVerfGE 32, 199 (216); BVerfGE 7, 183 (188).

¹⁴ Lüderssen, Strafjustiz, S. 10/21; Lüderssen, Anwaltsblatt 1986, 77; Blomeyer, GA 1970, 162 ff.; Odersky, Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik, in: FS Bengl, 1984, S. 58; Odersky, Aktuelle Überlegungen zur Stellung der Staatsanwaltschaft, in: FS Rebmann, 1989, S. 343 ff.; Sarstedt, NJW 1964, 1752 f.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 41. Aufl. (1993), vor § 141 GVG, Rn. 6; Siegert, DRiZ 1956, 224 ff.; Krey, JA 1985, 62; Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (146).

¹⁵ Zuberbier, MDR 1974, 20 f.; Krey, Strafverfahrensrecht, Rn. 338; Kleinknecht/Meyer-Goßner, vor § 141 GVG, Rn. 5; Mayer, JZ 1955, 602; Hund, ZRP 1994, 470 (471).

¹⁶ Art. 97 Abs. 1 GG.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 19.3.1959 - 1 BvR 295/58.

¹⁸ BVerfG, NJW 2013, 1058, 1066.

¹⁹ BVerfG, NJW 1961, 1496 (1497).

²⁰ Haft/Hilgendorf, Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstgerichtliche Rechtsprechung als Beispiel topischer Argumentation, in: Ostendorf, Heribert, Strafverfolgung und Strafverzicht, FS zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 1992, S. 293; Bucher, JZ 1975, S. 105/109; Pfeiffer in: FS Rebmann, S. 361, 369 f.

²¹ Bucher, JZ 1975, 105, 109; Pfeiffer in: FS Rebmann, S. 361, 369 f.

²² Schütz, Staatsanwaltschaft und Dritte Gewalt – Recht und Staat in: FS Kirchhoff, 1972, S. 993.

²³ Gärtner, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1964.

²⁴ Koller, S. 121.

²⁵ Böhm, NZWiSt 2019, 325 (326).

²⁶ Hund, ZRP 1994, 470 (472).

²⁷ Maier, ZRP 2003, 387.

²⁸ Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 (2366); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145.

²⁹ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 147 GVG Rn. 2.

³⁰ Schlüchter, Das Strafverfahren, 1983, Rn. 56.

³¹ Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 (2366).

³² Trentmann, ZRP 2015, 198 (199); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145.

³³ Brocke, in: MüKo-StPO, Band 3/2, 2018, § 146 GVG Rn. 2.

³⁴ A.a.O.

³⁵ Frank, ZRP 2010, 147 (148).

³⁶ Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 31.

III. Gegenüber der Staatsanwaltschaft bestehendes Weisungsrecht

1. Art und Umfang des externen Weisungsrechts

Das Weisungsrecht bildet den Gegensatz zur in Art. 97 GG verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit.³⁷ Weisungen können sich mangels gesetzlicher Beschränkung auf jede staatsanwaltschaftliche Aufgabe und jeden Zeitpunkt beziehen.³⁸ Das externe Weisungsrecht unterscheidet zwischen allgemeinen Weisungen und Einzelfallweisungen. Das allgemeine Weisungsrecht umfasst generelle Anordnungen über den Dienstbetrieb der Staatsanwaltschaft, wie z.B. Richtlinien über das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) oder die Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra). Allgemeine Weisungen sind von Natur aus transparent, was die Gefahr eines Missbrauchs oder des sachwidrigen Einflusses verringert.³⁹

Einzelfallweisungen dagegen, sind nach außen hin selten erkennbar. Sie werden nur als durch das Betriebsgeheimnis geschützte Vermerke in einer für Dritte unzugänglichen Handakte oder in Berichtsheften dokumentiert. Dem Staatsanwalt ist es gem. § 353b StGB strafrechtlich untersagt, ihm gegenüber erteilte Weisungen Dritten mitzuteilen.⁴⁰ Er kann im Gegensatz zu Verwaltungsbeamten gegen die Befolgung jedweder rechtswidriger Weisung remonstrieren.⁴¹ Er ist sogar verpflichtet, dem unmittelbaren Dienstvorgesetzten bestehende Bedenken mitzuteilen.⁴² Einflussnahmen durch Einzelfallweisungen sind auf vielerlei Wegen auch außerhalb der eher seltenen förmlichen Weisungen möglich. Diese können durch sog. Anregungsschreiben, durch die Formulierung von Erwartungen bis hin zu Erscheinungen wie vorausseilendem Gehorsam geschehen.⁴³

2. Grenzen des Weisungsrechts

Die Bundesregierung hat in der mündlichen Verhandlung zum Urteil vom 27.5.2019 – C-508/18 darauf hingewiesen, dass das deutsche Recht Garantien vorsehe, die das Weisungsrecht des Justizministers gegenüber der Staatsanwaltschaft begrenzen.⁴⁴ So sei die Staatsanwaltschaft in ihren Verfügungen, Anträgen und Entscheidungen an das

Gesetz gebunden und unterliege sowohl dem Legalitätsprinzip⁴⁵ (vgl. §§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 und 2 StPO) als auch der strengen Objektivitäts- und Neutralitätsmaxime (vgl. § 160 Abs. 2 StPO).⁴⁶ Etwaige Weisungen des Justizministers dürfen die Grenzen von Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht überschreiten.⁴⁷ So kann insbesondere die in § 152 Abs. 2 StPO begründete Verfolgungspflicht des Staatsanwaltes durch keine Weisung eingeschränkt und die gem. § 344 StGB mit Strafe bedrohte Verfolgung eines Unschuldigen durch keine Weisung erzwungen werden.⁴⁸ Die Weisung darf nur unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens, d.h. erst bei Kenntnis und nach Prüfung des Sachverhalts, durch den Vorgesetzten ergehen.⁴⁹

Die Staatsanwaltschaft hat einer rechtswidrigen Weisung durch die Exekutive nicht Folge zu leisten.⁵⁰ Ihr steht ein besonders eng begrenzter Ermessensspielraum zu, welcher anderen als „justizgemäßen Einflüssen“ kaum Raum gewährt.⁵¹ Eine Weisung ist nur dann zulässig, wenn dem Staatsanwalt bei der Ausübung seiner Tätigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum zusteht (Opportunitätsprinzip).⁵² Sie hat frei von politischen Einflüssen grundsätzlich die Verpflichtung, bei allen verfolgbaren Straftaten einzuschreiten (§ 152 Abs. 2 StPO). Folglich wäre jede Weisung, welche die Objektivitätsmaxime und/oder das Legalitätsprinzip verletzen würde, unzulässig.⁵³ Dies gilt gleichermaßen für das interne wie auch für das externe Weisungsrecht.⁵⁴

3. Probleme die durch das externe Weisungsrecht entstehen

Trotz bestehender Grenzen, kann nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass sich die Staatsanwaltschaft mit rechtswidrigen Weisungen konfrontiert sieht und diesen auch entspricht.⁵⁵ In der Praxis kommt es zwar selten zu ministeriellen Einzelweisungen, allein die Existenz der Einzelweisungsbefugnis des Justizministers vermittelt jedoch den Eindruck, staatsanwaltschaftliches Handeln könne außerhalb der Bindung an Recht und Gesetz durch politische Einflussnahme bestimmt werden. Es führt zu erheblichem Zweifel an der Unabhängigkeit und der damit verbundenen Objektivität der deutschen Staatsanwaltschaft.⁵⁶ Das

³⁷ Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (146); Krey, JA 1985, 61 (62); BVerfGE 32, 199 (216).

³⁸ A.a.O., Rn. 12.

³⁹ Trentmann, ZRP 2015, 198 (199); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145.

⁴⁰ Maier, ZRP 2003, 387.

⁴¹ Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 19.

⁴² A.a.O., Rn. 20.

⁴³ Maier, ZRP 2003, 387 (388).

⁴⁴ EuGH, NJW 2019, 2149 Rn. 77 f; Böhm, NZWiSt 2019, 325 (326, 327).

⁴⁵ BGH, NJW 1960, 2346.

⁴⁶ BGH, NJW 1971, 2082; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, vor § 141 GVG Rn. 1; Krey, JA 1985, 61 (62).

⁴⁷ EuGH, NJW 2019, 2149 Rn. 79.

⁴⁸ Buchardi/Klemphan, Rn. 4.

⁴⁹ A.a.O.

⁵⁰ Deutsche Staatsanwälte dürfen laut EuGH keinen Europäischen Haftbefehl ausstellen, Haufe, abrufbar unter: https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/prozessrecht/deutsche-staatsanwaelte-sind-nicht-unabhaengig-genug-fuer-einen-euhb_206_491000.html (zuletzt abgerufen am 25.11.2019); Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 15.

⁵¹ BVerfG, NJW 1959, 871.

⁵² Franke, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2010), § 146 GVG Rn. 19.

⁵³ BGH, NJW 1960, 2346; Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 14 ff., 18.

⁵⁴ Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 14 ff., 18.

⁵⁵ Deutsche Staatsanwälte dürfen laut EuGH keinen Europäischen Haftbefehl ausstellen, Haufe, abrufbar unter: https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/prozessrecht/deutsche-staatsanwaelte-sind-nicht-unabhaengig-genug-fuer-einen-euhb_206_491000.html (zuletzt abgerufen am 25.11.2019);

⁵⁶ Wagner, JZ 1974, 212; Carsten/Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 2015, S. 44; Maier, ZRP 2003, 387 (389).

Weisungsrecht des Justizministers beschädigt im Einzelfall somit nicht nur den Ruf der Institution als „objektivste Behörde der Welt“, sondern mindert auch das Vertrauen der Bürger in deren Unabhängigkeit.

Staatsanwälte müssen wegen interner Berichtspflichten bei Ermittlungen gegen Persönlichkeiten an die vorgesetzte Behörde und an das Ministerium Bericht erstatten.⁵⁷ Möglichkeiten, aus politischen Gründen Ermittlungen gegen Einzelpersonen zu blockieren oder voranzutreiben, sind folglich keineswegs ausgeschlossen. In öffentlichkeitswirksamen Verfahren können ständige Berichtsankorderungen der vorgesetzten Behörde die eigentliche Ermittlungsarbeit des Staatsanwalts erheblich behindern.⁵⁸ Die Bundesregierung hat in der mündlichen Verhandlung des eingangs erwähnten Urteils vor dem *EuGH* eingestanden, dass ein Weisungsrecht seitens des Justizministers bestehe, welches diesem ermöglicht, unmittelbar Einfluss auf die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, einen *EuHB* zu erlassen, zu nehmen.⁵⁹ Es besteht die Gefahr, dass die Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft unter regierungspolitischen Opportunitätsgesichtspunkten betrieben oder unterlassen werden kann.⁶⁰

4. Lösungsansätze

Die Problematik des bestehenden externen Einzelfallweisungsrechts bedarf einer Lösung, die unter anderem garantiert, dass die Anklagebehörde nicht willkürlich handelt. Die Abschaffung des externen Weisungsrechts und die Reformation der Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft scheinen dabei unausweichlich. Denkbar sind sowohl die Reformation der §§ 146, 147 GVG als auch die gänzliche Abschaffung des in § 147 Nr. 1, 2 GVG normierten externen Weisungsrechts.

a) Reformbewegung

Die Entscheidung des *EuGH* findet dahingehend Unterstützung, als dass sie der Forderung von Teilen der Wissenschaft und Praxis nach einer Reform des 10. Titels des Gerichtsverfassungsgesetzes (§§ 141 bis 152 GVG) neuen Rückenwind gibt.⁶¹ Insbesondere von europäischer Seite wurde Deutschland mehrfach, sowohl durch den Europarat, den *EGMR* und den *EuGH*, eine Reform der Stellung der Staatsanwaltschaften nahegelegt.⁶² Bereits im Dezember 1976 sah ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz Regelungsbedarf hinsichtlich der Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft.⁶³ Die

Vorschriften über Amt und Stellung der Behörde sowie die Organisation dieser würden den gewandelten rechtsstaatlichen Auffassungen nicht mehr gerecht.⁶⁴ Die Verantwortung des einzelnen Staatsanwalts solle gestärkt und die hierarchische Struktur, das Weisungsrecht und die Geschäftsverteilung reformiert werden. Der Referentenentwurf wurde jedoch nicht beschlossen.

Die PACE⁶⁵ hat Deutschland mit der Resolution vom 30.9.2009⁶⁶ aufgefordert, das Einzelfallweisungsrecht abzuschaffen.⁶⁷ Diese besagt in Punkt 3.2., dass „Staatsanwälte ihre Aufgaben ohne Beeinflussung seitens der Politik wahrzunehmen haben. Sie müssen von Weisungen im Einzelfall abgesichert werden, zumindest dann, wenn Weisungen eine gerichtliche Untersuchung verhindern würden“.⁶⁸ Weiterhin heißt es dort in Punkt 5.4.3.: „Die Versammlung fordert Deutschland auf, [...] die Möglichkeit der Justizminister in Einzelfällen Strafverfolgungsanweisungen zu erteilen abzuschaffen.“⁶⁹ Diese eindeutige Forderung ist das Ergebnis einer umfangreichen Untersuchung zum Missbrauch politisch motivierter Einflussnahme auf die Strafrechtssysteme in Russland, Frankreich und Deutschland. Andere Mitgliedstaaten, wie Italien, Portugal, Lettland, Ungarn, Litauen, die Slowakei, Slowenien, Rumänien und Zypern, haben bereits vor Jahren das Modell der von der Regierung völlig unabhängigen Staatsanwaltschaft eingeführt.⁷⁰

Der Deutsche Richter Bund⁷¹ appellierte 2015 an den Gesetzgeber, den § 147 Abs. 3 S. 1 GVG wie folgt zu ändern: „Die Dienstaufsicht der Justizverwaltungen enthält nicht die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.“ Weiterhin forderte er eine Erweiterung des § 146 GVG um folgenden Zusatz: „Weisungen sind schriftlich zu erteilen; ist das aus besonderen Gründen nicht möglich, so ist die mündlich erteilte Weisung binnen 48 Stunden schriftlich zu bestätigen“.⁷² Er forderte die Beschränkung des Weisungsrechts in Einzelfällen, nicht aber dessen Abschaffung. Auch nach einer Gesetzesreform verbliebe mithin die ministerielle Möglichkeit allgemeiner Weisungen und damit i.S.e. praktischen Konkordanz eine verfassungsrechtlich durchaus „hinreichende Lenkungsbeugnis“ der Staatsanwaltschaft durch die Politik.⁷³ Er vermerkte, dass bei Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, welche unter politischer Einflussnahme stehen, die rehabilitierende Wirkung der Einstellung von Ermittlungsverfahren gegen der Politik nahestehenden Personen schwinde und umgekehrt die Gefahr bestehe, dass der Einleitung von Ermittlungen gegen missliebige Personen

⁵⁷ Reuter, ZPR 2011, 104 (107).

⁵⁸ Sodan, NJW 2003, 1494; Mackenroth/Teetzmann, ZRP 2002, 337 (338); Günter, DRiZ 2002, 55 (66 f.).

⁵⁹ *EuGH*, NJW 2019, 2149 Rn. 77 f.

⁶⁰ Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 (2366).

⁶¹ Frank, ZRP 2010, 147; Rautenberg, ZRP 2016, 38; Trentmann, ZRP 2015, 198.

⁶² Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365 ff.

⁶³ vgl. Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Staatsanwaltschaft (StAÄG) vom 2.12.1976.

⁶⁴ Maier, ZRP 2003, 387 (389).

⁶⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe (dt.: Parlamentarische Versammlung des Europarates).

⁶⁶ Resolution 1685 (2009) „Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states“ der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, abrufbar unter: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17778&lang=en> (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

⁶⁷ A.a.O.

⁶⁸ Frei übersetzt, die Originalfassung in Englisch ist zu finden unter: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17778> (zuletzt abgerufen am 21.10.2019).

⁶⁹ A.a.O.

⁷⁰ Carsten/ Rautenberg, 302 (2015).

⁷¹ Im Folgenden DRB.

⁷² DRB, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG) pp. vom September 2015, S. 4; Kluth, NVwZ 2019, 1175 (1176 f.); Oppong, ZRP 2009, 22.

⁷³ Frank, ZRP 2010, 147 (148).

entgegengehalten würde. Die Ermittlung beruhe nicht auf rechtlichen Erwägungen, sondern werde von der Politik gesteuert.⁷⁴

Mitte 2019 wurde dem Deutschen Bundestag ein Gesetzesentwurf „zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft“ von der Fraktion der FDP vorgelegt.⁷⁵ Der Gesetzesentwurf sieht die Lösung der Problematik in der Beibehaltung der Dienstaufsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft unter Abschaffung des externen Weisungsrechts des Justizministers in Einzelfällen. Das interne Weisungsrecht sowie das allgemeine externe Weisungsrecht würden hingegen erhalten bleiben. Die Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft soll durch eine Änderung und Ergänzung des § 147 GVG erreicht werden. Dabei sollen die Wörter „Das Recht der Aufsicht und Leitung“ durch die Wörter „Die Dienstaufsicht“ ersetzt werden, sowie ein zweiter und dritter wie folgt lautender Absatz eingefügt werden:

„(2) Die Dienstaufsicht umfasst die Befugnis, auf eine gesetz- und ordnungsgemäße Erledigung der Dienstgeschäfte hinzuwirken.

(3) Die Dienstaufsicht des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz sowie der Justizverwaltungen enthält nicht die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.“

Im September letzten Jahres brachte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen einen ähnlichen Antrag zur rechtsstaatlichen Reform der Stellung der Staatsanwaltschaft in den Bundestag ein.⁷⁶ Darin wird die Bundesregierung aufgefordert einen Gesetzesentwurf vorzulegen, mit dem „die Zuständigkeit der Gerichte für die Ausstellung eines EuHB bestimmt wird“ und „das externe Einzelfallweisungsrecht der Justizministerien gegenüber den jeweiligen Staatsanwaltschaften im Gerichtsverfassungsgesetz ausdrücklich auf evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen beschränkt wird und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die transparente Ausübung eines solchen Weisungsrechts konkret definiert werden.“ Der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen geht insofern weiter als der Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP. Er enthält die Aufforderung zur Überprüfung des gegenwärtigen Status des *Generalbundesanwalts beim BGH* als politischen Beamten mit Blick auf den Schutz des Legalitätsprinzips, die Begrenzung des externen Einzelfall-Weisungsrechts und im Vergleich zu den Regelungen, die für die Ernennung und Entlassung des künftigen Europäischen Generalstaatsanwalts.

a) Abschaffung des Weisungsrechts

Neben der Reform des Weisungsrechts ist auch eine gänzliche Abschaffung des Weisungsrechts denkbar.

aa) *Argumente für die Beibehaltung des Weisungsrechts*
Das Weisungsrecht ist nicht als ein persönliches Privileg des Justizministers anzusehen, sondern eine zwingende Voraussetzung für die ihm auferlegte Verantwortung, denn nur wer das Recht zur Kontrolle hat, kann auch für Fehler zur Verantwortung gezogen werden.⁷⁷ Die theoretische Möglichkeit der Einflussnahme besteht naturgemäß, unabhängig einer bestehenden Weisungsbefugnis, innerhalb einer Hierarchie.⁷⁸

Das Bestehen eines demokratischen Rechtsstaates setzt eine parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung als oberstem Organ der vollziehenden Gewalt voraus.⁷⁹ Der Verzicht auf das Weisungsrecht würde dazu führen, dass die bestehende Legitimationskette innerhalb der Exekutive unterbrochen wird.⁸⁰ Ohne ein Weisungsrecht würde die Staatsanwaltschaft der parlamentarischen Kontrolle entzogen.⁸¹

Die Dienstaufsicht hat insbesondere dort, wo der Staatsanwaltschaft gesetzlich ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt ist, zu Gleichmäßigkeit und Fehlerfreiheit der Ermessensausübung beizutragen. Wird das Ermessen seitens der Staatsanwaltschaft (evident) rechtsfehlerhaft ausgeübt, können durch das Weisungsrecht schon im Ermittlungsstadium des Verfahrens die Fehler ausgeräumt und anschließend möglichen Justizirrtümern vorgebeugt werden.⁸²

Gegen die Abschaffung des Weisungsrechts spricht auch, dass das GVG Instituten wie das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO) und disziplinar- und strafrechtliche Sanktionsdrohungen, wie § 339 StGB (Rechtsbeugung), § 344 StGB (Verfolgung Unschuldiger) und § 258 a StGB (Strafvereitelung im Amt) enthält, welche dem Missbrauch des Weisungsrechts vorbeugen sollen.⁸³ Es ist zudem rechtsstaatlich selbstverständlich, dass das Aufsichts- und Leitungsrecht seinerseits der Bindung an Recht und Gesetz unterliegt (Art. 20 Abs. 3 GG) und eine Weisung also insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung der Gleichheit vor dem Gesetz und der Willkürfreiheit, nicht auf sach- bzw. justizfremden Erwägungen beruhen darf.⁸⁴ Dies schließt die Gefahr politischer Einflussnahme mittels des externen Einzelfallweisungsrechts zwar nicht gänzlich aus, lässt dem Missbrauch des Weisungsrechts jedoch auch wenig Raum.

Die fehlende parlamentarische Kontrolle richterlichen Handelns ist nur mit Blick auf die besondere institutio-

⁷⁴ A.a.O.

⁷⁵ FDP-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft vom 25.6.2019, BT-Drs. 19/11095.

⁷⁶ Grüne-Fraktion, Antrag „Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren“ vom 24.9.2019, BT-Drs. 19/13516.

⁷⁷ Starstedt, NJW 1964, 1752 (1755).

⁷⁸ Hund, ZRP 1994, 470 (473).

⁷⁹ BVerfGE 9, 269 (281 f.); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (147).

⁸⁰ Hund, ZRP 1994, 470 (472).

⁸¹ Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 4.

⁸² Grüne-Fraktion, Antrag „Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren“ vom 24.9.2019, BT-Drs. 19/13516, S. 4.

⁸³ Trentmann, JR 2016, 229.

⁸⁴ Grüne-Fraktion, Antrag „Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren“ vom 24.9.2019, BT-Drs. 19/13516, S. 5.

nelle Stellung der Judikative hinzunehmen. Gerichte unterliegen aufgrund der öffentlichen Hauptverhandlung einer unmittelbaren Kontrolle durch die Öffentlichkeit. Die staatsanwaltlichen Ermittlungen finden hingegen im Geheimen statt. Gerade deshalb sollte das Privileg der Unabhängigkeit nicht ohne Weiteres auf Behörden wie die Staatsanwaltschaft ausgeweitet werden. Eine unabhängige Staatsanwaltschaft würde, sofern nicht besondere Instrumente zu ihrer parlamentarischen Kontrolle geschaffen werden würden, zu einem gewissen Grad auch eine unkontrollierbare Staatsanwaltschaft bedeuten.⁸⁵

bb) Argumente für die Abschaffung des Weisungsrechts

Vom Weisungsrecht wird, laut Bundesregierung, kaum Gebrauch gemacht.⁸⁶ Die Kontrolle der Staatsanwaltschaft durch das externe Weisungsrecht ist obsolet⁸⁷ und rechtsstaatlich fragwürdig. Die Kontrolle der Staatsanwaltschaft sollte in erster Linie den Gerichten, welche über die Anträge und Anklagen der Staatsanwaltschaften zu entscheiden haben, und nicht der Politik obliegen.⁸⁸ Die aus dem 19. Jahrhundert stammenden Regelungen seien veraltet.⁸⁹ Auf Europäischer Ebene wurde in einer Vielzahl von Staaten längst die unabhängige Staatsanwaltschaft als Gegenmodell etabliert und hat sich bewährt. Für die Abschaffung des Weisungsrechts spricht zudem, dass Einflussnahmen oder Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes bedeuten.⁹⁰ Die Möglichkeit Einzelverfahren zu steuern, scheint als unzulässige Einmischung in die streng gesetzesgebundene Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden nach Legalitätsgrundsätzen höchst problematisch.⁹¹ Sonderbehandlungen von Persönlichkeiten durch die Pflicht zur Berichterstattung stellen einen offensichtlichen Verstoß gegen das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz dar.⁹²

Die Staatsanwaltschaft ist im Gegensatz zu einer ermessensgelenkten Verwaltungsbehörde nicht Teil der allgemeinen inneren Verwaltung, deren Handeln durch eine uneingeschränkte Weisungskette legitimiert sein muss. Auch das Argument, der Justizminister benötige ein Weisungsrecht, um seine politische Verantwortung gegenüber dem Parlament zu rechtfertigen, überzeugt nicht. Betrachtet man die Vielzahl der bei der Staatsanwaltschaft bearbeiteten Verfahren, so ist es wohl kaum denkbar, dass der Justizminister für einzelne Verfahren eintreten muss.⁹³ Gegen die Beibehaltung des Weisungsrechts spricht auch, dass durch dessen bloße Existenz ein Anschein der Missbrauchsmöglichkeit entsteht und das Vertrauen in die

Staatsanwaltschaft beeinträchtigt wird.⁹⁴ Das Verbot justizfremder Erwägungen begrenzt das externe Weisungsrecht zwar, findet aber, insbesondere durch die Möglichkeit der informellen Einflussnahme, nicht immer Beachtung.⁹⁵

Es fehlt in der gesetzlichen Verankerung des Weisungsrechts in den §§ 146, 147 GVG bereits jegliche Regelung darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen von dem Weisungsrecht Gebrauch gemacht werden kann.⁹⁶ Dies ist die Mindestanforderung, um es ohne jegliche Bedenken in der Art, in welcher es derzeit besteht, beizubehalten.

Da Weisungen kaum offen erteilt werden, gibt es keinerlei Überprüfbarkeit oder Transparenz im System des Weisungsrechts. Zudem kann etwaiges Fehlverhalten der Staatsanwaltschaft im Einzelfall durch ein externes Weisungsrecht ohnehin nicht zuverlässig verhindert werden,⁹⁷ was den vorgeschobenen Zweck der Existenz eines solchen aushöhlt.

Um die Gefahr der politischen Einflussnahme von vornherein auszuschließen, wurden andere staatliche Kontrollinstanzen, wie Rechnungshöfe und Beauftragte für Datenschutz, unabhängig organisiert.⁹⁸ Dies könnte ein Vorbild für die deutsche Staatsanwaltschaft darstellen.

Durch die Abschaffung des Weisungsrechts würde eine unabhängige Staatsanwaltschaft entstehen, welche wiederum eine unabhängige Rechtsprechung fördern würde.⁹⁹ So hat der *Italienische Verfassungsgerichtshof* wiederholt ausgeführt, dass die verfassungsrechtliche Bedeutung und Geltung von Legalitäts- und Gleichheitsprinzip nur dann uneingeschränkt gewährleistet werden kann, wenn das durch Gesetz zur Straftatverfolgung berufene Organ seine Aufgaben sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht unabhängig erfüllen könne.¹⁰⁰

Weiterhin bestätigen insbesondere der Fall „netzpolitik.org“¹⁰¹, welcher zum Rücktritt des damaligen Generalbundesanwalts *Range* führte, sowie der Fall „*Gustl Mollath*“¹⁰², in dem die damalige Justizministerin *Merk* die Staatsanwaltschaft Regensburg anwies, einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu stellen, die Bedenken des *EuGH* bzgl. der politischen Einflussmöglichkeiten der Exekutive.¹⁰³

Letztlich überzeugt auch das Argument, die Abschaffung oder Beschränkung des Weisungsrechts würde zu einem

⁸⁵ Andoor, ZRP 2019, 154.

⁸⁶ Burchard, *EuGH*, Urt. v. 27.5.2019 C-508/18 und C-82/19 PPU, Rn. 108.

⁸⁷ Dieckmann, DRiZ 2002, 44; Günter, DRiZ 2002, 55 (59,61); Dette, ZRP 2014, 94.

⁸⁸ Thomas, Der Europäische Haftbefehl und die Weisungsgebundenheit der deutschen Staatsanwaltschaft, 2019, S. 29 (unveröffentlicht).

⁸⁹ A.a.O.

⁹⁰ Günter, DRiZ 2002, 55 (60).

⁹¹ Frank, ZRP 2010, 147 (148).

⁹² Maier, ZRP 2003, 387 (390); Günter, DRiZ 2002, 55 (60).

⁹³ A.a.O.

⁹⁴ Reuter, ZPR 2011, 104 (107); Rautenberg, ZRP 2016, 38.

⁹⁵ Brocke, in: MüKo-StPO, § 146 GVG Rn. 27.

⁹⁶ BeckRS 2019, 9722 Rn. 81.

⁹⁷ Dette, ZRP 2014, 94.

⁹⁸ Franzen, ZRP 2019, 154.

⁹⁹ Dohmen, ZRP 1996, 192.

¹⁰⁰ Corte Costituzionale, Entscheidungen Nr. 190 aus 1970; 88 aus 1991.

¹⁰¹ Trentmann, RP 2015, 198 (198 ff.).

¹⁰² Lakotta, Spiegel Online, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-127862076.html> (zuletzt abgerufen am 17.10.2019)

¹⁰³ Thomas, Der Europäische Haftbefehl und die Weisungsgebundenheit der deutschen Staatsanwaltschaft, 2019, S. 29 (unveröffentlicht).

„ministerialfreien“ Raum führen und die Staatsanwaltschaft der parlamentarischen Kontrolle entzogen, nicht. Staatsanwaltschaften sind besondere, durch Gesetz geschaffene Organe, die organisatorisch aus der Verwaltung herausgelöst und in das System der Gerichte eingegliedert sind.¹⁰⁴

IV. Fazit

Das Risiko einer politischen Einflussnahme besteht immer dort, wo Abhängigkeiten bestehen. Mit Objektivität geht auch Unparteilichkeit einher. Die Objektivität der deutschen Staatsanwaltschaft ist bedroht, sobald Organe der Exekutive Einfluss auf die Strafverfolgung nehmen oder dies auch nur vermögen.

Obwohl der *EuGH* mit seinen Urteilen keine unabhängige Staatsanwaltschaft fordert, sondern lediglich, dass ein EuHB von einer unabhängigen Behörde ausgestellt werden muss, sollten sie als Weckruf verstanden werden. Der Erfolg der unabhängigen Staatsanwaltschaft in anderen Mitgliedstaaten der EU kann als Vorbild dienen. So ist der Kampf gegen die Regierungskorruption in Italien erst durch die Einführung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft erfolgsversprechend geworden.¹⁰⁵ Die Behörde hat enorme Macht und kann tiefgreifend in die Grundrechte der Bürger eingreifen, weswegen es keine Intransparenz

in den von ihr geführten Verfahren geben darf. Um dieser Macht i.S.v. Recht und Gesetz gerecht zu werden, muss der Staatsanwalt frei von exekutiven Bedenken und ebenso wenig politischer Einflussnahme ausgesetzt sein, wie es ein Richter auch ist.¹⁰⁶

Sollte das externe Weisungsrecht nicht gänzlich abgeschafft werden, so bedarf es zumindest einer gesetzlichen Einschränkung. Dabei sollte sowohl der materiell-rechtliche Gehalt des Weisungsrechts näher bestimmt als auch eine verfahrensrechtliche Grundlage für die Stellung der Staatsanwaltschaft geschaffen werden. Das Weisungsrecht könnte ausdrücklich auf evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen beschränkt werden. Die vom DRB geforderten gesetzliche Dokumentationspflichten sowie das Schriftformerfordernis würden für Transparenz sorgen. Dadurch könnte eine Kontrolle von Weisungen ermöglicht und gleichzeitig der Missbrauch des Weisungsrechts eingedämmt werden. Es gäbe keinen Raum mehr für unkontrollierbare Weisungen „hinter verschlossenen Türen“.

Es bleibt letztlich abzuwarten, ob der Gesetzgeber die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gesetzlich normieren und deren Position stärken wird, um den Missbrauch der Staatsanwaltschaft zu politischen Machtspielen vorzubeugen und eine unabhängige Rechtsprechung zu garantieren.

¹⁰⁴ *BVerwG*, NJW 1961, 1496f.

¹⁰⁵ *Maier*, ZRP 2003, 387 (390).

¹⁰⁶ *Pförtner*, KritV 2008, 455 (458).

Das Bemessungsproblem bei der Operationalisierung der Schuldschwereklausel (§ 57a StGB)

von Prof. Dr. Gunnar Duttge*

Abstract

Die Kategorie der besonderen Schuldschwere als gesetzlich vorgegebene Stellschraube bei der Beurteilung, wann eine Strafaussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe frühestens in Betracht kommen kann, produziert auffallend eine erhebliche Portion Ratlosigkeit: Einige wollen sie am liebsten ersatzlos gestrichen sehen, andere deuten sie in einer Weise, die – insbesondere im Verhältnis zu spezial- und generalpräventiven Aspekten – kaum noch Konturen erkennen lässt. Die Expertenkommission zur Reform der Tötungsdelikte hatte sich mit einer knappen Zufallsmehrheit von 8 zu 7 Stimmen für ihre Beibehaltung eingesetzt, wusste aber nicht, ob die hierfür relevanten und zur Aufnahme in das Gesetz empfohlenen Faktoren – und wenn ja: welche – als abschließend oder nur als exemplarische Aufzählung verstanden werden sollten (beides wurde abgelehnt). In verfahrensrechtlicher Hinsicht forderte die Kommission zugleich eine frühere Festlegung als erst nach Ablauf der gesetzlichen Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren („zum Beispiel fünf Jahre nach Beginn der Inhaftierung“), hielt jedoch an einer Zuständigkeit des Strafvollstreckungsgerichts fest. Überzeugend und wohl-durchdacht sind diese Vorschläge nicht.

The category of the particular severity of the convicted person's guilt as the statutory adjustment screw in assessing when a suspended sentence of life imprisonment can be considered at the earliest, conspicuously produces a considerable portion of perplexity: some would prefer to see it deleted without replacement, others interpret it in a way that – especially in relation to special and general preventive aspects – hardly reveals any contours. The Commission of Experts on the Reform of Homicides had voted by a narrow random majority of 8 to 7 votes to maintain it but did not know whether the factors proposed for inclusion in the law – and if so: which – were conclusive or should only be understood as an exemplary list (both options were rejected). From a procedural point of view, the Commission also called for an earlier determination than after the expiry of the statutory minimum period of 15 years (“for example, five years after the commencement of detention”), but at the same

time maintained that the Execution Court should be competent. These proposals are neither convincing nor well-thought-out.

I. Problemaufriss

In der Höhe der angedrohten Strafe bringt der Gesetzgeber um der Gerechtigkeit willen sein Unwerturteil über die mit Strafe bedrohte Tat zum Ausdruck.¹ Dies legt es nahe, für die allerschwersten Taten eine exzeptionelle Strafe vorzusehen. Das BVerfG ist deshalb bis heute nicht der humanistisch-sozialpädagogisch motivierten Grundsatzkritik² an der für Mord und Todeserfolgsqualifizierte Delikte (z.B. §§ 178, 239a, 251, 306c StGB) angeordneten „lebenslangen Freiheitsstrafe“ gefolgt, weil dieser die symbolhafte Botschaft an die Rechtsgemeinschaft inhärent ist, „dass das menschliche Leben ein besonders wertvolles und unersetzliches Rechtsgut ist, das besonderen Schutz [...] verdient“³. Zugleich ist aber einem jeden Straftäter – selbst dem schlimmsten – von Verfassungen wegen ein „Anspruch auf Resozialisierung“ garantiert, so dass ihm auch im Falle einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe „grundsätzlich eine Chance verbleiben muss, je seine Freiheit wiedererlangen zu können“⁴. Diese Chance muss für eine Rechtsgemeinschaft, die ihrem Selbstverständnis nach unverbrüchlich der Idee einer unantastbaren Würde aller Menschen verpflichtet ist,⁵ „konkret und grundsätzlich auch realisierbar“ sein.⁶

Aus diesem Grund sieht das Gesetz mit § 57a StGB⁷ auch für die lebenslange Freiheitsstrafe, obgleich doch nominell eine „absolute“ Strafsanktion, eine Aussetzung zur Bewährung vor. Diese kann allerdings frühestens in Betracht kommen, wenn das für die nächstschwersten Taten vorgesehene Höchstmaß einer zeitigen Freiheitsstrafe (15 Jahre) bereits verbüßt ist und die zwingend erforderliche Gefährlichkeitsprognose günstig ausfällt, so dass eine Aussetzung „unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann“ (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB⁸). Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber aber ebenso dem Umstand Rechnung tragen, dass „auch den Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe Taten sehr

* Der Verfasser ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Georg-August-Universität Göttingen. Der Text geht auf eine Tagung zurück, die sich im Dezember 2018 mit Reformfragen des Sanktionenrechts im deutsch-türkischen Strafrechtsvergleich befasst hat. Der nachfolgende Text ist auch Teil des türkischen Tagungsbandes, der in Kürze unter dem Titel erscheinen wird: Duttge/Ünver (Hrsg.), Grundlagen und aktuelle Herausforderungen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2020.

¹ Zum Zusammenhang von „Strafe“ und „Gerechte-Welt-Glaube“ zuletzt Müller, Vergeltungsstrafe und Gerechtigkeitsforschung, 2019.

² Dazu auch Morgenstern, in: Duttge/Ünver (Fn. *).

³ BVerfGE 45, 187 (257).

⁴ BVerfGE 45, 187 (239); 64, 261 (271 f.); 98, 169 (200); 109, 133 (150 f.).

⁵ Z.B. BVerfGE 98, 169 (200).

⁶ BVerfGE 45, 187 (245); 64, 261 (281).

⁷ Eingefügt durch das 20. StÄG v. 8.12.1981 (BGBl. I, S. 1329).

⁸ Zusätzlich verlangt das Gesetz die Einwilligung des Strafgefangenen.

unterschiedlichen Schweregrades zugrunde liegen können“, womit sich eine „Entlassungsautomatik“ nach Ablauf der 15-Jahresfrist – auch mit Blick auf den exzeptionellen Charakter dieser Höchststrafe – nicht verträgt:⁹ „Mord ist eben nicht gleich Mord“!¹⁰ Da sich hier, innerhalb der höchststrafwürdigen Verbrechen, ein „Mehr an Schuld“ – etwa ein „Massenmord unter widerwärtigsten Begleitumständen“ im Verhältnis zum „Mord an einem einzelnen [Opfer]“¹¹ – im Strafausspruch nicht zum Ausdruck bringen lässt, eröffnet § 57a StGB die Möglichkeit zur Differenzierung wenigstens im Rahmen der Strafvollstreckung.

Das im Folgenden näher zu erörternde Problem besteht jedoch darin, dass eine dahingehende Differenzierung zwischen „besonders schwerer“ und „nicht besonders schwerer Schuld“ – mit dem früheren Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof *Thomas Fischer* – das Bestimmen eines „Bezugspunktes [erfordert], an welchem sich das Gewicht einzelner Umstände messen lässt“¹². Dieser ist aber im Gesetz nicht zu finden und lässt den Rechtsanwender rätseln, wie sich der fiktive Vergleichsmaßstab eines „normalen“ bzw. „für gewöhnlich vorkommenden Mordfalles“¹³ überhaupt ermitteln lassen soll, von dem sich der „besonders schwere“ dann abhebt. Es kommt hinzu, dass sich die Entscheidungsbedürftigkeit letztlich nicht in solcher antagonistischen Kategorisierung erschöpfen kann, sondern die Dauer der Vollstreckung bis zu einer evtl. Aussetzung im Einzelfall konkret festgelegt werden muss. Auch dies lässt sich aber willkürfrei nur mit Hilfe von anerkannten Sachkriterien bewerkstelligen, über die aber weder als solche noch mit Blick auf deren „Wertigkeit“ im Verhältnis zueinander auch nur ansatzweise Klarheit besteht. Weil also das Gesetz einen „Haftaufschlag“ nach Maßgabe einer „nach oben offenen Richterskala“¹⁴ ermöglicht, ist zu befürchten,¹⁵ dass die rechtspraktische Operationalisierung bei der Entscheidung über die Schuldsschwere keinen allgemeingültigen, die Anwendungsgleichheit sichernden Maximen folgt. Dies hat zuletzt den Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer zu der radikalen Forderung nach einer gänzlichen Streichung des § 57a StGB veranlasst,¹⁶ was aber nach Maßgabe der vorerwähnten verfassungsgerichtlichen Vorgaben nur bei gleichzeitiger

Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe vorstellbar wäre. Will man jedoch an dieser symbolträchtigen „Auszeichnung“ höchststrafwürdiger Verbrechen um der sozialpraktischen Orientierung der Rechtsgemeinschaft¹⁷ willen festhalten, bleibt nur die Option, das zentrale Schuldsschwere-Kriterium mit Inhalt zu füllen.

II. Vertiefungen

1. Aktuelle Rechtslage

Die BGH-Rechtsprechung war sich von Beginn an unsicher, ob mit der „besonders schweren Schuld“ des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB das Überschreiten einer „Regelschuld“¹⁸ oder nur mehr einer „Mindestschuld“¹⁹ gemeint ist: Diese Frage ist deshalb von höchster praktischer Relevanz, weil im letzteren Fall eine Strafaussetzung bereits nach 15 Jahren eher als Ausnahme (da im Regelfall „besondere Schuld“), im ersteren Fall hingegen als Regelfall (da zumeist keine „besondere Schuld“) anzusehen wäre.²⁰ Mit Blick auf Wortsinn und Regelungssystematik des Gesetzes sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die Zuschreibung einer „besonders schweren Schuld“ die Ausnahme (und die zeitlich frühere Strafaussetzung die Regel) bildet (weil sie eben als „besondere“ bezeichnet ist und eine gesonderte Feststellung verlangt, dass sie „die weitere Vollstreckung gebietet“); kriminalpolitisch spricht jedoch die Notwendigkeit eines hinreichenden Abstandes zur zeitigen Höchststrafe (bis zu 15 Jahren) und die begriffliche Etikettierung als „lebenslang“ eher dagegen, eine zeitnahe Strafaussetzung für das Gros der Fälle zu akzeptieren.²¹

Der *Große Strafsenat* hat sich im Jahr 1994 überraschend gegen beide Deutungsvorschläge entschieden, weil sich die erforderliche „Gesamtwürdigung“ (§ 57b StGB) angesichts der Verschiedenheit der zu beurteilenden Taten von jedweden „Schematismus“ freihalten müsse: „Die normale, die übliche Mordtat lässt sich [weder empirisch noch normativ] ebenso wenig bestimmen wie die Mordtat mit Mindestschuldgehalt“²². Im Übrigen würden „beide Begriffe [...] zur besseren Rechtsfindung nichts beitragen, weil darüber, wie sie richtig auszufüllen wären, keine Übereinstimmung hergestellt werden könnte; [...] jede

⁹ BT-Drs. 8/3218, S. 5.

¹⁰ Treffend *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 202.

¹¹ BT-Drs. 8/3218, S. 7.

¹² *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 57a Rn. 10.

¹³ Den es nach h.M. nur als Konstrukt und nicht real gibt, siehe z.B. *Czerner*, in: Sächsisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg.), Vollzug für das 21. Jahrhundert, 2018, S. 49, 56 f.

¹⁴ *Kreuzer*, in: FS Katoh, 2008, S. 61 (72); ebenso *ders.*, in: FS Schöch, 2010, S. 495 (500).

¹⁵ Dafür spricht, dass die Aussetzung nach § 57a StGB den praktisch bedeutsamsten Grund für die Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe darstellt, die Verbüßungsdauer in den Bundesländern aber erheblich divergiert: *Dessecker/Hoffmann*, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen, 2019 (<https://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/BM-Online/bm-online16.pdf>), zuletzt abgerufen am 27.1.2020), S. 24, 55: von durchschnittlich (Mittelwert) 15 Jahren (Bremen) bis 28,7 Jahre (Brandenburg).

¹⁶ *Heine/Höpfel* u.a., GA 2008, 193 (207): „Gesamtwürdigung ohne gesetzliche Vorgaben ... mit der Konsequenz richterlicher Beliebigkeit“; zuvor bereits *Kargl*, StraFo 2001, 365 (375); „unkalkulierbares Pendeln zwischen unabdingter Sanktionsdurchsetzung und selektivem Sanktionsverzicht“.

¹⁷ Zur Strafe als Medium der „kommunikativen Orientierung“ näher *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 27 f., 30; auch in: Pawlik (Hrsg.), Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, 2017, S. 5, 24, 27: „kognitive Untermauerung der Normgeltung“; s. auch *Feijoo Sánchez*, in: FS Jakobs, 2007, S. 75 (88 f.).

¹⁸ So insbesondere der 4. Strafsenat, in: NStZ 1993, 235 sowie im Anschluss die Beschlüsse v. 4.5.1993 – 4 StR 468/93 und v. 14.6.1993 – 4 StR 394/93.

¹⁹ So der 1. Strafsenat, in: StV 1993, 244 (Volltext: BeckRS 1993, 31086432) und NStZ 1994, 540 f.

²⁰ Zu diesem essentiellen kriminalpolitischen Hintergrund dieses Interpretationsproblems bereits *Heine*, in: FG Brauneck 1999, S. 315 (321).

²¹ Gegen eine „inflationäre Anwendung“ *Dünkel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2007), § 57a Rn. 12; zur „kriminalpolitischen Schwäche“ des „Mindestschuld“-Ansatzes bereits *Streng*, JZ 1995, 556 (560).

²² BGHSt 40, 360 = NStZ 1995, 122 (123) (Klammerzusatz durch G.D.).

dieser Formeln [ließe] einen breiten Beurteilungsspielraum, der kein erhöhtes Maß an Berechenbarkeit und gleicher Rechtsfindung gewährleiste“²³. Deshalb habe der „Tatrichter ohne Bindung an begriffliche Vorgaben die schuldrelevanten Umstände zu ermitteln und zu gewichten“ und im Anschluss „im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit die Schuld daraufhin zu bewerten, ob sie nach seiner Auffassung besonders schwer ist“²⁴. Die relevanten schuldschweren Umstände müssen dabei von Gewicht sein: „Solche Umstände können beispielsweise eine besondere Verwerflichkeit der Tatausführung oder der Motive, mehrere Opfer bei einer Tat, die Begehung mehrerer Mordtaten oder – im oder ohne Zusammenhang mit dem Mord begangene – weitere schwere Straftaten sein“²⁵. Auch die Verwirklichung von mehr als einem Mordmerkmal *kann* – wenngleich nicht im Sinne eines Automatismus – die besondere Schuldschwere begründen.²⁶ Die Folgen der Tat für weitere Tatopfer lassen sich nach dem jüngsten Judikat jedoch allenfalls dann berücksichtigen, wenn sie für den Täter ihrer Art und ihrem Gewicht nach voraussehbar waren und verglichen mit den evtl. mildernden Umständen „hinreichend gewichtig“ sind.²⁷

Es liegt auf der Hand, dass ein solches Delegieren an den Tatrichter mit der Erlaubnis zum maßstabslos-beliebigen wie unkontrollierten²⁸ Judizieren kraft eigener „gesamtwürdigender“ Intuition in letzter Konsequenz die Rationalität und Anwendungsgleichheit preisgibt. Das wissenschaftliche Schrifttum spricht daher mit Recht von einer „unstrukturierten“, der Logik widersprechenden Weise der „Rechtsfindung“,²⁹ einem „willkürlichen Messen ohne Maß“³⁰, einer Abtretung an das „Rechtsgefühl des Revisionsrichters“³¹ und einer „tautologischen Pirouette“³²; in der Tat lässt diese Wegweisung „im Dämmerlicht der Gesamtwürdigung kaum einen Gewinn an Verrechtlichung gegenüber der Begnadigungspraxis vor Einführung des § 57a [StGB] erkennen“³³. Vor diesem Hintergrund kann es dann nicht mehr verwundern, wenn sogar das straffreie, „sozialadäquate Leben“ eines Täters über einen Zeitraum von mehr als 20 Jahren nach Tatbegehung als relevantes Momentum der – hier fehlenden – „Schuldschwere“ angesehen worden ist.³⁴ Dabei liegt doch geradezu auf der Hand, dass die „Schuld“ nach § 57a StGB keine andere sein kann als jene, die nach der allgemeinen Regelung des § 46 Abs. 1 StGB generell als

„Grundlage der Strafzumessung“ gilt; diese wiederum bezieht sich aber allein auf die Unrechtstat, auch wenn für die mit „lebenslanger Freiheitsstrafe“ bedrohten Delikte nach dem Willen des Gesetzgebers keinerlei Differenzierung im Strafausspruch des Urteils möglich ist. Das *BVerfG* spricht daher folgerichtig auch im hiesigen Kontext der Schuldschwereklausel von einer „tatbezogenen Gewichtung von Schuld“³⁵; damit können tatferne Gesichtspunkte wie etwa ein langes straffreies Leben allein für die Sozialprognose (vgl. auch § 57a Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 2 StGB: „Wirkungen [...], die von der Aussetzung zu erwarten sind“) bedeutsam sein, haben aber mit der „Schuldschwere“ (noch einmal: der Tat!) nichts zu tun.³⁶ Dass sich zu einem späteren Zeitpunkt der bewertende Blick auf die Tat verändern kann,³⁷ ist ein Umstand, der sich zwar niemals ausschließen, aber auch bei der großen Masse an Verurteilungen zu Strafen unterhalb der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht berücksichtigen lässt.

2. Methodische und inhaltliche Annäherungen

Ausgangspunkt einer jeden Rechtsinterpretation ist das Gesetz: Wenn § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB die Strafaussetzung zur Bewährung von einer „besonders schweren“ Schuld des Täters abhängig macht, dann muss es denknötig – innerhalb des Kreises höchststrafwürdiger Verbrechen – auch Tatbegehungsweisen geben, in denen sich zwar eine „schwere“, aber keine „besonders schwere“ Schuld manifestiert. Gegen eine i.d.S. „komparative Dimension“³⁸ der Schuld lässt sich nicht einwenden, dass der Gesetzgeber doch bei Delikten mit zwingender Strafanordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe eine differenzierende, einzelfallbezogene Strafzumessung gerade ausgeschlossen hat, so dass die Grundsätze des § 46 StGB nicht ohne Selbstwiderspruch später bei der Aussetzungsentcheidung herangezogen werden können, um die mit der Verurteilung ausgesprochene „absolute“ Rechtsfolge zu relativieren.³⁹ Vielmehr ist § 57a StGB doch gerade Resultat der Einsicht, dass es auch in der Gruppe der Mordtaten kein punktgenau gleiches Maß an tatbezogener Schuld gibt, so dass gerade mit Rücksicht auf das verfassungsrechtlich verankerte Schuldprinzip differenziert werden muss. Wenn das Gesetz dabei gleichwohl an einer Kennzeichnung der Unrechtsschwere mit dem Etikett „le-

²³ BGH, NStZ 1995, 122 (123 f.).

²⁴ BGH, NStZ 1995, 122 (124); seither st. Rspr. vgl. BGHSt 41, 57 (62); 61, 193 (195); NStZ-RR 2019, 342 f.: „umfassende Gesamtwürdigung“.

²⁵ BGH, NStZ 1995, 122 (124), NStZ-RR 2018, 320 (322).

²⁶ Vgl. BGH, NStZ 2014, 212; 2019, 518 (520) m. Anm. Grünwald.

²⁷ Siehe BGH, NStZ-RR 2019, 342 (343).

²⁸ Nach ständiger Rspr. ist die tatrichterliche Erkenntnis nur daraufhin revisionsgerichtlich überprüfbar, dass keine wesentlichen Aspekte übersehen oder zu Unrecht einbezogen worden sind, vgl. zuletzt BGH, NStZ 2019, 202: „Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der tatrichterlichen Wertung eine ins einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt“.

²⁹ Heger, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 57a Rn. 3a.

³⁰ Bereits Duttge, in: FS Eisenberg, 2009, S. 271 (280).

³¹ Schall, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2016), § 57a Rn. 9.

³² Kinzig/Steinhilber, in: Pollähne/Rode (Hrsg.), Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, S. 43 (54).

³³ Heine, in: FG Brauneck, 1999, S. 315 (321); ebenso Krümpelmann, NStZ 1995, 337 (339): „Eines der wichtigsten Ziele der Verrechtlichung der Begnadigungspraxis [...] ist damit verfehlt“.

³⁴ So BGH, NStZ-RR 2008, 138 (Ls) = BeckRS 2008, 07343.

³⁵ BVerfGE 86, 288 (322) – zu der damit verknüpften Frage nach der gerichtlichen Zuständigkeit und Entscheidungskompetenz näher im Text unter Ziff. 3.

³⁶ Bereits Duttge, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat. 15. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 1, 14.

³⁷ So die Argumentation bei Kett-Straub (Fn. 10), S. 217 f. zugunsten einer Berücksichtigung auch des Vor- und Nachtatverhaltens.

³⁸ Strenge, JZ 1995, 556 (558).

³⁹ So Bundesverfassungsrichter Mahrenholz in seinem abweichenden Votum zu BVerfGE 86, 288 ff., in: BVerfGE 86, 340 (342).

benslang“ festhält, dann mag das bei oberflächlicher Betrachtung als „Etikettenschwindel“⁴⁰ erscheinen; eine seriöse Gesetzesinterpretation muss jedoch stets § 211 und § 57a StGB zusammenlesen – und wird dann unschwer feststellen, dass diese Etikettierung der schwersten Straftat(en) nach dem Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers nicht wörtlich verstanden werden darf.

Soll die „besonders schwere“ von der nicht besonders „schweren“ Schuld abgehoben werden, bedarf es – entgegen der irreführenden Ansicht des *Großen Strafsenats*⁴¹ – logisch zwingend eines diesem Vergleich vorausliegenden Ankerpunktes.⁴² Das *BVerfG* hat insoweit betont, dass bereits die umgangssprachliche, aber auch die strafrechtliche Bedeutung (ausweislich der „besonders schweren Fälle“, § 12 Abs. 3 StGB)⁴³ das „Besondere“ stets als etwas begreift, „das über das Normale, das Übliche [...] hinausgeht“⁴⁴. Die Abweichung muss signifikant sein, aber mitnichten „weit“⁴⁵ hinausragen: Solches vermag weder in sprachlicher noch in sachlicher Hinsicht zu überzeugen, weil die Fortsetzung der Strafvollstreckung nach 15 Jahren sonst zur lebensfernen Anomalie würde. Zudem will das Gesetz die Brandbreite unterschiedlicher Verschuldensgrade gerade zur Geltung bringen, was eine pauschalisierende, flächendeckende Aussetzung nach Ablauf der Mindestverbüßungsdauer vereiteln würde.⁴⁶ Dessen ungeachtet charakterisiert aber die gesetzliche Vorgabe, wonach die besondere Schuld die weitere Vollstreckung „gebieten“ müsse, die Nichtaussetzung als begründungsbedürftige Ausnahme (inzwischen h.M.); das wird im Übrigen auch noch durch die spezifische Negativ-Formulierung des Gesetzes unterstrichen, wonach das Gericht die Vollstreckung aussetzt, „sofern nicht“ manifeste Hinderungsgründe – darunter u.a. auch die besondere Schuldschwere – dem entgegenstehen.⁴⁷

In diesem Lichte wird klarer, dass der einzig plausible Bezugspunkt der „Schuldschwere“-Bemessung nur die Verwirklichung desjenigen Straftatbestandes sein kann, der überhaupt erst (wie z.B. § 211 StGB)⁴⁸ die Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe rechtfertigt.⁴⁹ Das signifikante „Mehr“ an Schuldschwere liegt also immer dann vor, wenn im konkreten Fall unrechts- und schuldrelevante

Umstände „von Gewicht“ eliminiert werden könnten, ohne dass dadurch die deliktische Höchststrafwürdigkeit (mit der Rechtsfolge „lebenslang“) zweifelhaft wird. Soweit hiergegen eingewandt wird, dass sich dann „fast bei jedem zu beurteilenden Fall die deutlich leichtere Fallgestaltung imaginieren [lasse] und damit [fast immer] die besonders schwere Schuld erkannt“ sei,⁵⁰ so verkennt dies zweierlei: Erstens muss die Mindestgrenze zur Feststellung der Höchststrafwürdigkeit natürlich ernst genommen werden (und hat die *BGH*-Rechtsprechung zu den Mordmerkmalen hier noch immer einiges nachzubessern!)⁵¹, und es bedarf zweitens solcher zur Standardwertung⁵² hinzukommender Umstände, die für die normative Einschätzung des Schuldgehalts von mehr als bloß unwesentlicher Bedeutung sind. Dafür sind jedoch allein normative Gesichtspunkte maßgeblich, nicht etwa der statistische Durchschnitt der rechtstatsächlich vorkommenden Fälle.⁵³ Wie schon der Kriminologe *Franz Streng* überzeugend dargetan hat, eröffnet die mehr oder minder zufällige Häufigkeit einer bestimmten Deliktsverwirklichung keinen plausiblen Schluss auf deren Unrechtschwere, gemessen an der Skala abstrakt-generell denkbarer Ausprägungen;⁵⁴ im Übrigen müsste bei häufigerem Aufkommen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit ansonsten selbst dann eine Erhöhung des „Standard-Schuld“-Maßes akzeptiert werden, wenn sich die Schuldbewertung aus normativer Perspektive gar nicht verändert hätte.

Auf dieser normativen Grundlage hat sich in der bisherigen Debatte – im Nachgang zu dem schon eingangs erwähnten Beschluss des *Großen Strafsenats*⁵⁵ und zuletzt im Rahmen der eigens zur Reform der Tötungsdelikte eingesetzten Expertenkommission⁵⁶ – ein Kernbestand von relevanten Faktoren herauskristallisiert. Hierzu zählen insbesondere:

- die Zahl der Tat- (d.h. in der Regel: Tötungs-)Opfer
- eine besondere Intensität (z.B. „Brutalität“) der Tatausführung⁵⁷
- verwerfliche Motive („verbrecherische Gesinnung“) bei der Tatausführung,⁵⁸ soweit diese „Verwerflichkeit“ (auch) nach den Wertungen der Rechtsordnung (und nicht allein nach außerrechtlichen Moralvorstellungen) begründbar ist⁵⁹

⁴⁰ *Steinhilber*, Mord und Lebenslang. Aktuelle Probleme und Vorschläge für die überfällige Reform, 2012, S. 142; *T. Walter*, *NStZ* 2014, 368 (372).

⁴¹ Oben Fn. 22.

⁴² Zutr. *Kintzi/Steinhilber*, in: Pollähne/Rode (Hrsg.), Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, S. 43 (55).

⁴³ Z.B. §§ 212 Abs. 2, 218 Abs. 2, 240 Abs. 4, 243, 253 Abs. 4, 263 Abs. 3, 267 Abs. 3 StGB.

⁴⁴ *BVerfGE* 86, 288 (314).

⁴⁵ So aber *BVerfG* (ebd.); ebenso *Kett-Straub* (Fn. 10), S. 246; *Krumpelmann*, *NStZ* 1995, 337 (339): beschränkt auf „schweren Evidenzfall“; *Stree*, *NStZ* 1983, 289 (290): „erst bei erheblicher Schuldsteigerung“; dagegen zutr. *Foth*, *NStZ* 1993, 368 (369): „Was nicht üblich oder gewöhnlich ist, ist »besonders«, ohne dass zwischen dem Üblichen und dem Besonderen ein großer Abstand bestehen müsste“.

⁴⁶ Vgl. *Kunert*, *NStZ* 1982, 510.

⁴⁷ Zutreffend *Streng*, *JZ* 1995, 556 (558); zuvor bereits *Revel*, Anwendungsprobleme der Schuldschwereklausele des § 57a StGB, 1989, S. 53.

⁴⁸ Die weitaus meisten Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe ergeben in Mordfällen: siehe näher *Dessecker/Hoffmann* (Fn. 15), S. 14 f.

⁴⁹ In diesem Sinne bereits der Vorschlag des Deutschen Richterbundes, vgl. *Kintzi*, *DRiZ* 1993, 341 (344).

⁵⁰ So *Krumpelmann*, *NStZ* 1995, 337 (338).

⁵¹ Statt vieler nur *Kargl*, *StraFo* 2001, 365 ff.

⁵² Vgl. *Streng*, *JZ* 1995, 556 (560): Orientierung an Deliktsverwirklichungen, die vom Urteilenden in der Schwere auf die Mindestverbüßungsdauer standardisiert sind“.

⁵³ In diesem Sinne aber wohl *Schall*, in: *SK-StGB*, 9. Aufl. (2016), § 57a Rn. 9: „statistisch belegbar bzw. mit praktischer Erfahrung begründbar“.

⁵⁴ *Streng*, *JZ* 1995, 556 (558 f.).

⁵⁵ Oben Fn. 25.

⁵⁶ Zum Abschlussbericht von Juni 2015 siehe https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/06292015_Expertengruppe_Toetung_sdelikte.html (abgerufen am 27.1.2020).

⁵⁷ *BGH*, *NStZ* 2019, 202 f.

⁵⁸ *Fischer*, *StGB*, § 57a Rn. 11; *Hubrach*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. (2008), § 57a Rn. 15.

⁵⁹ Dazu näher *Revel* (Fn. 47), S. 80 ff.

- die Zahl an tateinheitlich oder tatmehrheitlich (vgl. § 57b StGB) zusammentreffenden Taten⁶⁰ bis hin zu einer Tatserie (wie im NSU-Verfahren)
- die evtl. Mitverwirklichung anderer Deliktstatbestände (sofern deren Unrechtskern nicht vollständig in jenem Zentraldelikt enthalten ist, welches eine lebenslange Freiheitsstrafe androht)
- im Kontext des § 211 StGB: die Anzahl der verwirklichten Mordmerkmale⁶¹

Darüber hinaus finden sich jedoch in Rechtsprechung und Lehre üblicherweise auch noch weitere Aspekte benannt, die aber den Rahmen der „Tatschuld“ evident sprengen; an früherer Stelle wurde bereits das sozialadäquate Leben im Nachgang zur Tatbegehung über einen längeren oder langen Zeitraum hinweg genannt.⁶² Nicht anders liegt es mit einem destruktiven Nachtatverhalten wie etwa der nachfolgenden konfrontativen Verteidigung im Strafverfahren, selbst wenn diese „die Grenzen angemessener Verteidigung überschreitet und Rückschlüsse auf eine rechtsfeindliche Gesinnung zulässt“⁶³. Denn die Kategorie der „Schuld“ bildet kein Auffangbecken für die Sanktionierung tatfernen Fehlverhaltens, sondern ist denknotwendig auf das abzuurteilende konkrete Tatumrecht bezogen. Was der Täter in seinem früheren Leben (Vorstrafen!) oder nach Abschluss des Tatgeschehens (z.B. Wiedergutmachung, Reue!) getan hat, ist zwar durchaus ein strafzumessungsrelevantes Faktum: Es beeinflusst die Einschätzung über das spezialpräventive Strafbedürfnis, verändert aber nicht die tatbezogene Schuld, sofern sich nicht ein Einfluss auf das abzuurteilende Tatumrecht tatsächlich nachweisen lässt.⁶⁴ Die gegenteilige Rechtsprechung und Lehre fußt demgegenüber auf einer Indizkonstruktion, die behauptet, dass Vor- und Nachtatverhalten hinreichend verlässliche Rückschlüsse auf die „rechtsfeindliche“ oder (prinzipiell) „rechtstreue“ Einstellung des Täters bei Tatbegehung erlaube.⁶⁵ Die dafür implizit in Anspruch genommenen Gesetzmäßigkeiten liegen aber im Dunkeln, sind empirisch gänzlich ungesichert und bleiben dadurch, dass sie nicht explizit gemacht werden, von vornherein diffus. Zudem verfehlt ein solches „Rückschlussmodell“ bereits in seiner theoretischen Konstruktion sein Beweisziel, weil sich die Einstellungen des Täters jederzeit wandeln, mithin der Entschluss zur Um- und Rückkehr in die Legalität auch erst einige Zeit nach Tatbegehung erstmals gefasst werden kann, ohne dass jenes Modell in der Lage wäre, diese Situation gegenüber einer

tatrelevanten „tätigen Reue“ (§§ 306e, 314a StGB) zu differenzieren.⁶⁶

Ohne jeden Zweifel sind solche generellen Haltungsänderungen unter Präventionsaspekten bedeutsam, besagen aber nichts über das Ausmaß des schuldhaft begangenen Rechtsbruchs, den zu ahnen genuine Aufgabe des Strafrechts ist.⁶⁷ Das zeigt sich besonders deutlich, wenn – mit dem Heidelberger Strafrechtswissenschaftler *Dieter Dölling* – dezidiert zwischen dem Handlungs- und dem Erfolgsunwert des begangenen Unrechts differenziert wird:⁶⁸ Denn auf die Verhaltenskomponente – nach §§ 8, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB wie auch normentheoretisch der zentrale Bezugspunkt strafatbestandlicher Relevanz – kann sich ein Nachtatverhalten per se nicht auswirken, und auch die Erfolgskompetente dürfte im Regelfall mit Vollendung bzw. Beendigung der Tat unverrückbar festliegen, seltene Fälle etwa im Körperverletzungsbereich bei nachträglichen Komplikationen oder gar späterer Todesfolge (§ 227 StGB) ausgenommen. Hier kann im Einzelfall das spätere Geschehen auf die Schwere des Tatumrechts zurückwirken (ebenso wie sich dieselbe rechtsfeindliche Gesinnung, die zu Vorstrafen geführt hat, auch in der aktuellen Straftat manifestieren kann); stets muss dieser Wirkzusammenhang aber anhand konkreter Tatsachen festgestellt und darf nicht sachverhaltsfern laienpsychologisch fingiert werden. Wenn dies aber schon für die allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze des § 46 StGB Geltung beansprucht, kann es für die ausdrücklich nach Schuld- und Präventionsaspekten differenzierende Regelung des § 57a StGB (siehe einerseits Abs. 1 S. 1 Nr. 2, andererseits Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 Nr. 2) nicht anders liegen.

Das noch viel bedeutsamere Kernproblem des geltenden Rechts liegt jedoch darin begründet, dass die methodologische Dimension der Aufgabe einer Konkretisierung der „besonderen Schuldschwere“ bislang sträflich übersehen wird. Einzig bei *Streng* tritt sie andeutungsweise in Erscheinung, wenn dieser von einem „komparativen Modell“ spricht:⁶⁹ In der Tat lässt sich die „lex continui“ des Rechtslebens⁷⁰ (hier: des verübten Unrechts) nicht nach Maßgabe der klassisch-aristotelischen Trennungslogik qua Deduktion und schematischer Klassifizierung erfassen, sondern nur im Wege einer „komparativ-anschaulichen Abstraktion“⁷¹. Eben dies leistet der sog. Typusbegriff, der die Sinneinheit des jeweiligen (Rechts-)Begriffs

⁶⁰ Hierauf im Schwerpunkt abstellend *Kett-Straub* (Fn. 10), S. 250 ff.: „Kumulationsmodell“.

⁶¹ Siehe *BGH*, NStZ-RR 1999, 235 (236); aber auch *BGH*, NStZ 2009, 203 (204): „Das Zusammentreffen zweier Mordmerkmale führt nicht schematisch zur Bejahung der besonderen Schuldschwere, sondern nur dann, wenn das weitere Merkmal im konkreten Fall schulderhöhende Umstände aufzeigt“.

⁶² Oben bei Fn 34 ff.

⁶³ Für beachtlich hält dies jedoch *BGH*, NStZ 2014, 511 f.

⁶⁴ Wie hier zuletzt grds. auch *Weingärtner*, Die Schuldschwereklausel nach § 57a Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 StGB ..., 2017, S. 117 ff., allerdings eine Ausnahme anerkennend für den Fall der „tatverarbeitenden, konkret bekundeten Unrechtseinsicht“.

⁶⁵ Z.B. BGHSt 1, 105 f.; *BGH*, StV 1983, 102; NStZ 1985, 545; ausf. *Brunns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. (1974), S. 591 ff.; zurückhaltender jedoch bei nachteiligen Schlüssen BGHSt 43, 195 (209).

⁶⁶ Bereits *Frisch*, in: FG BGH aus der Wissenschaft, Bd. IV, 1990, S. 269 (293), der zutreffend herausstellt, dass der herkömmliche Schuldbegriff zur Einbeziehung des Nachtatverhaltens ungeeignet ist.

⁶⁷ Zum unhintergehbaren Missbilligungscharakter der Strafe insbes. *Kühl*, in: FS Eser, 2005, S. 149 (153).

⁶⁸ *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. (2014), § 63 Rn. 50 ff.; ausführlich *Dölling*, in: FS Frisch, 2013, S. 1181 ff.

⁶⁹ JZ 1995, 556 (560): *Streng* deutet allerdings mit sehr viel Wohlwollen den Beschluss des *Großen Strafsenats* in diesem Sinne, der sich einer näheren methodologischen Klärung aber gerade verweigert hat.

⁷⁰ *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. (1968), S. 242.

⁷¹ *Maier*, Philosophie der Wirklichkeit, 1935, Bd. I, S. 206 ff., Bd. III, S. 312 ff.

in seine prägenden „Momente“⁷² ausdifferenziert, so dass mit Hilfe eines daraus hervorgehenden „Merkmalsprofils“⁷³ ähnlich den Grundmustern eines Fingerabdrucks die größere oder geringere Nähe zur (normativ) idealen Ausprägung lebensadäquat sichtbar wird.⁷⁴ Inwieweit diese „Merkmalsausprägungen“ genügen, noch als dem begrifflichen Anwendungsfeld zugehörig angesehen zu werden, und auf welchem Merkmalsniveau der unausweichliche „klassifikatorische Schnitt“⁷⁵ zu ziehen ist, entscheidet sich nach der Vorgabe des Rechts (zumeist: des Gesetzes). Denn die leitende Wegweisung und Orientierung im begrifflichen Verständnis ist bei Rechtsbegriffen stets eine normative.⁷⁶ Zugleich ist die im Typusbegriff liegende Abstraktion stets eine solche, die gerade nicht – streng kantisch – der Anschauung entgegengesetzt, sondern die trotz der sie im Ausgangspunkt prägenden (normativ geleiteten) Verallgemeinerung immerfort bestrebt ist, die der Anschauung immanente „Ganzheit“⁷⁷ des Lebens in ihren (rechtsrelevanten) Strukturen zu bewahren.

Sogleich mit Bezug auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB verlangt die Konkretisierungsaufgabe daher dreierlei: erstens eine systematisch kohärente Konturierung des normativen Kerngehalts (hier also des spezifisch gesteigerten Schuldbegriffs), zweitens ein Erfassen und Ausbreiten sämtlicher (!) im Lichte dieser Grundorientierung bedeutsamen Faktoren („Ausprägungen“), die diesen Begriff maßgeblich prägen, und schließlich drittens eine Grenzziehung, welche Intensität die jeweiligen „Falldimensionen“ bei einer Gesamtschau aller (gleich- oder evtl. auch ungleichwertigen) Ausprägungen mindestens aufweisen müssen, um die normativen Anforderungen („Wertigkeit“) zu erfüllen. Alle drei analytischen Schritte sind Gegenstand der wissenschaftlichen Modellbildung, die aber ihre Lebensnähe und Anschaulichkeit erst durch den in der Gesamtheit von Präjudizien gebündelten „Rechtsethos“ erfährt.⁷⁸ Denn in diesen sucht die Rechtspraxis case to case stets aufs neue, den übergreifenden Rechtsbegriff in seiner einzelfallspezifischen Dimension mittels induktiver Inspiration durch normative Aussagen auf mittlerer Abstraktionsebene zu konkretisieren und damit in seinem Bedeutungsgehalt in toto differenziert begreifbar zu machen. Für den hiesigen thematischen Kontext findet sich die Essenz der Summe an Rechtsprechungsfällen und dogmatisierenden Kondensaten in den juristischen Kommentaren bereits in der vorstehenden Auflistung der relevanten „Faktoren“, die prima vista alle gleichermaßen (d.h. ohne generelle Abstufung ihrer normativen Relevanz) die Unrechts- und

Schuldschwere beeinflussen. Die weitere normative Festlegung, dass es zwischen der „besonderen“ und der „nicht besonderen“ Schuldschwere eines signifikanten (aber keines „weiten“) Abstandes bedarf,⁷⁹ verlangt eine klare Abweichung vom „Standard“, die sich aber auch nur in einer einzigen Merkmalsausprägung – sofern von hinreichendem Gewicht – zeigen kann (mehrere Tote eines ansonsten „normalen“ Mordfalles). Die nähere Grenzziehung wird man vom Ergebnis einer detaillierteren Analyse der bisherigen Fälle und Judikate abhängig machen müssen.

3. Eine „halbe Schwurgerichtslösung“?

Für das Bemessungsproblem nicht weniger bedeutsam ist jedoch zugleich die Frage nach der Entscheidungszuständigkeit. Hierzu hat das BVerfG überzeugend dargetan, dass die zuvor gesetzlich vorgesehene Zuordnung auch der Feststellung der Schuldschwere an die Strafvollstreckungskammer (§ 462a Abs. 1 StPO) sachwidrig und überdies unvereinbar ist mit dem Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren.⁸⁰ Denn das Vollstreckungsgericht ist gar nicht imstande, (mindestens 15) Jahre später nach Abschluss des tatgerichtlichen Verfahrens mit eigenen Mitteln (in einem Verfahren ohne mündliche Verhandlung, § 454 Abs. 1 S. 1 StPO) die notwendigen tat- und täterbezogenen Schuldfeststellungen zu treffen – mehr noch: Eben diese waren doch bereits Befassungsgegenstand des Tatgerichts bei der Aburteilung des Straftäters. Weil die letztendliche Aussetzungsentscheidung jedoch – unter Einbeziehung der Präventionsaspekte („Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit“, „Auswirkungen“ einer evtl. Strafaussetzung auf die Täterperson) – naturgemäß nur von der Strafvollstreckungskammer im näheren Vorfeld einer möglichen (vorzeitigen) Haftentlassung getroffen werden kann, hat das BVerfG zur Frage der besonderen Schuldschwere eine „Arbeitsteilung“ zwischen Schwurgericht und Strafvollstreckungskammer etabliert: „Das Schwurgericht hat umfassende Strafzumessungsfeststellungen vorzunehmen [und] trifft dennoch nur die im Grunde inhaltsarme Entscheidung, ob eine besonders schwere Schuld vorliegt oder nicht; erst Jahre später entnimmt die Strafvollstreckungskammer sodann dem Schwurgerichtsurteil die Tatsachengrundlage für die endgültige Festlegung der durch die besonders schwere Schuld gebotenen Haftzeit, die der Verurteilte noch verbüßen muss“⁸¹.

Bei näherer Betrachtung wird dadurch aber die skizzierte Problematik keineswegs gelöst: Denn es bleibt der Strafvollstreckungskammer weiterhin überantwortet, die

⁷² Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, in: Moldenhauer/Michel (Redaktion), Werke, Bd. 7, 5. Aufl. (1996), § 164.

⁷³ Grundlegend Kühlen, in: Herberger/Neumann/Rüßmann (Hrsg.), Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken, ARSP-Beiheft 45 (1992), S. 101 ff.

⁷⁴ Hierzu ausführlicher bereits Duttge, in: Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 11 (2003), S. 103 ff. (m.w.N.).

⁷⁵ Kühlen (Fn. 72), S. 101, 120.

⁷⁶ Zu Recht hervorgehoben bei Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 469.

⁷⁷ Heyde, Studium Generale 5 (1952), 235 (237).

⁷⁸ Wie hier bereits Zippelius, NJW 1967, 2229 (2231); sowie in: FS Engisch, 1969, S. 224 (236).

⁷⁹ Oben bei Fn. 45.

⁸⁰ Im Einzelnen BVerfGE 86, 288 (315 ff.), insbes. (319): „Aus dem Prozessgrundrecht auf ein faires ... Verfahren [...] ergeben sich Mindestanforderungen für eine Verfahrensregelung, die eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht nur im prozessualen Hauptverfahren, sondern auch für die im Vollstreckungsverfahren zu treffenden Entscheidungen gewährleistet. [...] Ein rechtsstaatliches Verfahren muss gewährleisten, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht.“

⁸¹ Stark, JZ 1994, 189.

schuldbezogene Beurteilung ohne eigene Tatsachenkenntnis und Beweisaufnahme allein durch Aktenstudium vorzunehmen, sobald entschieden werden muss, was das generelle Diktum der „besonders schweren Schuld“ im konkreten Fall bedeutet – welches konkrete Strafmaß diese besondere Schuld also im verfahrensgegenständlichen Fall mindestens erfordert. Eine Festlegung des Strafmaßes schließt sich sonst stets unmittelbar der Feststellung strafrechtlich relevanter Schuld an, wird hier jedoch (15) Jahre auf- und einem Gericht zugeschoben, das dafür seiner allgemeinen Funktion nach überhaupt nicht prädestiniert ist.⁸² De facto erschöpft sich die Relevanz der schwurgerichtlichen Feststellung einer besonderen Schuldschwere somit darin, „dass das Strafvollstreckungsgericht eine bessere Beurteilungsgrundlage für seine Abwägung erhält“⁸³; dann aber ist der tatgerichtlichen Beurteilung ihre weitgehende Folgenlosigkeit eingeschrieben und entpuppt sich diese „kastrierte Schwurgerichtslösung“ nur als überflüssige Verkomplizierung des Verfahrens.⁸⁴ Wenn später die Strafvollstreckungskammer die konkrete Haftdauer auf Basis einer eigenen Schuldbewertung unter gleichzeitiger Einbeziehung auch der präventiven Gesichtspunkte vornehmen muss, so kann dies überdies leicht in eine diffuse „Gesamtwürdigung“ münden, in der die spezifische Schuldfrage als eigenständige Kategorie der Strafzumessung unsichtbar wird: Dabei hat doch der Gesetzgeber die individuelle Schuldschwere ausdrücklich als eigenständiges Erfordernis vorgesehen.⁸⁵ Nicht zuletzt bildet aber vor allem auch die dem Verurteilten über viele Jahr hinweg zugemutete Ungewissheit über das konkrete Mindestmaß seiner verwirklichten „Schuld“ ein zentrales Argument dafür, dem Tatgericht im Lichte der menschenrechtlichen Humanität de lege ferenda auch die Festlegung der im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Mindestverbüßungsdauer zu überantworten – und diese selbstredend dem Verurteilten auch schon zu Haftbeginn (und nicht erst zum Zeitpunkt der strafvollstreckungsgerichtlichen Entscheidung) offenzulegen.⁸⁶ Dies hätte im Übrigen auch einige Vorzüge für eine bessere Organisation und Strukturierung des Vollzuges, dessen Aussetzung zur Bewährung sorgsam und vorausschauend vorbereitet werden muss.⁸⁷

Die gegen eine solche Neugestaltung der gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung bis heute geltend gemachten Bedenken greifen nicht durch: Zum einen wird angeführt, dass sich die persönliche Entwicklung des Verurteilten insbesondere in Bezug auf die Verarbeitung des schuldhaft begangenen Verbrechens positiv gestalten und Anlass

zu einer „belohnenden“ Berücksichtigung geben könnte, was jedoch erst die Strafvollstreckungskammer zum späteren Zeitpunkt beurteilen könne.⁸⁸ In der Tat sollte sich ein Wandel der Täterpersönlichkeit hin zur stärkeren Rechtstreue und sozialen Integration i.S. einer günstigeren Entlassungsperspektive auswirken; dies betrifft jedoch sachlich wie rechtlich nicht die Schuldschwereklausel, sondern die Frage des sozial- und generalpräventiv bedeutsamen Resozialisierungsfortschritts, auf dessen Grundlage zu entscheiden ist, ob eine vorzeitige Strafaussetzung „verantwortet werden kann“ (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB). Zum zweiten wird der Sorge Ausdruck verliehen, dass die Schwurgerichte unter dem frischen Eindruck der Tat und der Beweisaufnahme die Vollstreckungsdauer mit übermäßiger Strenge festlegen könnten, wohingegen die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer aufgrund der zeitlichen Distanz rein sachbezogen und ohne verfälschende Emotionen erfolgen könne. Dieses Misstrauen ist jedoch völlig unbegründet und würde im Übrigen auch die große Vielzahl der mit zeitiger Freiheitsstrafe und sofortiger Strafmaßfestsetzung endenden Strafverfahren als irrationales Geschehen jenseits der „rule of law“ diskreditieren. Das Gegenteil ist richtig: Wenn erst die Strafvollstreckungskammer über das konkrete Schuldmaß zu entscheiden hat, besteht unter dem Eindruck der – tatfernen – Vollzugsergebnisse die weit lebensnähere Gefahr einer gesetzeswidrigen Verfälschung und Nivellierung.

Der eigentliche Grund für die fortbestehenden Vorbehalte ist die Annahme, dass mit einer Festlegung der konkreten Mindestverbüßungsdauer bereits durch das Tatgericht zwangsläufig der lebenslangen Freiheitsstrafe der „Todesstoß“ versetzt und diese – gesetzeswidrig und ungeachtet ihrer nominelle Erwähnung in den einschlägigen Straftatbeständen – durch eine zeitige Freiheitsstrafe ersetzt werde.⁸⁹ Das ist schon deshalb nicht zutreffend, weil die tatsächliche Strafverbüßungsdauer noch immer eine lebenslange sein kann, sofern nämlich die Strafvollstreckungskammer aufgrund einer fortbestehenden Gefährlichkeit des Verurteilten oder wegen dessen fehlender Einwilligung (vgl. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB) eine vorzeitige Strafaussetzung dauerhaft verweigert.⁹⁰ Dabei liegt der Anteil an verweigten Einwilligungen in der Praxis erstaunlich hoch, was aber wohl vor allem dadurch bedingt sein dürfte, dass die Inhaftierten bei sich abzeichnender Ablehnung ihres Entlassungsantrages durch selbstgewählten Rückzug einer förmlichen Ablehnung entgehen wollen.⁹¹ Wenn es aber

⁸² Bereits Müller-Dietz, StV 1983, 162 (164).

⁸³ Abweichende Meinung des Bundesverfassungsrichters Winter, in: BVerfGE 88, 355 (365).

⁸⁴ So bereits Duttge, in: FS Eisenberg, 2005, S. 271 (279).

⁸⁵ Dagegen spricht auch nicht der gesetzgeberische Zusatz des „Gebietens“: Ganz im Gegenteil zeigt diese Gesetzesfassung gerade, dass die Entscheidung über das Erfordernis der Nr. 2 von § 57a Abs. 1 S. 1 StGB im Ganzen in der Zuständigkeit ein und desselben Entscheidungsträgers liegt.

⁸⁶ So ausdrücklich Stark, JZ 1994, 189 ff.; Steinhilber, ZIS 2013, 395 ff. und ausführlich ders., Mord und Totschlag (Fn. 40), S. 222 ff.; aus älterer Zeit bereits Lackner, in: FS Leferenz, 1983, S. 609 (622 ff.) und zuletzt ebenso Weingärtner (o. Fn. 64), S. 21, 38 ff.; zu einem „Menschenrecht auf Hoffnung“ siehe Morgenstern, Rechtswissenschaft, 2014, S. 153 ff.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 86, 288 (331): „Der voraussichtliche Zeitpunkt einer Aussetzung der Strafvollstreckung muss dabei so rechtzeitig festgelegt werden, dass die Vollzugsbehörden die Vollzugsentscheidungen, die die Kenntnis dieses Zeitpunktes unabdingbar voraussetzen, ohne eigene Feststellung zur voraussichtlichen Verbüßungszeit so treffen können, dass die bedingte Entlassung nicht verzögert wird.“ – Zu den organisatorischen Defiziten auf Basis der bestehenden „Arbeitsteilung“ näher Warnecke, Die Probleme der Begnadigung „Lebenslänglicher“ und des § 57a StGB sowie deren Ursachen, 2001.

⁸⁸ Z.B. Eisenberg, JZ 1992, 1188 (1189).

⁸⁹ So etwa Streng, JZ 1995, 556 (557).

⁹⁰ Zutreffend betont von Stark, JZ 1994, 189 (191).

⁹¹ Vgl. Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 279.

durchaus die ernstliche Möglichkeit einer tatsächlich lebenslangen Freiheitsverbüßung gibt, kann die weitere Bezeichnung dieser Strafsanktion mit „lebenslang“ nicht falsch sein. Sie büßt deshalb auch dann, wenn sich mit ihr die Chance auf vorzeitige Strafaussetzung verbindet, ihre symbolische Wirkung nicht ein, weil es sich dabei nurmehr um eine Chance handelt, d.h. eine Bezifferung bereits im tatgerichtlichen Urteil lediglich das schuldspezifische Minimum und nicht das Maximum konkretisiert. Wer dies bezweifelt, müsste eigentlich schon zur jetzigen Rechtslage von einer Preisgabe dieser exzeptionellen Strafsanktion ausgehen, weil es sich schon jetzt um eine „absolute“ nur noch im nominellen Sinne handelt (was der Bevölkerung auch bekannt ist). Da die von Menschenhand verwirkte „Schuld“ ohnehin nur eine begrenzte und niemals eine unendliche sein kann, würde die hier geforderte Gesetzesänderung nurmehr dasjenige frühzeitig für alle Beteiligten transparent und rechtssicher machen, was ohnehin alle wissen: dass die Schuldschwere der verbrochenen Tat je nach betreffendem Einzelfall auf eine bestimmte Dauer des Freiheitsentzugs nicht unter 15 Jahren limitiert, aber tatbezogen wie auch sonst stets eine konkret bezifferbare Größe ist.

III. Ausblick

Die menschenrechtlich wie humanistisch⁹² gebotene Mindestachtung auch gegenüber jenen, die sich in grösster Weise gegen die Rechtsgemeinschaft gestellt haben, ge-

bietet es, selbst den schlimmsten Verbrecher nicht zu einem traurigen Schicksal eines Sklaven der Vergeblichkeit (Sisyphos)⁹³ zu verdammen. Denn gerade er verdient es, über die Schwere seiner Schuld wie über die Bedingungen eines straffreien Lebensweges aufgeklärt zu werden. Schließlich lässt sich eine Resozialisierung niemals von außen erzwingen, sondern bildet stets einen Akt der intrinsisch motivierten Selbstwerdung zu einem sozialfreundlichen Teil der Gesellschaft. Die dafür unverzichtbare Verantwortung für seine Taten ist es aber gerade, an was die Schuldidee nachdrücklich erinnert: nicht um den straffälligen Menschen autoritär zu bezwingen, sondern um ihn zu einer sich in die Gemeinschaft integrierenden Existenz zu ermuntern. In diesem Licht ist die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe freilich auch nach Einfügung des § 57a StGB und dessen verfassungskonformer Interpretation noch längst nicht an ihr Ende gelangt: Vielmehr wird es Zeit für ein Recht, das es erlaubt, dem zu „lebenslanger“ Freiheitsstrafe Verurteilten frühzeitig Klarheit zu verschaffen, aufgrund welcher erschwerenden Faktoren er mit welcher verlängerten Verbüßungsdauer mindestens rechnen muss. Denn ein Jeder benötigt selbstgesetzte Ziele sowie Hoffnung auf eine bessere Zukunft – und die dazu erforderliche Aufklärung durch Institutionen, die nach Maßgabe klarer und sachgerechter Kriterien wirken. Oder in den Worten *Cesare Beccarias*: „Wo die Gesetze erlauben, dass der Mensch unter gewissen Voraussetzungen aufhört, Person zu sein, und zur Sache wird, dort gibt es keine Freiheit“⁹⁴.

⁹² Zum Bedeutungsgehalt im Kontext des Rechts näher *Hilgendorf*, in: Groschopp (Hrsg.), *Humanismus und Humanisierung*, 2014, S. 36 ff.

⁹³ *Camus*, *Der Mythos von Sisyphos. Ein Versuch über das Absurde*, 1942 (Neudruck 1995).

⁹⁴ *Beccaria*, *Von den Verbrechen und den Strafen*, 1764 (hrsg. von Vormbaum, 2005), Kap. XX, S. 77.

Das Gesichtsverhüllungsverbot im Strafverfahren

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Von den zahlreichen Maßnahmen zur Modernisierung des Strafverfahrens¹ hat die Ergänzung des § 176 GVG um den neuen Absatz 2 im Gesetzgebungsverfahren den geringsten Diskussionsbedarf erzeugt. In der öffentlichen Expertenanhörung vor dem Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz haben sich die Sachverständigen zu diesem Punkt überhaupt nicht geäußert² bzw. lediglich kurze zustimmende Stellungnahmen abgegeben.³ Deswegen sucht der am Thema Interessierte vergeblich nach Informationen über einige mit § 176 Abs. 2 GVG zusammenhängende Folgefragen, die weder gesetzlich normiert noch erkennbar diskutiert worden sind. Auch die Kommentare zu StPO und GVG geben beispielsweise keine präzise Auskunft darüber, wie denn das Gebot des unverhüllten Erscheinens vor dem Richter praktisch durchgesetzt wird, wenn die betroffene Frau sich weigert, der Aufforderung zur Entfernung der Verhüllung nachzukommen. Schon vor Einführung des § 176 Abs. 2 GVG durfte nach einhelliger Ansicht der Vorsitzende Richter auf der Grundlage des § 176 GVG ein Verhüllungsverbot anordnen.⁴ Das Gesetz enthielt aber ein solches Verbot nicht und schon gar nicht Verfahrensvorschriften zur Durchsetzung seiner Befolgung. An letzterem hat das Modernisierungsgesetz nichts geändert. Soll der Richter notfalls selbst mit unmittelbarem Zwang – also mit Gewalt – eine renitente Zeugin oder Angeklagte ihrer Gesichtsverhüllung entledigen? Es versteht sich von selbst, dass allen Beteiligten peinliche Situationen erspart bleiben und Eskalationen vermieden werden müssen. Männliche Vollstrecker der Verbotsdurchsetzung müssen davor geschützt werden, sich durch Erfüllung ihrer Pflicht in die Gefahr zu begeben, berechtigten oder unberechtigten Vorwürfen sexueller Übergriffigkeit (§§ 177, 184 i StGB) – „me too“ – ausgesetzt zu sein. Umgekehrt muss die betroffene Frau selbstverständlich vor ebensolchen Grenzüberschreitungen geschützt werden. Daher wäre beispielsweise eine flankierende Regelung sinnvoll gewesen, die ähnlich wie § 81 d StPO sicherstellt, dass es nicht im Ermessen des Richters liegt, welche Justizwachtmeisterperson mit der gewaltsamen Enthüllung der Frau – sofern diese überhaupt zulässig ist – beauftragt wird. Nicht nur diese Regelungslücke verweist auf die mangelnde Sensibilität der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten für die heikle Konfliktlage, die ein Verhüllungsverbot gegenüber Personen heraufbeschwört, die ihr Antlitz aus religiösen Gründen zur Abwehr von – lüsternen oder nicht lüsternen – Blicken anderer Menschen – insbesondere männlichen Ge-

schlechts – mit Textilien bedecken. Welch schwere Demütigung es für eine Frau bedeuten kann, gewaltsam gezwungen zu werden, die Betrachtung ihres Gesichts durch fremde Menschen zu dulden, kann sich unsere aufgeklärte und säkularisierte Gesellschaft offenbar schwer vorstellen. Wird doch in unserer von „westlichen Werten“ durchdrungenen Demokratie jede Form der Verhüllung des Körpers muslimischer Frauen als Resultat von Unterdrückungsmechanismen eines irrational rückständigen illiberalen Patriarchats angesehen, angesichts dessen die Muslima nur froh sein kann, von der ihr aufgezwungenen Einschnürung ihres Körpers befreit zu werden.⁵

Among the numerous measures to modernize the criminal proceedings¹, the addition of paragraph 2 to Section 176 GVG (Judicature Act) has generated little need of discussion in the legislative process. In the public hearing of experts before the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection of the Bundestag, the experts did not comment on this matter at all², or merely provided brief statements of support.³ For this reason, those interested in the topic are looking in vain for information on some follow-up questions related to Section 176 (2) GVG, which have neither been legally standardized nor discussed in a recognizable way. Even the commentaries on the Code of Criminal Procedure and the GVG do not provide precise information on how the requirement of unveiled appearance before the judge is enforced in practice if the woman concerned refuses to comply with the request to remove the veil. The article deals in particular with the personal scope of the ban on veiling and its implementation.

I. Einleitung

Der mit dem Verhüllungsverbot verbundene Eingriff in die Grundrechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und auf Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) wird im Strafverfahren durch das Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege gerechtfertigt. Dieses Allgemeingut hat Verfassungsrang, ist eine effiziente Strafrechtspflege doch unverzichtbare Bedingung eines rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens. Sowohl zur Identifizierung der Person als auch zur Ermöglichung optimaler Wahrheitsfindung (Beweiswürdigung) durch das Gericht ist es erforderlich, dass das zuständige Strafverfolgungsorgan das vollständig unverhüllte Gesicht der Person betrachten kann.⁶ Dies bezieht sich in erster Linie

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10. 12. 2019, BGBl I Nr. 46, S. 2121.

² So die Vereinigung Berliner Strafverteidiger, der Deutsche Richterbund sowie die Sachverständigen Heidenreich, Jahn und Maier.

³ So die Sachverständigen Caspari und Mosbacher. Für überflüssig hielt das Verbot der Vertreter des Deutschen Anwaltvereins.

⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 176 GVG Rn. 7a. Richtigstellend Hecker, ZRP 2019, 151 (152).

⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 46

auf Angeklagte und Zeuginnen. Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass das Verfahren auch durch die Verhüllung des Gesichts einer Richterin oder Schöffin rechtlich relevant beeinträchtigt werden kann. Bleibt dadurch beispielsweise verborgen, dass die Richterin während einer Zeugenvernehmung schläft, entgeht der Verteidigung möglicherweise die Chance, einen bedeutsamen Revisionsgrund (§ 338 Nr. 1 StPO)⁷ geltend zu machen. Auch kann die Wahrnehmung der Mimik als Quelle für Schlussfolgerungen auf eine etwaige Besorgnis der Befangenheit (§ 24 StPO) behindert sein, weil niemand sehen kann, wie eine Richterin hinter ihrem Schleier beispielsweise während der Ausführungen des Verteidigers höhnisch das Gesicht verzieht. Es gibt also genügend gute Gründe für ein Verhüllungsverbot im Strafverfahren. Da der Vorsitzende im Einzelfall Ausnahmen von dem Verbot gewähren kann, ist die gesetzliche Abwägungsentscheidung nicht starr, sondern flexibler Handhabung zugänglich. Daher kann dem Verhältnismäßigkeitsgebot angemessen Rechnung getragen werden. Dennoch würde eine umgekehrte Kann-Vorschrift dem Grundrechtsschutz besser gerecht: *„Der Vorsitzende kann an der Verhandlung beteiligten Personen die Verhüllung ihres Gesichts untersagen, wenn und soweit die Kenntlichmachung des Gesichts zur Identitätsfeststellung oder zur Beweismäßigkeit notwendig ist“*.⁸ Vor allem müsste die Einzelfallanordnung begründet werden, wovon die nunmehr in Kraft befindliche Regelung den Vorsitzenden entbunden hat.⁹

Die angreifbare und bei gründlicher Prüfung sich als verfassungsrechtlich zumindest bedenklich erweisende gesetzgeberische Grundentscheidung soll hier nicht weiter hinterfragt werden, ebenso nicht ihre Begründung. Erörterungsbedürftig sind aber einige konsequente Fragen, auf die das Gesetz keine befriedigende – nämlich gar keine – Antwort gibt. Insgesamt gesehen übt der Gesetzgeber auch nach Einführung des § 176 Abs. 2 GVG kritikwürdige Zurückhaltung zum Schaden derjenigen, die § 176 Abs. 2 GVG entweder anwenden müssen oder von seiner Anwendung betroffen sind. Zu viel einzelfallbezogene Rechtsgestaltung überlässt das Gesetz dem richterlichen Ermessen ohne jegliche Richtungsweisung, Anleitung oder Beschränkung. Die Rechtslage ist deshalb durch erhebliche Rechtsunsicherheit geprägt. Das schlägt sich sogar in der Gesetzesbegründung nieder, wo unter Hinweis auf §§ 177, 178 GVG behauptet wird, der Vorsitzende fordere zur Einhaltung des Verbots auf und könne gegebenenfalls Ordnungsmittel androhen. Ob der Vorsitzende gegenüber Personen, die an der Verhandlung beteiligt sind, diese Maßnahmen *androhen* darf, ist fraglich. Zur *Anordnung* jedenfalls ist nur das Gericht zuständig und ein Beschluss erforderlich, §§ 177 S. 2, 178 Abs. 2 GVG. Zudem bewirken weder die Entfernung aus dem Sitzungszimmer noch die Ordnungshaft oder das Ordnungsgeld faktisch eine Enthüllung der verhüllten Person. Diese

Maßnahmen sind zwar nicht von vornherein ungeeignet, aber gegebenenfalls im konkreten Fall nicht ausreichend. Im Übrigen müsste grundsätzlich die Zulässigkeit einer Aufforderung zur Selbstenthüllung in Bezug auf Personen geklärt werden, bei denen dies mit dem nemo-tenetur-Prinzip in Konflikt geraten könnte. Ähnlicher Regelungsbedarf besteht bei Personen, denen ein Zeugnisverweigerungs- und Untersuchungsverweigerungsrecht zusteht.

II. Sachlicher Geltungsbereich des Verhüllungsverbots

1. Sitzung

Standort im GVG und Wortlaut der Vorschrift verbinden den Anwendungsbereich des Verhüllungsverbots im Strafverfahren mit der Hauptverhandlung. Das ist sicher, obwohl die Strafprozessordnung den Ausdruck „Sitzung“ nicht verwendet. Mehrfach wird aber auf den „Sitzungssaal“ (§ 243 Abs. 2 S. 1 StPO) und das „Sitzungszimmer“ verwiesen (§§ 231b Abs. 1 S. 1, 247 S. 1, 247a Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 StPO). Zudem rekurriert § 176 Abs. 2 GVG auf die „Verhandlung“. Kein Teil der Hauptverhandlung und somit auch keine „Sitzung“ ist die Beratung des Gerichts gem. §§ 192 ff GVG.¹⁰ Demnach kann der Vorsitzende in diesem Kontext eine Schöffin jedenfalls nicht auf der Grundlage des § 176 Abs. 2 GVG auffordern, die Gesichtshüllung abzulegen. Zudem gibt es dafür – anders als in der Hauptverhandlung – auch keinen sachlichen Grund. Wird gegen eine nicht anwesende Angeklagte verhandelt (§§ 231 Abs. 2 ff. StPO), besteht insoweit für diese kein Verhüllungsverbot, zumal sie dann auch keine „an der Verhandlung beteiligte Person“ ist.

2. Sonstige Teile des Verfahrens

§ 180 GVG erweitert den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 2 GVG auf richterliche Amtshandlungen außerhalb der Hauptverhandlung. Dies betrifft z.B. vorweggenommene Teile der Hauptverhandlung gem. § 223 StPO und § 225 StPO.¹¹ Vernehmungen durch Polizeibeamte oder die Staatsanwaltschaft sind in den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 2 GVG nicht einbezogen. Obwohl die jetzt eingeführte positivgesetzliche Bekräftigung des Verhüllungsverbots einen Umkehrschluss aufdrängt, macht die Ungleichbehandlung teleologisch keinen Sinn. Die Notwendigkeit einer sicheren Identitätsfeststellung und die Bedürfnisse der Wahrheitsfindung sind in diesen Vernehmungssituationen nicht schwächer als bei richterlichen Vernehmungen. Auf Grund der unsicheren Rechtslage dürfte es sich in den praktisch seltenen Fällen empfehlen den Ermittlungsrichter (§ 162 StPO) einzuschalten.

⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 338 Rn. 14.

⁸ Wer dem oder der Vorsitzenden selbst zur Pflicht macht, das Gesicht nicht zu verhüllen, bleibt auf Grundlage dieses Gesetzestextes eben so offen wie generell die Anwendung des § 176 GVG gegenüber dem Vorsitzenden. Dass sich die Sitzungspolizei „auf alle Anwesenden“ erstreckt (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 176 GVG Rn. 10), bestätigt die Berechtigung der Frage, gibt darauf aber keine Antwort.

⁹ Claus, NStZ 2020, 57 (62).

¹⁰ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 193 GVG Rn. 2.

¹¹ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 223 Rn. 18.

III. Persönlicher Geltungsbereich

1. Beschuldigte

Im Fall unmittelbarer Anwendung des § 176 Abs. 2 GVG erfasst das Verhüllungsverbot „an der Verhandlung beteiligte Personen“. Dies sind alle Personen, die nicht Teil der „Öffentlichkeit“ i.S.d. § 169 GVG sind und deren Anwesenheit im Gerichtssaal daher bei nichtöffentlichen Verhandlungen keiner Zutritts-gestattung gem. § 175 Abs. 2 S. 1 GVG bedarf. In erster Linie ist die Angeklagte adressiert, deren physische Anwesenheit unverzichtbare Voraussetzung einer rechtmäßig durchführbaren Hauptverhandlung ist, § 230 StPO. Zum Zwecke der Identitätsfeststellung (§ 243 Abs. 1 S. 2 StPO) wird es unumgänglich sein, dass die erschienene Person ihr Gesicht dem Gericht – und nur dem Gericht – unverhüllt zeigt. Alle anderen im Gerichtssaal anwesenden Personen haben hingegen kein Recht, das Gesicht der Angeklagten zu sehen, insbesondere die als Repräsentanten der Öffentlichkeit erschienenen Zuhörer einschließlich der Medienvertreter. Die Angeklagte hält sich nicht freiwillig im Gerichtssaal auf, ein anderer Selbstschutz ihres Rechts am eigenen Bild als die Verhüllung ihres Gesichts steht ihr nicht zur Verfügung.¹² Strafrechtlicher Schutz gegen ungenehmigte Bildaufnahmen etwa durch Erweiterung des § 201a StGB gewährt der Gesetzgeber, der an anderer Stelle („Upskirting“) mit großem Eifer Angriffe auf den Privatbereich pönalisiert, Angeklagten bislang nicht.¹³ Ein über den Zweck der Identitätsfeststellung hinausgehendes Festhalten am Verhüllungsverbot ist nicht erforderlich und wäre verfassungswidrig. Daher hat der Vorsitzende der Angeklagten nach Feststellung ihrer Identität zu gestatten, die Verhüllung wieder anzulegen. Das gilt auch für eine Angeklagte, die Angaben zur Sache machen will. Da sie die Aussage komplett verweigern kann (§ 243 Abs. 5 S. 1 StPO), darf sie auch die Bedingung stellen, nur mit verhülltem Gesicht auszusagen. Ein Gericht, das auf dieses Angebot nicht einging, verstieße gegen seine Pflicht zur optimalen Aufklärung. Die Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeitsdiagnose, die mit dem Unterdrücken nonverbaler Signale verbunden ist, muss hingenommen werden. Die „Kann“-Vorschrift des § 176 Abs. 2 S. 2 GVG ist verfassungskonform auszulegen. Sobald der Eingriff in die Grundrechte (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 GG) nicht mehr erforderlich ist, muss er unverzüglich beendet werden.

Gegen den Willen der Angeklagten darf ihr die Gesichtsbdeckung abgenommen werden, wenn dies zur Durchführung einer gemäß § 81a StPO zulässigen körperlichen Untersuchung erforderlich ist.¹⁴ Die h.M. sieht von dieser

Rechtsgrundlage sogar den unmittelbaren physischen Zugriff auf Körpersubstanz wie das Rasieren oder Abschneiden der Gesichts- und Kopfbehaarung getragen.¹⁵ Dann dürfte eine auf das Gesicht beschränkte Teilkleidung erst recht zulässig sein. Dem Schweigerecht des Beschuldigten korrespondiert kein Recht, die Duldung von Wahrheitsfindungsmaßnahmen zu verweigern, von denen er lediglich passiv als Augenscheinsobjekt betroffen ist. Mit dem nemo-tenetur-Prinzip steht das in Einklang.¹⁶ Zwar sind dem Arztterfordernis unterliegende körperliche Eingriffe i.S.d. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO keine Vorgänge, die in der Hauptverhandlung stattfinden. Der unmittelbare Anwendungsbereich des § 176 Abs. 2 GVG ist davon also nicht betroffen. Einfache körperliche Untersuchungen i.S.d. § 81a Abs. 1 S. 1 StPO¹⁷, die das Gericht selbst vornehmen kann, sind aber nicht nur theoretisch denkbar, sondern müssten auf der Rechtsgrundlage des § 81c StPO angesichts des zu mutmaßenden Ausmaßes körperlicher Misshandlung von Frauen durch männliche Bezugspersonen praktisch häufig vorkommen. Von Schlägen, Stichen, Verbrennungen, Verbrühungen usw. herrührende Wunden und Narben im Gesicht per Inaugenscheinnahme festzustellen, obliegt auf Grund des Unmittelbarkeitsprinzips zuvörderst dem erkennenden Gericht.¹⁸ Dass eine angeklagte Frau derartige Spuren im Gesicht trägt, kann man sich vorstellen, wenn ihr eine Tat vorgeworfen wird, die z.B. der Verteidigung gegen Angriffe eines „Haustyrannen“ diene.

2. Zeugin

Die Zeugin mit verschleiertem oder verhülltem Gesicht ist der praktisch bedeutsamste Anwendungsfall des § 176 Abs. 2 GVG. Die Begründetheit des Verbots in dieser Konstellation steht außer Frage. Nicht nur die Richter, sondern auch Staatsanwalt, Angeklagter und Verteidiger – nicht dagegen die Zuhörer, die für Wahrheitsfindung nicht zuständig sind¹⁹ – haben ein Recht darauf, der Zeugin ins Gesicht sehen zu können, während sie ihre Aussage macht. Problematisch ist die Behandlung von Zeuginen mit Zeugnisverweigerungsrecht. Macht eine Zeugin nach Feststellung ihrer Identität von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, gibt es keinen Grund, von ihr überhaupt noch Anwesenheit im Gerichtssaal zu verlangen. Die anlässlich ihrer Anwesenheit sich bietende faktische Gelegenheit in ihrem unverhüllten Gesicht zu lesen und daraus irgendwelche Erkenntnisse zu gewinnen, hat keine rechtliche Grundlage. So wenig die Tatsache der Zeugnisverweigerung Gegenstand richterlicher Beweiswürdigung sein kann²⁰, so wenig steht das Gesicht der Zeugin als Quelle von durch Beobachtung gewonnenen

¹² Restriktionen des strafrechtlichen Bildnisschutzes durch enge Gestaltung des § 201a StGB werden in der Literatur mit dem „viktimo-dogmatischen“ Selbstschutzprinzip erklärt, Eisele, JR 2005, 6 ff. Dazu Mitsch, ZRP 2014, 137 (140).

¹³ Trück, in: MüKo-StPO, Bd. 1 (2014), § 81 a Rn. 34.

¹⁴ Murmann, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 296.

¹⁵ Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (2006), Rn. 433; Murmann, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch, III Rn. 288.

¹⁶ Trück, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 7; Murmann, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch, III Rn. 292.

¹⁷ Trück, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 27; Murmann, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch, III Rn. 293.

¹⁹ Abwegig ist der Hinweis auf § 169 GVG in der Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft für Lehrerinnen und Lehrer des Rechts an Fachhochschulen (BAGHR) zum Referentenentwurf (a.a.O., S. 2): „Es ist wenig nachvollziehbar, einerseits den Unmittelbarkeitsgrundsatz als eine der Prozessmaximen zu bezeichnen (§ 250 StPO) und den Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (§ 169 GVG) zu statuieren, andererseits jedoch die Realisierung dieser Grundsätze im Kernstück eines Strafverfahrens, der Hauptverhandlung, durch sich verhüllende, verschleierte oder sich maskierende oder sonst unkenntlich machende, sich aus der Öffentlichkeit in die Unkenntlichkeit zurückziehende Verfahrensbeteiligte, zu meist Angeklagte, zu vereiteln und letztlich auszuhebeln.“

²⁰ Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 261 Rn. 20.

Informationen zur Verfügung. Der Vorsitzende muss daher gemäß § 176 Abs. 2 S. 2 GVG das gesetzliche Verhüllungsverbot aufheben. Erklärt die Zeugin sich bereit mit verhülltem Gesicht zur Sache auszusagen, muss das Gericht diese Bedingung akzeptieren, es sei denn der Verzicht auf diesen Beweisaufnahmeakt steht im Einklang mit der Aufklärungspflicht. Gesichtsenthüllung zum Zwecke der Augenscheinseinnahme in Bezug auf Tatspuren (Kratzer, Blutergüsse, Narben usw.) braucht eine zeugnisverweigerungsberechtigte Zeugin nicht zu dulden. Dies folgt aus § 81c Abs. 3 StPO, da richtiger Ansicht nach auch die schlichte Körperoberflächenbetrachtung mit bloßem Auge eine körperliche Untersuchung ist. Hat die Zeugin kein Zeugnisverweigerungsrecht und demzufolge auch kein Untersuchungsverweigerungsrecht, sollte die Beseitigung der Gesichtsverhüllung gem. § 81d StPO nur durch eine weibliche Person vollzogen werden.

3. Verteidigerin

Von einer Verteidigerin, deren Identität festgestellt worden ist, das Weglassen der Gesichtsverhüllung zu verlangen, wäre ein ungerechtfertigter Eingriff in ihre Grundrechte. Neben den oben schon genannten Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 4 GG wäre auch Art. 12 Abs. 1 GG betroffen. Ein durchgreifender Grund für ein Enthüllungsgebot ist schlicht nicht vorstellbar. Die Verfehltheit der gesetzlichen Umkehrung von Regel und Ausnahme durch § 176 Abs. 2 GVG wird an diesem Beispiel in aller Schärfe sichtbar.

4. Sonstige

Im Verfahren gegen Jugendliche verlangt § 176 Abs. 2 GVG auch von der gem. § 67 Abs. 3 JGG anwesenden Mutter des Angeklagten unverhülltes Erscheinen vor Gericht. Als Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreterin ihres angeklagten Kindes ist sie am Verfahren beteiligt. Ein sachlicher Grund für die Enthüllungspflicht existiert indessen nicht. Der Vorsitzende muss deshalb gemäß § 176 Abs. 2 S. 2 GVG die Verhüllung gestatten. Auch hier erweist sich die Konstruktion des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt als die schlechtere Lösung. Welchen Grund jenseits der Identitätsfeststellung es geben soll, einer Nebenklägerin die Verhüllung ihres Gesichts zu verbieten, ist unerfindlich.

IV. Durchsetzung des Verbots

1. Zwang zur Selbstenthüllung

Die Ausführungen zum persönlichen Anwendungsbereich des § 176 Abs. 2 GVG haben schon zu Genüge bestätigt, dass das gesetzliche Verbot gegen das Erforderlichkeitsprinzip verstößt und allenfalls eine verfassungskonforme Handhabung der Ermächtigung zur Gewährung von Ausnahmen diesbezügliche Bedenken besänftigen kann. Konkret folgt daraus, dass Verfahrensbeteiligte, deren Anwesenheit in der Verhandlung nicht der Wahrheitsfindung

dient, allenfalls zur Feststellung ihrer Identität die Gesichtsverhüllung entfernen müssen. Daher darf einer verschleiert erschienenen Zeugin nicht bereits vor Beginn der Verhandlung der Zutritt zum Sitzungszimmer verwehrt werden, um sie damit zur Enthüllung zu nötigen. Soweit das Verlangen eines unverhüllten Gesichts berechtigt ist, stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Aufforderung zur aktiven Selbstenthüllung oder zur Duldung einer von fremder Hand vollzogenen Beseitigung vorzugswürdig ist. Das hängt davon ab, welche Variante für die betroffene Frau die geringere Zumutung darstellt. Zu berücksichtigen ist, dass aktive Selbstentblößung aggressive Reaktionen im Umfeld der Frau (z.B. Beschimpfung als „Hure“) herausfordern könnte. In Anbetracht dessen mag der Zugriff durch unmittelbaren Zwang das geringere Übel darstellen. Umgekehrt kann es auch sein, dass Vater, Brüder, Ehemann, Bräutigam der Frau es als Schande empfinden, wenn sie es zulässt, von fremden Händen berührt und entkleidet zu werden. Fingerspitzengefühl ist also gefragt und der Vorsitzende tut gut daran, die Frau selbst entscheiden zu lassen, welcher Form der Verwirklichung des Enthüllungsgebots sie sich beugen will. Im Fall der Weigerung wird die Ausübung von Zwang unvermeidbar sein.

2. Unmittelbarer Zwang

Die Untätigkeit des Gesetzgebers, der zwar mühelos ein Verhüllungsverbot errichten konnte, sich aber jeglicher Durchführungsbestimmungen enthalten hat, ist zu bedauern und zu kritisieren. Wenn vor Einführung des § 176 Abs. 2 GVG schon beklagt wurde, dass in konkreten Einzelfällen Rechtsunsicherheit bezüglich des „Ob“ eines Verhüllungsverbots herrschte, dann wird dieser Zustand mangelnder Handlungsanleitung durch das Gesetz hinsichtlich des „Wie“ erst recht zu beanstanden gewesen sein. Daran hat sich nun nichts geändert; vielmehr wurde die Lage für die Rechtsanwendungspraxis verschlechtert, da das nicht an sachliche Voraussetzungen gebundene gesetzliche Verbot den Handlungsdruck erhöht hat. Früher konnte der Vorsitzende, der unsicher war, auf welche Weise eine verhüllte Frau in rechtmäßiger Weise enthüllt werden kann, sich aus der Affäre ziehen, indem er von einer Verbotsanordnung absah. Dieser Ausweg ist nun durch § 176 Abs. 2 S. 1 GVG versperrt. Wie verworren die Rechtslage ist, zeigt die Vielfalt der zu § 58 Abs. 2 StPO vertretenen Auffassungen. Obwohl diese Vorschrift eindeutig allein die Pflichtenstellung des Zeugen normiert, wird aus ihr vereinzelt eine Mitwirkungspflicht des Beschuldigten abgeleitet²¹, eine Auffassung, die im Lichte des § 81b StPO²² kaum haltbar erscheint. Ausführungen zum Verfahren bei einer gesichtsverhüllten Beschuldigten findet man freilich nirgends. Letztlich ist daher hier wie sonst bei der Ausführung von Anordnungen nach § 176 Abs. 1 GVG das Eingreifen von Justizwachtmeistern das Instrument zur Überwindung des Widerstandes. Dabei darf auf der Grundlage des UZwG unmittelbarer Zwang angewendet werden.²³ Man kann nur hoffen, dass derartige Praxis nie notwendig sein wird.

²¹ Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 58 Rn. 9.

²² Zur Duldungspflicht des Beschuldigten auf dieser Grundlage Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 81b Rn. 10.

²³ Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 176 Rn. 14.

V. Schutz der unverhüllten Frau

Die mit der Gesichtsenthüllung verbundene Beeinträchtigung der betroffenen Frau muss selbstverständlich sachgrundkonform begrenzt werden. Nur soweit die Darbietung des unverhüllten Gesichts zur Erreichung eines die Enthüllung rechtfertigenden Zweckes erforderlich ist, kann von der Frau das Ertragen dieser Situation verlangt werden. Technisch mögliche Milderungen sind zu gewähren, es sei denn die betroffene Frau verzichtet darauf ausdrücklich. Denkbar, aber gewiss übermäßig, weil zum Schutz nicht erforderlich, wäre ein vorübergehender Ausschluss der Öffentlichkeit. Dafür böte § 171 b GVG in seiner geltenden Fassung keine Grundlage, wenngleich die ratio legis dem Fall gewiss korrespondiert. Der Eingriff in die Öffentlichkeitsmaxime wäre aber wohl unverhältnismäßig, sofern das Recht am eigenen Bild durch Errichtung eines Sichtschutzes im Gerichtssaal, der jedenfalls den Zuhörern den Blick auf das unverhüllte Gesicht wehrt, ausreichend gewahrt werden kann. Für eine vorübergehende Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer reicht die aktuell geltende Fassung des § 247 StPO allenfalls dann, wenn einer der verhüllungsunspezifischen Gründe (z.B. Wahrheitsgefährdung) mit dem Zwang zur unverhüllten Aussage verknüpft ist. Dass ansonsten nur ein „erheblicher Nachteil für das Wohl“ und auch das lediglich bei Zeugen unter 18 Jahren, beachtlich ist (§ 247 S. 2 StPO), bestätigt, dass das Schutzbedürfnis einer Frau, die gegen ihren Willen ihr Gesicht unverhüllt zeigen muss, als ausreichender Entfernungsgrund nicht vorgesehen ist. Hier wäre eine Erweiterung des Normtextes durch den Gesetzgeber wünschenswert.

VI. Schluss

Ein früherer Bundespräsident hatte einmal gesagt: „Der Islam gehört zu Deutschland“. Was auch immer man von dieser Äußerung halten mag; in dem Gesetzgebungsverfahren zur Modernisierung des Strafverfahrens war davon nichts zu merken. In den Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf überwogen Desinteresse und mangelndes Problembewusstsein. Die ausnahmslos männlichen Sachverständigen in der öffentlichen Anhörung vor dem Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz erweckten mit ihren schriftlichen Statements nicht den Eindruck intensiven Nachdenkens über die Thematik. Den wenigen kritischen Kommentaren, in denen die Neuregelung als „überflüssig“ bezeichnet wurde²⁴, ist nur teilweise zuzustimmen. Besser als der vorherige gesetzliche Zustand ist § 176 Abs. 2 GVG schon. Noch besser wäre jedoch eine Klarstellung dahingehend, dass ein Auftritt mit unverhülltem Gesicht allein zum Zwecke der Identitätsfeststellung oder Beweiswürdigung verlangt werden darf und einer ausdrücklichen und begründungspflichtigen Anordnung des Vorsitzenden – mit der Möglichkeit der Anrufung des Gerichts gem. § 238 Abs. 2 StPO – bedarf. Was in § 176 Abs. 2 S. 1 GVG zur Regel erklärt wurde, ist tatsächlich die Ausnahme und deshalb sollte die gemäß § 176 Abs. 2 S. 2 GVG dem Vorsitzenden anheimgestellte Gewährung von Ausnahmen vom Gesetzgeber in eine Regel umgeformt werden.

²⁴ Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes zum Referentenentwurf, S. 5: „Es handelt sich um Symbolpolitik“; Stellungnahme Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein, S. 9: „rein populistisch begründet“; Stellungnahme Deutscher Anwaltsverein, S. 22: „gesetzgeberischer Aktionismus“.

Zum Stand der Punitivitätsforschung in Deutschland und darüber hinaus

von Kirstin Drenkhahn, Julia Habermann,
Lukas Huthmann, Fabien Jobard, Bénédicte
Laumond, Matthias Michel, Johanna Nickels,
Tobias Singelstein und Elena Zum-Bruch*

Abstract

*Punitivität, Strafbedürfnisse und Strafeinstellungen vor allem der Bevölkerung sind zuletzt wieder verstärkt Thema nicht nur der kriminologischen, sondern auch der strafrechtswissenschaftlichen Debatte geworden. Mitunter wird dabei der bereits bestehende empirische Forschungsstand zum Thema – der angesichts der Komplexität der Thematik ebenso vielschichtig wie uneindeutig ist¹ – kaum oder gar nicht berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund soll der vorliegende Forschungsbericht aus dem DFG/ANR-Forschungsprojekt „Strafkulturen auf dem Kontinent – Frankreich und Deutschland im Vergleich“ – das sich mit Einstellungen zur Strafe in Bevölkerung, Justiz, Medien und Politik in Deutschland und Frankreich befasst² – zentrale Erkenntnisse zu diesem Feld zusammenfassend skizzieren. Wie haben sich Strafeinstellungen in der Bevölkerung, der Justiz, der Politik und den Medien entwickelt? Ist die Justiz „milder“ als die Bevölkerung, wie mitunter kolportiert wird? Welche Faktoren beeinflussen die Einstellung, Vorstellungen und Bedürfnisse der Bürger*innen bezüglich Strafe? Diesen Fragen wird anhand des Forschungsstandes und erster Ergebnisse aus dem Projekt nachgegangen.*

Punitiveness, the need for and attitudes towards punishment – in the population in particular – have recently been subject of much debate not only in criminology, but also among criminal law scholars. It so happens that the existing empirical knowledge about this complex topic, which is multi-layered and ambiguous¹, is only touched upon or left out of the discussion entirely. With this in mind, we are presenting a brief overview of key findings from this field of research in this research brief. The authors are all involved with the binational research project “Penal Cultures on the Continent – Comparing France and Germany” (financed by the DFG and the ANR)² where we study attitudes towards punishment in the population, the judiciary, the media, and politics. How did these attitudes

evolve in the public, the justice system, politics and the media? Is the judiciary “milder” than the population as many claim? Which factors influence citizens’ punishment attitudes, beliefs and needs? These questions will be addressed with a review of research and first findings from our own project.

I. Entwicklung von Strafeinstellungen in der Bevölkerung

Bei Untersuchungen zur Entwicklung von Strafeinstellungen ist David Garlands These eines *punitive turn* omnipräsent.³ Garland konstatiert in seiner 2001 veröffentlichten Arbeit „The Culture of Control“, dass es in den USA und Großbritannien in der Bevölkerung, der Politik und der medialen Berichterstattung zu einem Kulturwandel im Hinblick auf das Strafen gekommen sei, der – neben einem eher verwaltenden Zugriff auf bestimmte Formen von Abweichung – weg von einer wohlfahrtsstaatlichen und resozialisierenden Ausrichtung hin zu einer repressiveren Praxis der Sanktionierung führe.

Inwiefern es auch im kontinentaleuropäischen Kontext einen *punitive turn* gegeben hat, wird kontrovers diskutiert. Eine eindeutige Antwort kann jedoch nur schwerlich gegeben werden.⁴ Dafür gibt es mehrere Gründe. Viele der bisher durchgeführten Untersuchungen sind keine Langzeitstudien, die einen Wandel erfassen könnten.⁵ Darüber hinaus stellt sich das Problem, dass die Terminologie, die methodische Herangehensweise und die konkret in den Blick genommenen Phänomene von Forschungsprojekt zu Forschungsprojekt erheblich divergieren.⁶ Dies macht es schwer, die Ergebnisse der durchgeführten Studien zu vergleichen und zueinander in Bezug zu setzen. Folgende Erkenntnisse lassen sich dennoch zu Strafeinstellungen und deren Entwicklung in der Bevölkerung, der Justiz, der Politik und den Medien zusammenfassen.

* Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn und Johanna Nickels, Freie Universität Berlin; Prof. Dr. Fabien Jobard, CNRS/Cesdip; Dr. Bénédicte Laumond, Centre Marc Bloch/Cesdip; Prof. Dr. Tobias Singelstein, Dr. Elena Zum-Bruch, Julia Habermann und Matthias Michel, Ruhr-Universität Bochum; Lukas Huthmann, Humboldt Universität zu Berlin.

¹ S. dazu Leitgöb-Guzy, Strafeinstellungen in Deutschland, in: Birkel et al., Opfererfahrungen und kriminalitätsbezogene Einstellungen in Deutschland. Vertiefende Analysen des Deutschen Viktimisierungssurvey 2012 unter besonderer Berücksichtigung des räumlichen Kontextes, 2016, S. 241.

² S. näher <https://cpc-straftkulturen.eu>.

³ Vgl. Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 7. Aufl. (2017), S. 789 ff.; Kunz/Singelstein, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 357 ff.

⁴ Vgl. Dollinger, KrimJ 50 (2018), 188; Kunz/Singelstein, S. 357 ff.

⁵ Vgl. Reuband, NK 2006, 99.

⁶ Höffler, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“? Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, S. 91 (98 ff.); Leitgöb-Guzy, in: Birkel et al., S. 241 (242 f., 249 ff.).

Im Hinblick auf die Strafeinstellung der Bevölkerung in Deutschland lässt sich keine eindeutige punitive Wende feststellen. Zwar weisen einige Studien auf einen (leichten) Anstieg der Straflust innerhalb der Bevölkerung hin.⁷ Andere Studien stellen hingegen einen Rückgang der Straflust fest.⁸ Die Belastbarkeit dieser Erkenntnisse wird jedoch angezweifelt,⁹ wobei insbesondere zwei Punkte als Anlass zur Kritik genommen werden. Zum einen wird bemängelt, dass sich aus der Befragung einer bestimmten Gruppe – wie beispielsweise Jurastudierenden bei *Streng*¹⁰ – kaum Rückschlüsse auf die Gesamtbevölkerung ziehen lassen.¹¹ Zum anderen wird ein Problem darin gesehen, dass beim Erfassen der Punitivität der methodischen Herangehensweise, insbesondere der Art und Form der Befragung, eine maßgebliche Bedeutung zukommt.¹² So hängt die festgestellte Straflust erheblich von den Informationen ab, die den Befragten zur Verfügung gestellt werden: Werden die Sachverhalte differenziert und nüchtern geschildert und stehen den Befragten mehrere Antwortmöglichkeiten zur Verfügung, so tendiert ihr Antwortverhalten hin zu gemäßigten Sanktionen.¹³

Vor diesem Hintergrund untersucht das Projekt „Strafkulturen auf dem Kontinent“ Strafeinstellungen der deutschen und französischen Bevölkerung in einem mixed methods-Ansatz aus quantitativen und qualitativen Methoden. Dies wird mittels Vignetten umgesetzt, die verschiedene strafbare Handlungen vor allem aus dem Bereich der leichten und mittleren Kriminalität beschreiben. Die Befragten wurden gebeten, für die geschilderten Fälle jeweils Verfahrensbeendigungen bzw. Sanktionen auszuwählen, die sie für angemessen halten. Die Ergebnisse der Untersuchung zeigen keine besonders punitiven Strafeinstellungen in der Bevölkerung.¹⁴ Interessanterweise ist aber ein erhebliches Interesse an niedrighschwelligen bzw. alternativen Formen der Verfahrensbeendigung zu beobachten, wie insbesondere der gemeinnützigen Arbeit, aber auch Einstellung, Einstellung mit Auflage und Therapie. Die Wahl härterer Sanktionen hängt unter anderem von Faktoren wie Vorstrafen und Gewaltausübung sowie dem Geschlecht der Täter*innen ab.¹⁵ Aus der qualitativen Untersuchung – bei der die Befragten ihre Sanktionsauswahl begründen sollten – geht hervor, dass das Bestrafen eher selten von vorhandenen Überzeugungen oder klaren Strafeinstellungen geprägt wird. Im Vordergrund der

explizierten Überlegungen stehen vielmehr die begangene Tat und das verwirklichte Unrecht sowie die Angaben zur Person des Straftäters bzw. der Straftäterin und des Opfers.

II. Strafeinstellungen in Justiz, Politik und Medien

Bei den Untersuchungen zu justiziellen Strafeinstellungen lässt sich konstatieren, dass es in Deutschland keine eindeutige punitive Wende gegeben hat. Im Detail weichen die bisherigen Forschungsergebnisse aber voneinander ab, was wiederum mit der Vielfalt der Indikatoren zur Messung von Punitivität zusammenhängt, die herangezogen werden. Neben dem in der internationalen Punitivitätsforschung am häufigsten herangezogenen Kriterium der Gefangenenraten – die in Deutschland in der jüngeren Vergangenheit wieder rückläufig waren und sich im internationalen Vergleich im unteren Mittelfeld befinden – werden in der deutschen Forschung auch verhängte Strafen und die Diversionsbereitschaft als Kriterien verwendet, um ein differenzierteres Bild zu erhalten. Je nachdem welcher Indikator verwendet wird, lässt sich eine (leichte) Zu- oder Abnahme der Punitivität professioneller Rechtsanwender*innen verzeichnen.¹⁶

Für das Vorliegen eines *punitive turn* in Deutschland scheinen hingegen die Forschungsergebnisse zur legislativen Punitivität zu sprechen. Die Strafgesetzgebung der zurückliegenden Dekaden war von einer kontinuierlichen Ausweitung von Strafraumen und einer zunehmenden Kriminalisierung von Verhaltensweisen geprägt, während Entkriminalisierungen eine Ausnahme darstellten. Ausdruck dessen sind die Einführung bzw. Erweiterung von Straftatbeständen, die Vorverlagerung der strafrechtlichen Sozialkontrolle sowie die Einführung neuer präventiver Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen.¹⁷ Schaut man sich erweiternd die Befunde zur expressiv-politischen Punitivität an – die nicht nur die kriminalpolitischen Reformen, sondern auch den diesbezüglich stattfindenden Diskurs in den Blick nehmen – so spitzt sich das Bild der zunehmenden legislativen Punitivität weiter zu.¹⁸ Tenor der bisherigen Forschung in diesem Bereich ist, dass „die dem Strafrecht originär zugrunde liegende rechtsstaatliche ‚Freiheitslogik‘ [...] von einer ‚präventiven Sicherheitslogik‘ ersetzt [wird]“.¹⁹

⁷ *Bargel*, Wandel politischer Orientierungen und gesellschaftlicher Werte der Studierenden, Studierenden survey: Entwicklungen zwischen 1983 und 2007, 2008, S. 17; *van Kesteren*, European Journal on Criminal Policy and Research 15 (2009), 25 (29, 33 ff.); *Pfeiffer/Windzio/Kleimann*, European Journal of Criminology 2 (2005), 259 (273); *Schwind et al.*, Kriminalitätsphänomene im Langzeitvergleich am Beispiel einer deutschen Großstadt. Bochum 1975-1986-1998, 2001, S. 204; *Streng*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel. Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen – Befragungen von 1989 bis 2012, 2014, S. 73.

⁸ Bspw. *Baier et al.*, Kriminalitätsfurcht, Strafbedürfnisse und wahrgenommene Kriminalitätsentwicklung. Ergebnisse von bevölkerungsrepräsentativen Befragungen aus den Jahren 2004, 2006 und 2010, 2011.

⁹ Insbesondere *Reuband*, Konstanz und Wandel im Strafbedürfnis der Bundesbürger – 1970 bis 2003, in: Lautmann/Klimke/Sack, Punitivität. 8. Beiheft des Kriminologischen Journals, 2004, S. 89; *Reuband*, NK 2006, 99; *Reuband*, NK 2010, 143 (145); siehe auch *Baier et al.*, S. 57 ff.; *Bliesener/Fleischer*, in: FS *Streng*, 2017, S. 201; *Peters*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2014, 309.

¹⁰ *Streng*, S. 73.

¹¹ *Baier/Fleischer/Hansmaier*, MschKrim 2017, 1 (2); *Reuband*, NK 2006, 99.

¹² *Peters*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2014, 309.

¹³ *Kury*, in: FS *Kreutzer*, 2009, S. 459 (472 ff.); vgl. auch *Klimke/Sack/Schlepper*, Wie der punitive turn an den deutschen Grenzen Halt machen soll, in: Klimke/Legnaro, Politische Ökonomie und Sicherheit, 2013, S. 99 (106 f.).

¹⁴ S. auch *Leitgöb-Guzy*, in: Birkel et al., S. 241 (253 ff.).

¹⁵ *Jobard*, Rapport final de recherche: Punitivités Comparées, 2019.

¹⁶ *Cornel*, TuP 2013, 409; *Heinz*, Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtsplegestatistiken, in: Bundesministerium der Justiz, Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen?, 2009, S. 29.

¹⁷ *Cornel*, TuP 2013, 409 (410); *Oelkers/Ziegler*, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2013, 38 (39); *Schlepper*, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne: eine empirische Analyse legislativer Punitivität, 2014, S. 34; *Singelstein*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2014, 321.

¹⁸ *Dollinger*, KrimJ 50 (2018), 188 (191).

¹⁹ *Schlepper*, S. 40; *Haffke*, Kritische Justiz 2005, 17 (20).

Schließlich lässt sich festhalten, dass es bisher kaum Erkenntnisse zu einer punitiven Wende in der medialen Berichterstattung gibt. Zwar wird der Einfluss der Medien auf Strafeinstellungen häufig untersucht, wobei der Differenzierung zwischen Boulevardpresse und seriösen Medien eine entscheidende Bedeutung beigemessen wird.²⁰ Inwiefern in der Berichterstattung selbst jedoch eine Entwicklung hin zu mehr Punitivität zu verzeichnen ist, ist bislang kaum geklärt. Das binationale Forschungsprojekt „Strafkulturen auf dem Kontinent“ wird hierzu durch eine quantitative Langzeitanalyse der Bedeutung von Kriminalität in der Berichterstattung neue Erkenntnisse liefern. Erste Ergebnisse deuten darauf hin, dass auch in den Medien kein massiver *punitive turn* zu verzeichnen ist. Außerdem werden Interviews mit Journalist*innen durchgeführt, da der institutionelle Rahmen und die professionellen Praxen der Journalist*innen eine erhebliche Rolle für die Berichterstattung spielen.²¹

III. Sind professionelle Rechtsanwender*innen milder als die Bevölkerung?

Ein häufig zu findendes Narrativ in der kriminalpolitischen Diskussion um Strafeinstellungen der Bevölkerung lautet, dass diese deutlich strenger wären als die Praxis der Justiz. Die vorliegenden empirischen Befunde zeigen indes, dass diese Beschreibung der Wirklichkeit so nicht zutreffend ist. Vielmehr scheint es gerade an dieser Stelle stark auf die methodische Herangehensweise der Untersuchung anzukommen, die erhebliche Auswirkungen auf das Antwortverhalten der Befragten hat:²² Sprechen Bürger*innen allgemein über Kriminalität, fordern sie strengere Sanktionen; werden sie mit den Einzelheiten und Hintergründen einer konkreten Tat konfrontiert und sollen eine Sanktion auswählen, ist ihre Straflust deutlich weniger ausgeprägt und kommen sie zu differenzierten und abwägenderen Urteilen.²³

So wurden etwa im Rahmen des Projekts „Strafkulturen auf dem Kontinent“ für Deutschland sowohl knapp 3.000 Bürger*innen als auch 800 Justizpraktiker*innen aus der Staatsanwalt- und Richterschaft mittels der Vignettenmethode befragt. Den Teilnehmenden aus beiden Gruppen

wurden jeweils die gleichen fiktiven Fälle leichter bis mittelschwerer Kriminalität vorgelegt, für die sie die aus ihrer Sicht angemessenen Sanktionen auswählen sollten. Der Vergleich zwischen Justizpraktiker*innen und Bevölkerung in Deutschland legt zunächst nahe, dass beide Gruppen recht unterschiedlich an die Fragestellung herangehen. Die Justizpraktiker*innen entscheiden offensichtlich unter Rückgriff auf ihre berufliche Perspektive und gehen die Fragestellung stark aus rechtlicher Sicht an. Auf diesem Wege kommen sie zu recht ähnlichen Ergebnissen. Die Bevölkerung hingegen löst die Fragestellung weniger strukturiert, sondern nimmt anhand der zur Verfügung gestellten Informationen eine Gesamtbewertung des Falles vor. Neben moralischen Betrachtungen orientieren sich die Bürger*innen dabei in der Regel auch an Vorstellungen oder Wissen über die jeweilige Rechtslage und versuchen somit, die Praxen der Rechtsanwender*innen zu imitieren.

Während sich die Antworten der deutschen Justizpraktiker*innen regelmäßig vor allem auf zwei der möglichen Formen der Verfahrensbeendigung verteilen, schöpfen die Bürger*innen das zur Verfügung stehende Spektrum an Sanktionsmöglichkeiten stärker in alle Richtungen aus. Bei allen Fällen finden sich für nahezu alle Formen der Verfahrensbeendigung (gemeinnützige Arbeit, Einstellung, Freiheitsstrafen ohne Bewährung usw.) Teilnehmende, die diese für angemessen halten. Zusammenfassend und in der Gesamtschau betrachtet zeigt sich aber gleichwohl, dass Justizpraktiker*innen und Bevölkerung unter dem Strich zu einem ähnlichen Sanktionsniveau kommen.²⁴ Anders sieht das Bild in der Befragung aus, wenn man unabhängig von konkreten Fällen nach Vorstellungen von und Einstellungen zu Strafen fragt. Die allgemeine Frage etwa, ob härtere Strafen geeignet seien, Kriminalität zu verringern, bejahten zwei Drittel der deutschen Bürger*innen, aber weniger als ein Drittel der Justizpraktiker*innen aus Deutschland.

Zusammenfassend betrachtet lässt sich also nicht ohne weiteres sagen, dass die Bevölkerung punitiver eingestellt ist als Justizpraktiker*innen,²⁵ sondern es zeigt sich vielmehr ein sehr differenziertes Bild. Welche Strafeinstellungen und Strafbedürfnisse bei den Bürger*innen festzustellen sind, hängt dabei stark von der Art der Messung

²⁰ Vgl. Baier et al., S. 131; Ditton et al., British Journal of Criminology 44 (2004), 595; Kania, Kriminalitätsvorstellungen in der Bevölkerung. Eine qualitative Analyse von Alltagsvorstellungen und -theorien über Kriminalität, 2004; Mühler, Der Einfluss von Medienrezeption auf personale und soziale Kriminalitätsfurcht. Arbeitsbericht Nr. 65 des Instituts für Soziologie der Uni Leipzig, 2015; Reuband, Steigende Kriminalitätsbedrohung, Medienberichterstattung und Kriminalitätsfurcht der Bürger, in: Hess/Ostermeier/Paul, Kontrollkulturen. Texte zur Kriminalpolitik. 9. Beiheft des Kriminologischen Journals, 2007, S. 71; Windzio/Kleimann, Soziale Welt 2006, 193; Windzio et al., Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität in der Bevölkerung – Welche Rolle spielen die Massenmedien? Ergebnisse der Befragungen zu Kriminalitätswahrnehmung und Strafeinstellungen 2004 und 2006, 2007.

²¹ Vgl. Esser, European Journal of Communication 13 (1998), 375; Hubé, Décrocher la Une, 2008; Neveu, Sociologie du journalisme, 2009.

²² Kury, in: FS Kreutzer, 2009, S. 459 (472 ff.); Müller/Schmoll, Deliktsschwereforschung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“? Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, S. 117 (120 f., 126 f.); Reuband, in: Lautmann/Klimke/Sack; Reuband, NK 2006, 99; Reuband, NK 2010, 143; Schneider, in: Schneider, Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie, 2009, S. 268.

²³ S. auch Höffler, in: Kaspar/Walter, S. 91 (106); Leitgöb-Guzy, in: Birkel et al., S. 241 (249 ff.).

²⁴ Drenkhahn/Jobard/Singelnstein, Punitivités comparées. Représentations pénales en France et en Allemagne. Mission de recherche droit et justice, 2019.

²⁵ Leitgöb-Guzy, in: Birkel et al., S. 241 (260 f.); anders jedoch Hoven/Weigend, Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung. Empirische Forschung und rechtspolitische Überlegungen, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“? Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, S. 263.

ab. Wird nur oberflächlich und eindimensional eine allgemeine kriminalpolitische Einstellung abgefragt oder soll ein konkreter Fall beurteilt werden? Um welche Art von Straftaten geht es und welche Informationen werden zu dem Fall zur Verfügung gestellt? Dort, wo Strafeinstellungen in der Bevölkerung differenziert und in mehreren Dimensionen abgefragt werden, zeigt sich, dass diese zwar anders ausgeprägt sind als die der Justizpraktiker*innen, aber nicht unbedingt strenger ausfallen – unter Umständen sind sie sogar milder.

IV. Welche Faktoren beeinflussen Strafeinstellungen?

Für die Frage nach den Einflussfaktoren bezüglich Strafeinstellungen lassen sich in der Punitivitätsforschung verschiedene Diskussionsstränge identifizieren. Auf der einen Seite wird auf einer Makroebene der Frage nachgegangen, wie und warum sich die prägenden Strafeinstellungen in verschiedenen Ländern grundlegend unterscheiden. Wie wirken sich institutionelle Bedingungen, insbesondere das jeweilige politische System, wie wirkt sich mediale Berichterstattung aus? Auf der anderen Seite befasst sich die Forschung auf der Mikroebene mit der Frage, welche Faktoren individuelle Strafeinstellungen prägen.²⁶ Welche Rolle spielen soziodemographische Merkmale, Wertorientierungen und individuelle Erfahrungen und Bedürfnisse?

Zunächst zur Frage der Länderunterschiede. Seit geraumer Zeit wird versucht, Länder(-gruppen) nach ihrer Einstellung zur Strafe bzw. ihrem Maß an Punitivität zu kategorisieren. Vorherrschend ist ein Konzept, das westliche Länder anhand der Charakteristika ihres Wohlfahrtsstaats in drei Gruppen einteilt:²⁷ Länder mit *neoliberalen* wohlfahrtsstaatlichen Konzepten mit hohen Gefangeneneraten, denen allgemein ein *punitive turn* attestiert wird; *conservative* Länder mit niedrigeren Gefangeneneraten (hierzu zählen Deutschland und Frankreich); und *sozialdemokratische* Länder mit besonders niedrigen Gefangeneneraten.²⁸ Zur empirischen Überprüfung dieser Ansätze kann das Projekt „Strafkulturen auf dem Kontinent“ mit seinem vergleichenden Ansatz einen wichtigen Teil beitragen. Das Antwortverhalten der deutschen und französischen Bevölkerung (sowie der Justizpraktiker*innen) in den Befragungen des Projekts zeigte große Ähnlichkeiten und erhebliche Parallelen, sodass jedenfalls für Deutschland und Frankreich von einer in wesentlichen Aspekten geteilten Strafkultur ausgegangen werden kann.

Soziodemographische Merkmale haben nach den Befunden aus dem Forschungsprojekt – wie auch nach anderen Untersuchungen²⁹ – in beiden Ländern kaum einen signifikanten Einfluss auf die individuellen Strafeinstellungen. Ob die Befragten hohe oder niedrige Einkommen hatten, männlich oder weiblich waren oder in großen oder kleinen Gemeinden wohnten, wirkte sich im Großteil der Fälle nicht auf die Strafauswahl aus. Einzig eine Differenzierung nach Altersklassen zeigte regelmäßig unterschiedliche Einstellungen zur Strafe – allerdings auch nicht eindeutig in eine Richtung.

Die Medien und ihre Berichterstattung werden innerhalb der deutschen Punitivitätsforschung nicht nur als Symptom eines *punitive turn* angesehen, sondern überwiegend als Einflussfaktor auf die Straflust der Bürger*innen verstanden.³⁰ Eine empirisch häufig untersuchte These lautet, dass ein Zusammenhang zwischen der Punitivität der Bevölkerung und dem Gewicht der Kriminalitätsberichterstattung bestehe. Die Medien als Hauptinformationsquelle über das Kriminalitätsgeschehen würden die Einschätzung der Bürger*innen zu Art und Aufkommen von Kriminalität wesentlich prägen; je präsenter das Thema, desto punitiver sei die Gesellschaft.³¹ Die empirischen Untersuchungen dazu liefern jedoch keine einheitlichen Antworten – weder zwischen noch innerhalb der Studien.³² Je nach ihrer Seriosität und ihrem Format wird Medien ein anderer Einfluss attestiert. Es besteht zwar Einigkeit, dass es insbesondere die privaten Fernsehsender sowie die Boulevard-Presse sind, die zu einer erhöhten Punitivität führen,³³ bezüglich der öffentlich-rechtlichen Sender sowie der seriösen Presse driften die Ergebnisse jedoch auseinander. Für das verstärkt genutzte Internet sei ein die Punitivität fördernder Effekt nicht feststellbar.³⁴

Sack äußert grundlegende Zweifel an der Richtung der Kausalität zwischen Medienkonsum und Strafeinstellung.³⁵ Ihm zufolge könne die Strafeinstellung der Kriminalitätseinschätzung auch vorausgehen. Die schon bestehende normative Forderung nach härteren Strafen könne so kognitiv durch die geschätzte Kriminalität gerechtfertigt werden. Ferner führt er an, dass der oder die Konsument*in aus der Vielfalt an Medien selektiert. Welche Medien konsumiert werden, könnte dementsprechend Konsequenz und nicht Ursache einer höheren Punitivität sein.³⁶

²⁶ S. etwa Baier/Fleischer/Hanslmaier, MschKrim 2017, 1; Leitgöb-Guzy, in: Birkel et al., S. 241.

²⁷ Vgl. Esping-Andersen, The Three Worlds of Welfare Capitalism, 1990.

²⁸ Vgl. Boutellier, European Journal on Criminal Policy and Research 4 (2001), 361; Cavadino/Dignan, Criminology & Criminal Justice 4 (2006), 435; Lacey, The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies, 2008.

²⁹ Leitgöb-Guzy, in: Birkel et al., S. 241 (264 ff.).

³⁰ Kunz/Singelstein, S. 349 ff.

³¹ Dollinger/Schabdach, Jugendkriminalität, 2013, S. 216 f.; vgl. auch Pfeiffer/Windzio/Kleimann, European Journal of Criminology 2 (2005), 259; Windzio et al.

³² Vgl. Ditton et al., British Journal of Criminology 44 (2004), 595; Kania; Kemme/Hanslmaier, Recht, Strafe und Kriminalität in der öffentlichen Wahrnehmung, in: Soeffner, Transnationale Vergesellschaftungen. Verhandlungen des 35. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Frankfurt am Main 2010, 2012; Mühler; Reuband, in: Hess/Ostermeier/Paul; Windzio/Kleimann, Soziale Welt 2006, 193; Windzio et al.

³³ Baier/Fleischer/Hanslmaier, MschKrim 2017, 1 (15); Ditton et al., British Journal of Criminology 44 (2004), 595; Kemme/Hanslmaier, in: Soeffner; Reichertz, Die Macht der Worte und der Medien, 2009; Windzio/Kleimann, Soziale Welt 2006, 193; Windzio et al.

³⁴ Baier/Fleischer/Hanslmaier, MschKrim 2017, 1 (17 ff.).

³⁵ Sack, Soziale Probleme 2006, 155 (161).

³⁶ A.a.O., 155 (163).

Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG

von Wiss. Mit. Henning Lorenz und
Akad. Rat a.Z. Mustafa Oğlakcioğlu*

Abstract

Das Coronavirus hat Deutschland fest im Griff. Auch das Recht ist in der Krise vor zahlreiche Fragen gestellt. So hat die Politik zur Eindämmung der Pandemie weitreichende Schutzmaßnahmen auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) getroffen. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet die Frage, inwieweit die nebenstrafrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes geeignet sind, diese mit Sanktionsandrohung und -verhängung abzusichern.

The corona virus has taken hold of Germany. In times of crisis, a number of questions have to be posed in regards to jurisdiction. To contain the pandemic, politics have established extensive protective measures based on the Law on the Prevention of Infection (IfSG). The following contribution examines the extent to which supplementary penal provisions of this law are suitable to secure the threat and imposition of sanctions

I. Deutschland im Corona-Lockdown

Deutschland befindet sich im Corona-Lockdown. Die Politik will den Anstieg der Infektionskurve bremsen (flatten the curve) und damit eine Überlastung des Gesundheitswesens verhindern. Vor tragische und schicksalhafte Entscheidungen über Leben und Tod in Triage-Konstellationen – wie in Italien – sollen Ärzte hierzulande nicht gestellt werden.¹ Bundeskanzlerin *Merkel* mahnte in ihrer Rede an die Nation: „Unsere Vorstellung von Normalität, von öffentlichem Leben, von sozialem Miteinander – all das wird auf die Probe gestellt wie nie zuvor.“²

Eine genauere Vorstellung davon, wie weitreichend die Auswirkungen eines Lockdowns sein können, bietet die zwischenzeitlich um eine Rechtsverordnung³ ergänzte

Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 20.3.2020.⁴ Während das Gebot eines Mindestabstands (von 1,5 m), die Beschränkung der Gastronomie auf Abgabe und Lieferung mitnahmefähiger Speisen sowie die Untersagung des Besuchs einiger Institutionen inzwischen weitgehend einheitlich ausgestaltet wurden, herrscht bei den Ausgangsbeschränkungen noch Uneinigkeit. Bayern hat ein grundsätzliches Verbot installiert, die Wohnung zu verlassen. Erlaubt soll dies nur sein, wenn triftige Gründe dafür bestehen. Beim Spaziergang um seiner selbst willen oder beim Sport ist bspw. der Freistaat streng: Erlaubt ist dies nur alleine oder mit Angehörigen des eigenen Hausstandes, jede Gruppenbildung ist verboten. Demgegenüber bleiben die unverbindlichen, gemeinsamen Leitlinien von Bund und Ländern zur Beschränkung sozialer Kontakte⁵ und einige seitdem ergangene Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen dahinter zurück. Eine Beschränkung auf den Hausstand ist dort nicht vorgesehen.

Dabei könnte man sich in Zeiten, in denen die Krise noch nicht ihren Höhepunkt erreicht hat, in Zurückhaltung üben was potenzielle strafrechtliche Fragestellungen in diesem Kontext angeht.⁶ Angesichts erster (freilich mit Vorsicht zu genießenden) Verlautbarungen über die Situation in Italien⁷ scheint eine Sensibilisierung der Rechtspflege, insbesondere der Strafverfolgungsbehörden bzgl. etwaiger Strafbarkeitsrisiken das letzte zu sein, was die vor einem präventiv-polizeilichen Härte-test stehende Rechtsordnung gerade braucht. Auf der anderen Seite lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen, dass es gerade das Strafrecht (insbesondere in rechtsstaatlicher Anwendung) sein kann, das die Gesellschaft in solch einer Ausnahme-situation zusammenhält; nämlich dahingehend, dass die

* Der Autor *Lorenz* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei *Prof. Rosenau* am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg; der Autor *Oğlakcioğlu* ist akademischer Rat a.Z. an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Er vertritt derzeit den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsinformatik an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

¹ Instruktiv zur Thematik *Brech*, Triage und Recht, 2008, passim; zur aktuellen Coronakrise vgl. *Zimmermann*, Wer stirbt zuerst?, in: LTO v. 23.3.2020, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhausentscheidung-auswahl/> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020) und die, von einigen Fachverbänden erlassenen klinisch-ethischen Empfehlungen für Triage-Konstellationen, online abrufbar unter: https://dynamic.faz.net/download/2020//COVID-19_Ethik_Empfehlung_Endfassung_2020-03-25.pdf (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

² Im Wortlaut ist die Rede online abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/politik/Merkels-Rede-im-Wortlaut-article21652668.html> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

³ Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24.3.2020, in: BayMBL 2020 Nr. 130, online abrufbar unter: <https://www.verkuendung-bayern.de/files/baymb/2020/130/baymb/2020-130.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

⁴ Online abrufbar unter: https://www.stmgp.bayern.de/wp-content/uploads/2020/03/20200320_av_stmgp_ausgangsbeschaenkung.pdf (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

⁵ Online abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/bregde/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1733248> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

⁶ Monographisch zur Rolle des Rechts im Kontext von Risikolagen (und speziell am Beispiel der Pandemie) *Klafki*, Risiko und Recht, 2017.

⁷ *Bott* spricht in einem Interview von mehreren tausend Verstößen täglich, online abrufbar unter: https://rp-online.de/panorama/coronavirus/coronavirus-ausgangssperre-droht-regeln-ausnahmen-straften_aid-49672827 (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

Bedeutung der nunmehr vorgenommenen Maßnahmen mit den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft kommuniziert wird.⁸ Hierzu zählen eben auch neu formulierte oder neuerdings Bedeutung erlangende Verhaltensnormen. Das ändert freilich nichts daran, dass in akuten Gefahrenlagen die präventiv-polizeiliche Tätigkeit vorrangig ist, deren Durchsetzung nicht durch die erneute Androhung von Sanktionen, sondern durch unmittelbaren Zwang und Ersatzvornahme gewährleistet wird. Dies gilt auch für das einschlägige IfSG, das als besonderes Sicherheitsrecht insofern atypisch viele Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände enthält.⁹ In jedem Fall gilt es, Rechtsklarheit im Hinblick auf potentielle Strafbarkeitsrisiken zu schaffen, sowohl aus dem Blickwinkel des Normadressaten als auch der Polizeibeamten, denen die Aufgabe zukommt, die Einhaltung etwaiger Sicherungsmaßnahmen zu überwachen und ggf. mit Zwang durchzusetzen.

Solch eine Akzentuierung deutet bereits darauf hin, dass der Fokus der Ausführungen im Folgenden nicht im Kernstrafrecht liegen kann, dessen Sanktionsnormen überwiegend gerade nicht allein an Verhaltensnormverstöße knüpfen, sondern bspw. den Eintritt eines Verletzungs- oder Gefährdungserfolgs zur Voraussetzung machen. Bereits an anderer Stelle wurde diesbezüglich dargelegt,¹⁰ dass die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, bei deren Beurteilung sich die Parallele zu einer älteren Debatte aufdrängt¹¹, keine effektiven „Pandemie-Compliance“-Instrumente darstellen. Zum einen erfordert deren Ausgestaltung als Erfolgsdelikte eine Zurechnung der Infektion (was nicht nur im Hinblick auf die „generelle“ Kausalität, sondern auch bzgl. des Topos „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ Schwierigkeiten mit sich bringt). Zum anderen setzt die strafrechtliche Verantwortung vorsätzliches Handeln oder einen Fahrlässigkeitsvorwurf voraus. Dies wird man annehmen können, wenn eine Person von der eigenen Infektion wusste oder davon – durch einen gebotenen Test – hätte erfahren können. In den meisten Fällen wird aber keine Kenntnis von der Infektion bestehen und ein Test ebenso wenig geboten sein. Experten gehen davon aus, dass die Dunkelziffer an Infizierten aufgrund der symptomfreien oder -armen Verläufe hoch ist. Das Kernstrafrecht ist – jedenfalls im Bereich des Lebensschutzes – also weder in seinem Wesen für Krisenbewältigung gedacht noch eignet es sich speziell im Falle der fahrlässigen Erhöhung des Risikos einer Ansteckung als Instrument der Verhaltenssteuerung (bzw. -optimierung).

So geraten (spätestens nach Lektüre der Allgemeinverfügung des Freistaats Bayern) die in der Strafrechtswissenschaft bis dato – angesichts seines Regelungsgegenstands kaum erstaunlich – nur stiefmütterlich behandelten Ordnungswidrigkeiten und Strafvorschriften des Infektionsschutzgesetzes (IfSG), insbesondere die augenscheinlich einschlägigen §§ 73 Abs. 1 Nr. 6a, 74 sowie 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG im Folgenden in den Fokus. Die Ausführungen beginnen mit einem kursorischen Überblick zum System der Strafbewehrung im IfSG (II. 1.), um im Anschluss vornehmlich das Konzept der Sanktionierung von Verstößen gegen vollziehbare Anordnungen im Gefüge des Nebenstrafrechts auszuleuchten (II. 2.). Sodann werden die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Konsequenzen erläutert, die insbesondere durch einen Verstoß gegen die in den Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen aufgestellten Verhaltenspflichten in Betracht kommen.

II. Das Infektionsschutzstrafrecht als Nebenstrafrechtsmaterie

1. Überblick und Systematik

a) Zweck des IfSG und Rechtsnatur

Gem. § 1 verfolgen die Vorschriften des IfSG den Zweck, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Entsprechend definiert das Gesetz in § 2 IfSG die zentralen Begriffe, die in den Eingriffsermächtigungen in den anschließenden Vorschriften widerkehren (wie z.B.: Krankheitserreger, Infektion, Kranker usw.). Vornehmlich in den §§ 15a ff. sowie §§ 24 ff. IfSG finden sich Ermächtigungsgrundlagen für Schutzmaßnahmen und für den Erlass von Rechtsverordnungen. Deren verfassungsrechtliche Legitimation und Reichweite wird (nicht nur aus dem Blickwinkel der Gewaltenteilung, sondern auch aus demjenigen des Bestimmtheitsgrundsatzes) ebenso kontrovers beurteilt wie ihre dogmatische Einordnung¹² und ihr Verhältnis zu sonstigen Vorschriften des Gefahrenabwehrrechts (etwa zum Katastrophenschutzrecht).¹³ Diese teils ganz grundsätzlichen verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Streitpunkte, die – wie nunmehr auch – hochkochen, wenn einem bestimmten Virus aufgrund seiner Verbreitung und Gefährlichkeit Aufmerksamkeit zuteilwird¹⁴, sollen im Folgenden weitgehend ausgeblendet werden.

⁸ Zur kommunikativen Funktion der Strafe statt vieler nur *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorb. § 1 Rn. 105 m.w.N.

⁹ Dies erscheint betonenswert, da es sich auch um eine im Nebenstrafrecht atypische Ausgestaltung handelt: Das Verwaltungsstrafrecht bezieht sich typischerweise auf Überwachungspflichten und Erlaubnisvorbehalte im Kontext gefährlicher Verhaltensweisen, nicht auf akute Gefahrenlagen und den Verstoß gegen hierauf basierenden Schutzmaßnahmen (man stelle sich vor, die Nichtbefolgung eines Platzverweises nach Art. 16 BayPAG könnte als Ordnungswidrigkeit geahndet werden).

¹⁰ *Lorenz*, NJW-aktuell 12/2020, 17 und *ders./Turhan*, Verantwortungslosigkeit kann straflos sein, in: FAZ-Einspruch v. 21.3.2020, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/corona-krise-verantwortungslosigkeit-kann-strafbar-sein-16689724.html> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

¹¹ BGHSt 36, 1 = NJW 1989, 718; zur Zurechenbarkeit des Tötungs- oder Körperverletzungserfolgs *Frisch*, in: FS Szwarc, 2009, S. 497 ff.; *Knauer*, GA 1998, 428; *Prittitz*, NJW 1988, 2942; zum Tötungsvorsatz in HIV-Fällen *Safferling*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 212 Rn. 73; *Sternberg-Lieben*, in: *Schöne/Schröder*, 30. Aufl. (2019), § 223 Rn. 66; Strafrecht und das HI-Virus, vgl. hierzu BGHSt 36, 1.

¹² Vgl. etwa *Engels*, DÖV 2014, 464; *Kraft/Dohmen*, PharmR 2008, 401.

¹³ *Trute*, GSZ 2018, 125; *Walus*, DÖV 2010, 127; *Stober/Eisenmenger*, NVwZ 2005, 121.

¹⁴ Für die Schweinegrippe *Correll*, NJW 2009, 3069, für die Vogelgrippe etwa *Scheidler*, GewA 2006, 194.

b) Akzessorische und strafrechtsautonome Betrachtung

Vielmehr müssen die Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten der §§ 73 ff. IfSG „genuin“ betrachtet werden, auch wenn sie als akzessorische Tatbestände weitestgehend an die verwaltungsrechtlichen bzw. gefahrenabwehrrechtlich begründeten Pflichten knüpfen. Unklarheiten innerhalb der Bezugsmaterie (die übrigens nunmehr auch den Gesetzgeber auf den Plan rufen¹⁵) greifen zwar auch auf das Strafrecht über; dies bedeutet – wie sich zeigen wird – jedoch keine vollständige Gleichschaltung von Verwaltungsrecht und Strafrecht. So unterliegt bereits die verfassungsrechtliche Legitimation der Strafvorschriften verschärften Anforderungen (Art. 103 II GG), hinzu tritt das grundsätzliche Erfordernis vorsätzlicher Begehung, § 15 StGB (und damit einhergehend die Notwendigkeit der Berücksichtigung von Irrtümern im Hinblick auf die Bezugsmaterie).

c) Dreiteilung des Infektionsschutzstrafrechts

Die Sanktionsnormen (§§ 73, 74, 75 IfSG) erfahren durch eine Dreiteilung eine Grobstruktur, wobei die Abfolge der Vorschriften nicht den Schweregrad impliziert (wie dies bspw. im Arzneimittelstrafrecht der Fall ist), sondern mit der Ordnungswidrigkeit des § 73 IfSG beginnt, der seinerseits numerisch nach den Anknüpfungsverboten und -geboten geordnet ist (und hierbei an fast alle Verbote und Pflichten des IfSG knüpft, §§ 6, 7, 15a Abs. 2 S. 1, § 16 Abs. 2 S. 3 IfSG usw.). Der in der Mitte positionierte § 74 IfSG (Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) knüpft an bestimmte Ordnungswidrigkeiten des § 73 Abs. 1, Abs. 1a (Nrn. 1 – 7, 11 bis 20, 22, 22a, 23 oder 24) IfSG an und „qualifiziert“ diese zu einer Straftat, wenn der Täter „dadurch“ (also durch die Verwirklichung der Ordnungswidrigkeit) eine in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG genannte Krankheit oder einen in § 7 genannten Krankheitsreger verbreitet.¹⁶ Es handelt sich um eine Vorsatz-Vorsatz-Kombination, die im Hinblick auf den Erfolgsteil dieselben Probleme mit sich bringt, die bereits im Kontext der Körperverletzungsdelikte zur Ansprache kamen und damit kaum praktische Relevanz verspricht. Das Trio vervollständigt § 75 IfSG, der im ersten Absatz wiederum an ganz konkrete (sozusagen dem Strafrecht „vorbehaltene“) Verstöße gegen Schutzmaßnahmen und im zweiten Absatz an Verstöße gegen eine Rechtsverordnung nach § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 sowie Abs. 2 Nr. 4 IfSG knüpft, „soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist“. In § 75 Abs. 3 IfSG findet sich zudem eine Qualifikation, die beim Eintritt des in § 74 IfSG beschriebenen Erfolgs greift, während § 75 Abs. 4 IfSG die fahrlässige Verwirklichung des § 75 Abs. 1 oder 2 IfSG unter Strafe stellt.

Systematik und Zweckrichtung des IfSG haben bereits zur Folge, dass die Verhaltensnormen auf einen bestimmten Kreis von Adressaten zugeschnitten sind, nämlich auf Personen, die aufgrund bestimmter Eigenschaften ein erhöhtes Risiko im Hinblick auf die Verbreitung von Krankheiten darstellen. Dementsprechend eingeschränkt ist auch nicht selten der Täterkreis der akzessorischen Strafvorschriften, sodass diese zwar nicht technisch unbedingt als „Sonderdelikte“ ausgestaltet sein müssen, aber faktisch dennoch selten „Jedermann“ betreffen. Eine Grundsatzfrage, nämlich inwiefern das IfSG die Sicherheitsbehörden überhaupt dazu ermächtigt, wirklich „Jedermann“ in die Pflicht zu nehmen, begegnet uns in der Debatte um die Rechtmäßigkeit von Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverboten (vgl. im Folgenden), wie sie in den einzelnen Ländern – mehr oder weniger restriktiv – nun qua Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung aufgestellt werden. Genau diese aufgestellten Pflichten sind es auch, die als Anknüpfungspunkt für eine Bebuß- und Strafbarkeit auch derjenigen Personen fungieren, die nicht zum Phänotyp des IfSG-Normadressaten zählen. Soweit nämlich den Sicherheitsbehörden die Kompetenz eingeräumt wird, zur Durchsetzung der Maßnahmen Rechtsverordnungen zu erlassen und einzelne (sofort vollziehbare) Anordnungen zu treffen, ist damit zugleich die Kreation einer Straf- oder Ordnungswidrigkeitennorm verbunden, wenn der Tatbestand (wie bspw. § 73 Abs. 1a Nr. 6 – mittelbar im Handlungsteil somit auch § 74 oder § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG) an den Verstoß gegen die vollziehbare Anordnung knüpft.

2. Blankettcharakter der Strafvorschriften und Binnenverweise

Die Regelungstechnik ähnelt also derjenigen zahlreicher anderen Nebengesetze, die Ge- und Verbote im grundsätzlich erlaubnisfreien Verkehr mit bestimmten Waren (z.B. AMG, AWG) zum Gegenstand haben. Die Tatbestände des IfSG nehmen hierbei entweder unmittelbar auf die im IfSG aufgestellten Ge- und Verbote Bezug,¹⁷ indem sie entweder das „Zuwiderhandeln“ gegen eine Norm erfassen (§ 73 Abs. 1 Nrn. 6, 7d, 11a, 22, 24; § 75 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 IfSG)¹⁸ oder die verwaltungsrechtlich gebotene Handlung zitieren und deren Nichtvornahme für strafbar oder bebußbar erklären (Melden, Auskunft erteilen, Vorlegen/Zugänglichmachen von Unterlagen etc., vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 1 – 5 IfSG). Insoweit handelt es sich nur um „Binnenverweise“, die in puncto Legitimation und Dogmatik als weniger problematisch eingeordnet werden können.

Zum Teil sanktionieren die Vorschriften allerdings auch das Zuwiderhandeln gegen Rechtsakte, die auf Grundlage der vorgesehenen Befugnisnormen (ggf. auch im Zusammenhang mit einer Rechtsverordnung) erlassen worden

¹⁵ Vgl. dazu insgesamt BT-Drs. 19/18111.

¹⁶ Daher handelt es sich bei den aufgezählten Anknüpfungstatbeständen um Vorschriften, die im Handlungsteil auf den beschriebenen Erfolgsteil „passen“.

¹⁷ Und zwar dergestalt, dass nicht nur Begriffe oder bestimmte Merkmale des Unrechtstatbestands durch die Anknüpfungsnormen konkretisiert werden, sondern überwiegend der gesamte Normbefehl aus diesen heraus rekonstruiert werden muss.

¹⁸ Hierzu Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für die Ausgestaltung von Straf- und Bußgeldvorschriften (Handbuch des Nebenstrafrechts), 3. Aufl. (2018), S. 112.

sind. Derlei Strafbarkeiten kommen im Neben- bzw. Wirtschaftsstrafrecht häufiger vor,¹⁹ sie sind aber auch dem Kernstrafrecht nicht gänzlich fremd, weil das StGB ebenso eine verwaltungsrechtsakzessorische Rechtsmaterie enthält (§§ 324a, 325 i.V.m. § 330d Nr. 4c, d StGB²⁰). Der Gesetzgeber bezieht in diesen Fällen die Nichtbefolgung des Regelungsgehalts eines Verwaltungsakts in die Strafandrohung mit ein,²¹ delegiert also partiell die Konkretisierung (nicht die grundsätzliche Ausgestaltung, vgl. noch im Folgenden) des Verhaltensnormbefehls an die zuständige Behörde. So gesehen haben diese Vorschriften den Charakter eines Blanketts, die jeweils durch den erlassenen Verwaltungsakt „ausgefüllt“ werden.

Ob es sich um echte Blanketttatbestände handelt, dürfte indessen davon abhängig sein, welchen Charakter man dem Rechtsakt zuschreibt: Während der Verwaltungsakt unproblematisch als rechtlicher Einzelakt eingeordnet werden kann, könnte man zumindest aus der Perspektive des Strafrechts darüber diskutieren, ob eine Allgemeinverfügung nicht als Rechtsnorm begriffen werden müsste, was jedenfalls Auswirkungen auf den Vorsatzbezugspunkt bzw. die Irrtumslehre hätte.²² Denn als „Rechtsnorm-Analogon“ wäre sie blankettausfüllend und müsste mit dem Straftatbestand zusammengelesen werden. Stuft man die Allgemeinverfügung als rechtlichen Einzelakt ein, wäre auf Grundlage der herrschenden Dogmatik (Laien-)Vorsatz hinsichtlich ihres rechtlichen Ergebnisses nötig, also des Verbots.

Schon diese Überlegungen machen deutlich, dass die in Rede stehende Regelungstechnik grundsätzliche Fragen aufwirft, wie man sie bereits aus dem Wirtschaftsstrafrecht kennt und die im Folgenden knapp „vor die Klammer gezogen“ werden sollen, um im Anschluss – sozusagen im Besonderen Teil – potenzielle Verstöße gegen die landesrechtlich verordneten Schutzmaßnahmen den skizzierten Vorschriften zuzuordnen und den damit verknüpften spezifischen Problemen nachzugehen.

a) Strafverfassungsrechtliche Implikationen

Ist erst einmal die Parallele zum Wirtschaftsstrafrecht hergestellt bzw. das Stichwort „Blankett“ gefallen, gehen die spezifisch-strafverfassungsrechtlichen Implikationen nicht in den Wirren rund um die Legitimation und Reichweite der Ermächtigungsgrundlagen des IfSG allgemein unter. Spätestens mit der Entscheidung des *BVerfG* zum

Rindfleischetikettierungsgesetz²³ ist bei jedem Strafrechtler angekommen, dass Strafvorschriften mit einem „Kompetenzsprung“ einer besonders kritischen Begutachtung im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 20 Abs. 3 GG bzw. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG unterzogen werden müssen. Soweit bspw. § 74 IfSG im Handlungsteil an § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG knüpft, wonach (vgl. noch im Folgenden ausführlich) u.a. das Zuwiderhandeln gegen vollziehbare Anordnungen nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG erfasst ist, stellt sich diese Frage in besonderem Maße: schließlich handelt es sich hierbei um eine Generalklausel, die den Erlass durchaus unterschiedlicher – in ihrer Qualität kaum vergleichbarer – Verwaltungsakte ermöglicht, solange diese als notwendige Schutzmaßnahmen in Betracht kommen.

Das *BVerfG* hatte aber eine Delegation der Verhaltensnorm nur im Sinne einer Konkretisierung zugelassen:²⁴ verfassungswidrig sei es dagegen, wenn es der Behörde als Verordnungsgeber oder als die den Rechtsakt erlassende Institution völlig freistand, zu bestimmen, welche Verstöße (in concreto: gegen das in Bezug genommene Gemeinschaftsrecht) als strafwürdig anzusehen waren.²⁵ Zur Klarstellung: dies muss weder bedeuten, dass die Ermächtigungsgrundlage als solches verfassungswidrig ist, noch dass der Gesetzgeber keine Möglichkeit hätte, Art und Umfang der potentiell strafbewehrten Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Rechtsakte näher zu bestimmen;²⁶ in der jetzigen Ausgestaltung wird man aber zumindest diejenigen Strafnormen als mit Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar und damit verfassungswidrig einordnen müssen, die im Handlungsteil an nicht näher konkretisierte bzw. in Art und Umfang der Maßnahme eingeschränkte Ermächtigungsgrundlagen knüpfen.²⁷ Für § 74 IfSG dürfte dies angenommen werden, soweit die Strafbarkeit im Handlungsteil an den Verstoß gegen Maßnahmen knüpft, die auf die Generalklausel gestützt werden.

b) Verwaltungsakt und Akzessorietät

Auch im Hinblick auf die Qualität und Rechtmäßigkeit der vollziehbaren Anordnung als Verwaltungsakt (oder Allgemeinverfügung, hierzu noch im Folgenden) tun sich Fragen auf, für die der mit den §§ 73 ff. IfSG (hoffentlich nur vereinzelt) konfrontierte Rechtsanwender ausreichend sensibilisiert sein sollte. Die bereits existierende Kasuistik führt in einen Streit rund um die Folgen der Rechtswidrig-

¹⁹ Vgl. etwa §§ 23, 26 Nr. 1 VersG, § 20 VereinsG; § 17 Abs. 1 AWG; § 97 Abs. 2 Nr. 6 AMG; § 120 Abs. 1 Nr. 1, 2b WpHG; § 52 Abs. 3 Nr. 8 WaffG.

²⁰ Zur Umweltrechtsakzessorietät instruktiv *Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, S. 11; zur Akzessorietät im Wirtschaftsstrafrecht vgl. nur *Kudlich/Oğlakcioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2020), Rn. 1 ff.

²¹ Zu dieser Technik erläuternd Handbuch des Nebenstrafrechts (Fn. 20), S. 62 ff.

²² *Kudlich/Oğlakcioğlu* (Fn. 20), Rn. 57 ff.

²³ BVerfGE 143, 38 = NJW 2016, 648 m. Anm. *Hecker*; die Entscheidung stieß auf ein breites Echo, vgl. nur *Brand/Kratzer*, JR 2018, 422; *Cornelius*, NSTZ 2017, 682; *Sinn*, ZJS 2018, 381.

²⁴ Hierzu auch *Kudlich/Oğlakcioğlu* (Fn. 20), Rn. 49 ff.

²⁵ BVerfGE 143, 38 = NJW 2016, 648 (650).

²⁶ Nach unserer Einschätzung steht der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung weder entgegen, dass es sich bei § 74 IfSG um ein Delikt handelt, das erst durch den „zusätzlichen Erfolg“ zu einem Straftatbestand qualifiziert wird, noch, dass die Entscheidung des *BVerfG* sich auf eine Rechtsverordnung und nicht auf eine vollziehbare Anordnung bezog. Denn während eine Allgemeinverfügung der Rechtsverordnung zumindest strukturell ähnelt, muss ein individuell jedes Mal aufs Neue kreierter Verwaltungsakt, dessen Nichtbefolgung strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen soll, erst recht eingeeht werden.

²⁷ Die Verfassungsmäßigkeit der strukturell vergleichbaren Vorschrift des § 17 Abs. 1 AWG anzweifeln *Hoffmann*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), 24. Kap. Rn. 60.

keit eines für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakts. Einigkeit besteht wohl nur im Hinblick auf den Umstand, dass eine Strafbarkeit bei nichtigen Verwaltungsakten ausscheidet, umgekehrt (nach Auffassung des *BVerfG*) es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dass die Strafbarkeit an einen noch nicht bestandskräftigen, sondern nur vollziehbaren Verwaltungsakt anknüpft.²⁸ Im Übrigen besteht hinsichtlich der strafrechtlichen Folgen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts Streit dahingehend, ob es bei sofort vollziehbaren Anordnungen überhaupt auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ankommen darf und muss. Bei einer grundsätzlich kritischen Haltung wird man mit der Überlegung sympathisieren, dass das zentrale Unrechtsmoment des Verstoßes nicht in der Auflehnung gegen den Sofortvollzug liegt (dann müsste übrigens wiederum dessen Rechtmäßigkeit überprüft werden), sondern im Zuwiderhandeln gegen die Anordnung, die somit auch rechtmäßig sein muss.²⁹ Hierfür spricht auch die Erwägung, dass die sofortige Vollziehbarkeit eine zügige, nicht durch ein Gerichtsverfahren gehemmte Vollstreckung vereinfachen soll.³⁰ Dieser Zweck ist zum Zeitpunkt der Verhängung eines Bußgeldes allerdings nicht mehr gegeben, sodass es unverhältnismäßig wäre diese aufrechtzuerhalten, obwohl sich die Anordnung im Nachhinein als rechtswidrig herausstellte.³¹

3. Zwischenfazit

Es hat sich gezeigt, dass die Strafvorschriften, aber auch Ordnungswidrigkeitentatbestände, per se strafverfassungsrechtlich belastet sind, v.a. diejenigen Tatbestände, die an ein Zuwiderhandeln gegen eine vollziehbare Anordnung knüpfen. Im „Besonderen Teil“ wird nun der Frage nachgegangen, welche weiteren Probleme sich im Zusammenspiel konkreter Schutzmaßnahmen wie Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverboten (als vollziehbare Anordnungen)³² mit den §§ 73 ff. IfSG ergeben können. Hierfür müssen zunächst die unterschiedlichen Formen der Schutzmaßnahmen und die Instrumente, von denen die Sicherheitsbehörden in diesem Zusammenhang Gebrauch gemacht haben, genauer betrachtet werden, um im Anschluss potentielle Verstöße gegen die Schutzmaßnahmen den einschlägigen Sanktionsnormen zuzuordnen.

4. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Bewehrung von Ver- und Geboten auf Grundlage des IfSG

a) Verstoß gegen individuelle Anordnungen

In den Anfängen der Epidemie wurden noch vergleichsweise wenige Personen in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Für positiv Getestete (Kranke) und Krankheits- sowie Ansteckungsverdächtige ordnen die zuständigen Behörden gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG Quarantäne an. Konkret bedeutet das ganz überwiegend ein, durch eine individuelle, vollziehbare Anordnung getroffenes, striktes Verbot, die eigene Wohnung zu verlassen. Die Betroffenen mussten ihre Versorgung mit Dingen des täglichen Bedarfs über Verwandte, Freunde oder Bekannte sicherstellen. Kontrolliert wurde die Einhaltung des Verbots durch die zuständigen Behörden mit Telefonanrufen oder stichprobenartigen Wohnungsbesuchen. Verstöße gegen Anordnungen (es handelt sich um Verwaltungsakte der zuständigen Gesundheitsbehörde), die auf den speziellen Ermächtigungsnormen basieren, die in § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG zitiert werden (wie auch die beschriebenen Quarantäne-Maßnahmen), sind nach dieser Vorschrift strafbar, sodass es nicht erstaunt, dass in Anbetracht der zahlreich festgestellten Verstöße bereits Strafanzeigen gestellt wurden.³³ Daneben bleibt es möglich, Einzelanordnung auf Grundlage der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG zu treffen (wobei wiederum umstritten ist, welche Maßnahmen von dieser Vorschrift umfasst sind, vgl. im Folgenden);³⁴ Verstöße gegen derlei – nicht in § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG genannte – Anordnungen können als Ordnungswidrigkeit gem. § 73 Abs. 1 Nr. 6 IfSG geahndet (und ggf. als Straftat gem. § 74 IfSG, siehe oben, verfolgt) werden.

b) Verstoß gegen Allgemeinverfügungen am Beispiel Bayerns und Sachsen-Anhalts, insbesondere gegen die Ausgangsbeschränkung

Angesichts der rasch angestiegenen Fallzahlen und der Befürchtung, es könne trotz der zahlreichen Maßnahmen (z. B. weitreichenden Schließungen von Gastronomie und Einzelhandel) in absehbarer Zeit zu einer weiteren Ver-

²⁸ So jedenfalls für § 20 Abs. 1 Nr. 1 VereinsG: *BVerfG*, NJW 1990, 37.

²⁹ Bei solch einer Annahme hat die Aufnahme der sofortigen Vollziehbarkeit in den Wortlaut der Vorschriften wohl nur klarstellende Funktion dahingehend, dass nicht vollstreckbare Verwaltungsakte (§ 80 Abs. 1 VwGO) keine strafrechtliche Folgen nach sich ziehen können, so auch *Wehowsky*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 228. EL Januar 2020, im Kontext des § 39 WpHG (a.F) Rn. 80.

³⁰ Daher ist auch die Vollstreckung einer rechtswidrigen sofort vollziehbaren Anordnung rechtmäßig, vgl. *BVerfG*, StV 1993, 123 (124 f.).

³¹ *Wehowsky*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 29), § 39 WpHG (a.F) Rn. 80.

³² Die Terminologie Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbot ist juristisch nicht vorgeprägt, ihre Ausbildung ist den konkreten politischen Maßnahmen in der Coronakrise geschuldet. Dabei kann von einer Ausgangsbeschränkung gesprochen werden, wenn ein grundsätzliches Verbot, die Wohnung zu verlassen, besteht und Ausnahmefälle („triftige Gründe“) vorgesehen sind. Das Kontaktverbot hingegen beschränkt sich auf das grundsätzliche Verbot von Ansammlungen von mehr als zwei Personen in der Öffentlichkeit, ohne das Verlassen der Wohnung als solches zu verbieten.

³³ Ein Bericht zu zahlreich festgestellten Verstößen gegen Quarantäneanordnungen nach § 30 I IfSG enthält <https://www.mz-web.de/halle-saale/strafanzeigen-gestellt-kontrollen--hallenser-halten-sich-nicht-an-corona-quarantaene-36410946> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

³⁴ Solange Menschen meinen, ihre Krankheit vortäuschen zu müssen und ihr an den Tag gelegtes Verhalten die Vermutung trägt, es werde gegen Quarantänemaßnahmen verstoßen, kann in solch einem schlechten Scherz auch das Vortäuschen einer Straftat gem. § 145d StGB liegen. Vgl. Zu einem solchen Fall etwa <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/muenchen-angeblich-mit-coronavirus-infizierter-mann-leckt-rolltreppe-ab-a-a971fde5-cc27-44c4-8110-f71271cfc3cc> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

breitung des Virus und damit einer Überlastung des Gesundheitssystems kommen, kamen weitergehende Maßnahmen ins Gespräch. Da sich immer noch zahlreiche Menschen im öffentlichen Raum aufhielten, erließ zunächst der Freistaat Bayern eine Allgemeinverfügung, in der u. a. eine Ausgangsbeschränkung enthalten ist.³⁵ Danach ist das Verlassen der Wohnung nur noch aus „triftigen Gründen“ erlaubt. Ein solcher soll u. a. ein Besuch beim Lebenspartner sein. Bekannte und Freunde hingegen darf man in Bayern nicht mehr besuchen. Sachsen-Anhalt hat zwischenzeitlich eine ganz ähnliche Allgemeinverfügung erlassen.³⁶ Wie aber ist eine Zuwiderhandlung strafrechtlich zu bewerten, wenn man beispielsweise auf dem Weg zu einem Freund von Polizeibeamten aufgegriffen wird? Ungeachtet der Schwierigkeit, die Besuchszuweisung nachzuweisen, insbesondere, evtl. Schutzbehauptungen des Angetroffenen zu widerlegen, richtet sich die materielle Rechtslage nach den bereits skizzierten §§ 73, 74 und 75 IfSG.

aa) Deklaratorische Hinweise in den Allgemeinverfügungen auf den Charakter als Ordnungswidrigkeit und Unrechtsbewusstsein

Konsultiert man die Allgemeinverfügung von Bayern, findet man in Nr. 7 folgenden Hinweis: „Ein Verstoß gegen diese Allgemeinverfügung kann nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 des Infektionsschutzgesetzes als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.“ In der Begründung heißt es allerdings ergänzend: „Die Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG ist gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG strafbewehrt.“ In den FAQ zu den Ausgangsbeschränkungen auf der Internetseite des Staatsministeriums für Inneres wird weiterhin die Frage, ob man bei einem Verstoß verhaftet werden kann, mit „Ja“ beantwortet und auf § 74 IfSG hingewiesen.³⁷ Die Allgemeinverfügung in Sachsen-Anhalt verweist demgegenüber in ihrer Nr. 6 nur auf die Möglichkeit der Ahndung eines Verstoßes als Ordnungswidrigkeit gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG. Die Rechtslage erscheint – selbst für den juristisch geschulten Leser – zunächst verwirrend.

Tatsächlich ist der Hinweis im Allgemeinverfügungstext allein auf die Bußgeldvorschrift des § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG irreführend. Denn über § 74 IfSG wird jeder vorsätzliche Verstoß gegen diese Norm zur Straftat „hochgestuft“, wenn eine dadurch eingetretene Verbreitung des Coronavirus nachgewiesen werden kann. Letzteres mag zwar – wie erwähnt – oftmals nicht gelingen oder gar nicht in Rede stehen. Gleichwohl besteht bei einem Verstoß gegen § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG – wie zumindest in den bayerischen FAQ mitgeteilt – jedenfalls im Grundsatz die

Möglichkeit, sich auch strafbar zu machen. Die Allgemeinverfügungen (ohne Hinzuziehung der Begründung) suggerieren indes das Gegenteil. Das kann Auswirkungen auf die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein und einem Verbotsirrtum i. S. d. § 17 StGB haben. Fordert man für das Unrechtsbewusstsein gerade die Kenntnis der Verletzung einer Strafnorm und lässt es nicht ausreichen, dass der Adressat sein Verhalten als ordnungswidrig eingestuft hat, wird es problematisch.³⁸ Die in den Allgemeinverfügungen enthaltenen Hinweise allein auf die Bußgeldvorschrift in § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG, könnten Beschuldigte als starkes Indiz für ihre Unkenntnis des Strafcharakters ins Feld führen.

bb) Ermächtigungsgrundlage der Ausgangsbeschränkung und Bestimmtheitsgrundsatz

Ungeachtet dieser Frage ist Voraussetzung einer Ahndung nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG bzw. einer Strafbarkeit nach § 74 IfSG ein Verstoß gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Dabei dürfte zwar unbestritten sein, dass es sich bei der angeordneten Ausgangsbeschränkung in der Allgemeinverfügung um eine vollziehbare Anordnung handelt. Unklar ist jedoch, auf welche Ermächtigungsgrundlagen dieses weitreichende Verbot gestützt wird. Sowohl Bayern als auch Sachsen-Anhalt zitieren als Ermächtigungsgrundlage kumulativ § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG. Das ist problematisch.

Das gilt schon deshalb, weil § 74 IfSG Vorsatz und einen nachweisbaren Verbreitungserfolg verlangt und eine Ordnungswidrigkeit nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG in Bezug nimmt. Demgegenüber setzt § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG nur eine vorsätzlich oder eine fahrlässige Handlung (§ 75 Abs. 4 IfSG) wider eine vollziehbare Anordnung nach § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG voraus. Es ist also entscheidend, ob § 28 Abs. 1 S. 1 oder S. 2 IfSG die Ermächtigungsgrundlage für die Ausgangsbeschränkung ist. Auch dies könnte sich auf das Unrechtsbewusstsein (bzw. – siehe oben – auf den Vorsatz) auswirken.

Losgelöst von subjektiven Überlegungen soll an dieser Stelle kurz die materiell-rechtliche Frage beleuchtet werden, auf welche Ermächtigungsgrundlage nun eigentlich die Ausgangsbeschränkung gestützt werden kann. Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, auf § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG zu rekurrieren. Dort ist die Befugnis enthalten, bestimmte Aufenthaltsgebote und Betretungsverbote zu erlassen (Behörde kann „[...] Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte nicht zu betreten [...]“). Allerdings enthält die Vorschrift eine Einschränkung, indem

³⁵ Gegen diese Allgemeinverfügung wurde im Wege einstweiligen Rechtsschutzes bereits erfolgreich vorgegangen. Dabei stellte das VG München die formelle Rechtswidrigkeit zugunsten zweier Einzelpersonen („inter partes“) fest. Im Übrigen behalte sie aber ihre Wirksamkeit, vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/vg-muenchen-setzt-wirksamkeit-coronabedingter-ausgangsbeschaenkungen-in-zwei-einzelfaellen-vorlaeufig-ausser-kraft> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

³⁶ Diese wurde mittlerweile (nach Abschluss des Manuskripts), wegen des Erlasses einer Rechtsverordnung auf Grundlage des § 32 IfSG, widerrufen, vgl. dazu <https://lvwa.sachsen-anhalt.de/das-lvwa/unterseite-start/oeffentliche-bekanntmachung-des-landesverwaltungsamtes-sachsen-anhalt/> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020). Das ist insoweit problematisch, als nunmehr auf Landesebene eine vollziehbare Anordnung fehlt, auf die man eine Bebußung oder Strafbarkeit nach §§ 73, 74 und 75 IfSG stützen könnte, vgl. dazu II. 4. c).

³⁷ Die FAQ sind online abrufbar unter: <https://www.stmi.bayern.de/miniwebs/coronavirus/faq/index.php> (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

³⁸ Vgl. zu dieser Sichtweise Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 45. Edition (Stand: 1.2.2020), § 17 Rn. 8 m. w. N.

sie darauf hinweist, dass entsprechende Maßnahmen getroffen werden können „[...] bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind.“ Diese notwendigen Schutzmaßnahmen sind in den §§ 28 Abs. 1 S. 1 und 29 bis 31 IfSG geregelt. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Ausgangsbeschränkungen zur Vorbereitung anderer Maßnahmen dienen. Es handelt sich wohl vielmehr um eine Hauptmaßnahme zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten. Diese vornehmlich öffentlich-rechtliche Diskussion soll hier nicht weiter vertieft werden. Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass im Bundestag inzwischen eine Änderung des § 28 IfSG auf den Weg gebracht wurde. Danach soll § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG in den S. 1 inkorporiert und der Hinweis auf den vorbereitenden Charakter entsprechender Maßnahmen („[...] bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind.“) gestrichen werden.³⁹ Auch wenn die Entwurfsbegründung meint, dass der Wortlaut des § 28 Abs. 1 IfSG nur „aus Gründen der Normenklarheit angepasst“ werde, kann das die dargestellten Zweifel an der bisherigen Tauglichkeit des § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG als Ermächtigungsgrundlage nicht ausräumen.⁴⁰

Damit bliebe letztlich nur § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für die Ausgangsbeschränkung. Hier können zwei Einwände vorgebracht werden: Zum einen würde die Generalklausel, die zu den „notwendigen Schutzmaßnahmen“ berechtigt, auch Aufenthaltsgebote und Betretungsverbote ermöglichen, die in der speziellen Vorschrift des § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG nur als vorbereitende Maßnahmen zugelassen werden. Zum anderen würde sie – soweit man die Ausgangsbeschränkung als Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 GG sieht – dem Vorwurf ungenügender Bestimmtheit ausgesetzt, der in strafrechtlicher Hinsicht – vgl. bereits die Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen der Regelungssystematik – in besonderem Maße gilt. Festzuhalten bleibt: Hinsichtlich eines Verstoßes gegen Allgemeinverfügungen gelten im Grundsatz keine Besonderheiten im Vergleich zu (sofort vollziehbaren) individuellen Anordnungen. Soweit man davon ausgeht, dass § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als Ermächtigungsnorm für Ausgangsbeschränkungen erhalten kann, wäre bei einem Verstoß gegen diese § 73 Abs. 1a Nr. 6 (und ggf. § 74) IfSG einschlägig.⁴¹ Bei den auf Einzelfälle zugeschnittenen Schutzmaßnahmen, auf die § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG Bezug nimmt, erscheint eine Maßnahme im Wege der Allgemeinverfügung ohnehin schwer vorstellbar, sodass § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG in diesem Kontext selten eine Rolle spielen wird.

c) Verstoß gegen Rechtsverordnungen am Beispiel Nordrhein-Westfalens: Das Kontaktverbot

In Auseinandersetzung und Abgrenzung zur Ausgangsbeschränkung in Bayern hat sich die Regierung in Nordrhein-Westfalen im Kampf gegen das Coronavirus für ein umfangreiches Kontaktverbot entschieden. Dazu hat es eine Rechtsverordnung auf Grund der §§ 32, 28 Abs. 1 S. 1 und 2 IfSG erlassen (CoronaSchVO).⁴² Das darin u.a. enthaltene, an die Bürger gerichtete Verbot setzt nicht bereits beim Verlassen der Wohnung, sondern erst im öffentlichen Raum an (§ 12 CoronaSchVO): Zusammenkünfte und Ansammlungen in der Öffentlichkeit von mehr als zwei Personen sind untersagt. Es bestehen eine Handvoll Ausnahmetatbestände.

In straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlicher Hinsicht teilt die Verordnung mit, dass Verstöße als Ordnungswidrigkeiten und als Straftaten verfolgt werden (§ 14 CoronaSchVO). Anknüpfungspunkte hierfür sollen die §§ 73 Abs. 1a Nr. 6, 75 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 und 4 IfSG sein. Zudem hat die Landesregierung einen Straf- und Bußgeldkatalog zur Umsetzung des Kontaktverbots veröffentlicht.⁴³ Darin wird das Verbot von Ansammlungen in der Öffentlichkeit und Zusammenkünften (§ 12 CoronaSchVO) als durch § 75 IfSG strafbewehrt ausgewiesen. Strafverfolgung soll allerdings erst ab 10 Personen eingeleitet werden. Unterhalb dieser Personenzahl sollen Verstöße als Ordnungswidrigkeit nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG geahndet werden.

Diese Hinweise sind ebenso problematisch. Anders als die Ausgangsbeschränkungen, mag das Kontaktverbot in Gestalt der Zusammenkunfts- und Ansammlungsverbote im öffentlichen Raum möglicherweise auf die Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 IfSG gestützt werden können. Dafür spricht, dass der Wortlaut so verstanden werden kann („[...] kann die zuständige Behörde Veranstaltung oder sonstige Ansammlungen einer Anzahl von Menschen beschränken oder verbieten [...]“) und nur der zweite, nicht der erste Halbsatz den Hinweis auf den vorbereitenden Charakter hiernach erlassener Maßnahmen enthält („[...] bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind.“). Eine Strafbewehrung über § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG wäre bei einem derartigen Verbot, gestützt auf § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine gleichzeitige Bewehrung als Ordnungswidrigkeit nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG würde demgegenüber ausweislich seines expliziten Wortlauts voraussetzen, dass die Ermächtigungsgrundlage in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gesehen wird. Ein und dasselbe Verbot kann aber nicht auf § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG gestützt werden. Das zeigt – wie bereits dargelegt – ein systematischer Blick auf die §§ 73, 74 und 75 IfSG.

³⁹ BT-Drs. 19/18111, S. 10.

⁴⁰ A.a.O., S. 25.

⁴¹ Lehnt man dagegen eine auf die Generalklausel gestützte Ausgangsbeschränkung oder andere vergleichbare Maßnahmen ab, läuft § 73 Abs. 1 Nr. 6 IfSG nicht vollständig ins Leere. Vielmehr können nach wie vor Verstöße gegen notwendige Schutzmaßnahmen nach § 29 IfSG (Beobachtung) bußgeldbewehrt werden. Bei § 29 IfSG handelt es sich um eine Ermächtigungsgrundlage, auf die § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG nicht Bezug nimmt.

⁴² Sie ist abrufbar unter: https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-03-22_coronascho_nrw.pdf (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

⁴³ Dieser ist abrufbar unter: https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/200323_bussgeldkatalog_zur_rechtsverordnung_22.03.2020.pdf (zuletzt abgerufen am 27.3.2020).

Denn Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG sind im Grundsatz nur bußgeldbewehrt und erst unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 74 IfSG (Vorsatz und Nachweis eines Verbreitungserfolgs) strafbar.

Unabhängig davon, setzt aber jedwede straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung nach den §§ 73, 74 und 75 IfSG im hier interessierenden Kontext das Handeln wider eine vollziehbare Anordnung voraus. Zwar enthalten die Sanktionsnormen den Zusatz, dass sie auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 32 S. 1 IfSG eingreifen. Doch darf das nicht derart missverstanden werden, dass *allein* ein Zuwiderhandeln gegen eine Rechtsverordnung ausreicht. Das Sanktionskonzept des IfSG knüpft bei Schutzmaßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG mit der vollziehbaren Anordnung gerade primär an konkrete Handlungsformen der Verwaltung an und lässt lediglich sekundär einen darin enthaltenen Rückgriff auf abstrakt-generelle Rechtsverordnungen zu. Deutlich zeigt das auch ein systematischer Binnenvergleich etwa mit § 75 Abs. 2 IfSG. Dort wird bei den strafbaren Handlungen direkt unterschieden zwischen Zuwiderhandlung gegen Rechtsverordnungen (nach § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 oder Abs. 2 IfSG) und gegen vollziehbare Anordnungen auf Grund einer solchen Rechtsverordnung. Erstere Umschreibung der strafbaren Handlung wäre auch in den §§ 73 Abs. 1a Nr. 6, 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG⁴⁴ erforderlich, um Verstöße allein gegen eine Rechtsverordnung straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlich zu bewähren. Da sie fehlt, ist ein Verstoß gegen die nordrhein-westfälische Verordnung (CoronaSchVO) weder eine Ordnungswidrigkeit noch Straftat. Soweit in einzelnen Kommunen jedoch Allgemeinverfügungen erlassen wurden, könnte man annehmen, dass Verstöße gegen darin enthaltene vollziehbare Anordnungen entsprechend geahndet werden können. Freilich bleibt solch ein Vorgehen problematisch, da auf diese Weise eine faktisch „abstrakt-generelle“ Anordnung geschaffen und damit das zentrale Unrechtsmoment (der Verstoß gegen eine konkrete Anordnung durch das „angesprochene Individuum“) unterlaufen wird. So müssen sich diejenigen Landesregierungen, die eine Allgemeinverfügung erlassen haben, den Vorwurf gefallen lassen, über eine Art „Etikettenschwindel“ den Weg der individuellen Anordnung zu umgehen, um auf

diese Weise zu einer potenziellen Bebußung zu gelangen. Dem könnte man durch eine Anpassung der Straf- und Bußgeldvorschriften des IfSG abhelfen. Zu denken wäre an eine Vorschrift etwa i.S.d. § 75 Abs. 2 Alt. 1 IfSG, bei der künftig schon die Zuwiderhandlung gegen Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG entweder straf- oder bußgeldbewehrt ist.

III. Fazit

Angesichts der im Detail nicht auf Anhieb zugänglichen Unterscheidungskriterien und den vorgeschalteten verfassungsrechtlichen Fragestellungen, erstaunt es nicht, dass bezüglich der Strafvorschriften des IfSG (scheinbar auch bei den zuständigen Behörden) Rechtsunsicherheit zu bestehen scheint. Der Beitrag war daher bemüht, die einschlägigen Normen einer Systematisierung zuzuführen und grundsätzliche Kritik „auszulagern“. Ergebnis ist eine konkrete Zuordnung einzelner Verstöße gegen bestimmte Schutzmaßnahmen. Während v.a. die auf den speziellen Ermächtigungsgrundlagen basierenden Maßnahmen (insbesondere die Quarantäne, Verbot von Versammlungen sowie Veranstaltungen) als Straftaten nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG eingeordnet werden können, hat sich herausgestellt, dass die Ausgangsbeschränkung (und auch sonstige Maßnahmen wie die Schließung von Freizeiteinrichtungen oder das Kontaktverbot) – wenn überhaupt – als Ordnungswidrigkeit geahndet werden können (auch, weil der Nachweis des nach § 74 Abs. 1 IfSG erforderlichen Erfolgs kaum gelingen wird). Man kann nur hoffen, dass die Erwägungen Anleitungen aus dem Elfenbeinturm bleiben, um in wenigen Einzelfällen des Verwaltungsungehorsams angemessen und v.a. rechtmäßig reagieren zu können. Szenarien, in denen es (wiederum nur theoretisch) um die Frage geht, inwiefern ein Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) auch bei Rechtswidrigkeit der vollziehbaren Anordnung tatbestandsmäßig ist und – aus gleichsam umgekehrter Perspektive – inwiefern Polizei und Sicherheitsbehörden sich nach §§ 239, 240 Abs. 1 StGB strafbar machen, wenn sie freiheitsentziehende Maßnahmen ohne ausreichende Ermächtigungsgrundlage an protestierenden Bürgern vollstrecken, will man sich derzeit nicht ausmalen. Und spätestens dann wäre das Strafrecht das geringste Problem.

⁴⁴ In § 74 IfSG bedürfte es einer solchen Umschreibung nicht, da dort § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG durch Verweis inkorporiert wird.

Verbot geschäftsmäßiger Sterbehilfe verfassungswidrig

BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16

Leitsätze:

1. a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben.

b) Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben schließt die Freiheit ein, sich das Leben zu nehmen. Die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren.

c) Die Freiheit, sich das Leben zu nehmen, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.

2. Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher von Verfassungs wegen hinreichend gerechtfertigt sein. Das in § 217 Abs. 1 StGB strafbewehrte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung macht es Suizidwilligen faktisch unmöglich, die von ihnen gewählte, geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen.

3. a) Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit zu messen.

b) Bei der Zumutbarkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass die Regelung der assistierten Selbsttötung sich in einem Spannungsfeld unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutzaspekte bewegt. Die Achtung vor dem grundlegenden, auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht desjenigen, der sich in eigener Verantwortung dazu entscheidet, sein Leben selbst zu beenden, und hierfür Unterstützung sucht, tritt in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen.

4. Der hohe Rang, den die Verfassung der Autonomie und dem Leben beimisst, ist grundsätzlich geeignet, deren effektiven präventiven Schutz auch mit Mitteln des Strafrechts zu rechtfertigen. Wenn die Rechtsordnung bestimmte, für die Autonomie gefährliche Formen der Suizidhilfe unter Strafe stellt, muss sie sicherstellen, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt.

5. Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 Abs. 1 StGB verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.

6. Niemand kann verpflichtet werden, Suizidhilfe zu leisten.

Auszug aus den Gründen:

[...]

IV. (Verfassungsbeschwerden)

³³ 1. Die beiden Beschwerdeführer zu I. 1. und I. 2. sind Mitglieder des Beschwerdeführers zu II., eines sogenannten Sterbehilfevereins, und möchten zu gegebener Zeit dessen Angebot einer Suizidhilfe in Anspruch nehmen.

³⁴ a) Beide Beschwerdeführer haben sich angesichts langjähriger, unheilbarer Erkrankungen und aufgrund von Erlebnissen qualvollen Sterbens im engen Familienkreis für einen selbstbestimmten Tod durch assistierten Suizid entschieden. Sie fürchten, bei weiterem Fortschreiten ihrer Erkrankungen unter Verlust ihrer Selbstbestimmung auf die Hilfe anderer angewiesen zu sein. Eine Pflege durch Dritte, etwa in Palliativeinrichtungen oder Pflegeheimen, lehnen sie ab. Aus diesem Grund sind sie dem Beschwerdeführer zu II. beigetreten und haben von diesem vor Inkrafttreten von § 217 StGB die Zusage zu einer Suizidhilfe erhalten. Bereits das Wissen um diese Zusage hat ihnen nach eigenem Vorbringen in der Vergangenheit geholfen, Situationen starker Schmerzen und großen Leidens durchzustehen. Angehörige oder Freunde, die bereit wären, ihnen assistierend zur Seite zu stehen, wenn sich der Sterbewunsch infolge akuter Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes konkretisieren sollte, haben die Beschwerdeführer nicht.

³⁵ b) Die Beschwerdeführer sehen sich durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in ihrem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Selbstbestimmungsrecht, hilfsweise in ihrem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt. [...]

⁴¹ 2. Der Beschwerdeführer zu II. ist ein in Deutschland eingetragener Verein, dessen satzungsgemäßer Zweck darin besteht, das „Recht auf Selbstbestimmung bis zum letzten Atemzug“ in Deutschland nach schweizerischem Vorbild

zu verankern und seine Mitglieder bei der Durchsetzung dieses Rechts zu unterstützen.

- ⁴² a) Das Angebot des Beschwerdeführers beschränkte sich bis zum Inkrafttreten des § 217 StGB nicht auf beratende und unterstützende Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Abfassen und Durchsetzen von Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen, sondern schloss auch Suizidbegleitungen ein. Der Verein kennt vier Formen der Mitgliedschaft: eine Mitgliedschaft zu einem monatlichen Beitrag von 50 Euro, die ein Anrecht auf Suizidbegleitung nicht einschließt, und drei Mitgliedschaften, die sich – orientiert an der Höhe eines einmalig zu entrichtenden Beitrags zwischen 200 und 7.000 Euro – in der Länge der Wartezeit bis zur Suizidbegleitung unterscheiden. Trotz dieser Mitgliedsbeiträge verfolgt der Verein seinen ethischen Grundsätzen zufolge keine wirtschaftlichen oder gewerblichen Zielsetzungen. Die Mitglieder des Vorstands üben ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus und erhalten weder eine Vergütung noch eine Aufwands- oder Auslagenpauschale. Insbesondere Suizidbegleitungen erfolgen ausschließlich ehrenamtlich. Die Vergütungen, die der Geschäftsführer des Vereins und sonstige angestellte und freie Mitarbeiter erhalten, beziehen sich nicht auf Suizidbegleitungen, sondern ausschließlich auf die übrigen Tätigkeiten, die sie für den Beschwerdeführer ausüben. Die Annahme von Geschenken oder Geld anlässlich einer Suizidbegleitung ist verboten.
- ⁴³ Die Vereinsmitgliedschaft ist an die Volljährigkeit und entweder die deutsche oder schweizerische Staatsangehörigkeit oder einen Wohnsitz in Deutschland oder der Schweiz geknüpft.
- ⁴⁴ Eine Suizidbegleitung durch den Beschwerdeführer setzt nach den von seinem Vorstand gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 der Vereinssatzung beschlossenen ethischen Grundsätzen insbesondere voraus, dass die uneingeschränkte Einsichts- und Willensfähigkeit des Sterbewilligen durch ein ärztliches Gutachten nachgewiesen und der Sterbewunsch trotz Aufklärung über alternative medizinische Optionen wohlwogen und unumstößlich ist. Der Sterbewillige muss ferner über das Risiko eines Fehlschlags und die spezifischen Risiken der von ihm gewählten Suizidmethode aufgeklärt werden. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist zu dokumentieren. Zur Durchführung der Selbsttötung findet in der Regel eine Medikamentenmixturen Anwendung, die der Beschwerdeführer den Betroffenen über kooperierende Ärzte und Pharmazeuten vermittelt. Die Zusammensetzung der Mixturen legt der Beschwerdeführer nicht offen. [...]
- ⁴⁶ b) Der Beschwerdeführer zu II. sieht sich in seinem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 1 GG verletzt. [...]
- ⁵⁶ 3. a) Bei den Beschwerdeführern zu III. 1. bis III. 6. handelt es sich um zwei sogenannte Sterbehilfevereine mit Sitz in der Schweiz und in Deutschland und deren organchaftliche Vertreter und Mitarbeiter.
- ⁵⁷ aa) Der Beschwerdeführer zu III. 1. ist ein Verein nach schweizerischem Recht mit Sitz im schweizerischen Forch.
- ⁵⁸ Der Verein hat gemäß seinen Statuten zum Zweck, seinen Mitgliedern „ein menschenwürdiges Leben wie auch ein menschenwürdiges Sterben zu sichern, auch weiteren Personen bei der Durchsetzung dieses Menschenrechts behilflich zu sein und für dessen weltweite Verwirklichung zu kämpfen“. Ebenso wie bei dem Beschwerdeführer zu II. umfasst die Tätigkeit des Vereins, allerdings beschränkt auf das schweizerische Staatsgebiet, neben allgemeinen Beratungsleistungen im Bereich der Pflege und des Patientenschutzes auch die Sterbebegleitung und die Assistenz zur Selbsttötung. Er verfolgt dabei nach Art. 2 Abs. 4 seiner Statuten ebenfalls keine Erwerbszwecke. Der Verein finanziert sich über Beiträge seiner Mitglieder, Legate, Spenden und Eintrittsgebühren.
- ⁵⁹ Die Mitgliedschaft ist nicht an einen Wohnsitz in der Schweiz oder an die schweizerische Staatsangehörigkeit geknüpft. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Vereinsstatuten unterscheidet der Verein bei der Mitgliedschaft zwischen Aktivmitgliedern, Kuratoriumsmitgliedern und sogenannten Destinatär-Mitgliedern. Nur letztere haben einen Anspruch auf Suizidhilfe. Neben einer einmaligen Eintrittsgebühr in Höhe von 200 CHF betragen die jährlichen Beiträge für Destinatär-Mitglieder zuletzt 80 CHF. Bei Inanspruchnahme einer Suizidhilfe fallen zusätzliche Kosten an; für die Vorbereitung 3.500 CHF, für die Durchführung weitere 2.500 CHF und für die fakultative Abwicklung der erforderlichen Formalitäten mit den Bestattungs- und Zivilstandsämtern 1.000 CHF. Mitglieder, die in bescheidenen finanziellen Verhältnissen leben, können auf Antrag ganz oder teilweise von der Zahlung der Eintrittsgebühr und der Beiträge befreit werden.
- ⁶⁰ Nach den Statuten des Vereins ist eine Suizidhilfe daran geknüpft, dass der Sterbewillige unter einer zum Tode führenden Krankheit, einer unzumutbaren Behinderung oder nicht beherrschbaren Schmerzen leidet, keine Anhaltspunkte für eine eingeschränkte Urteilsfähigkeit vorliegen und der Sterbewunsch nicht nur vorübergehend besteht. Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt in einem ersten Schritt aufgrund einer vom Sterbewilligen persönlich verfassten Darlegung der Gründe seines Sterbewunsches und einer vorzulegenden medizinischen Dokumentation seiner Krankheits- und Behandlungsgenese, die ein mit dem Beschwerdeführer kooperierender Arzt prüft. Fällt diese Prüfung positiv aus, erteilt der Beschwerdeführer dem Betroffenen ein sogenanntes provisorisches grünes Licht. Die tatsächliche Gewährung der Suizidhilfe steht dann noch unter dem Vorbehalt zweier persönlicher ärztlicher Konsultationen. Bestehen auch danach aus Sicht des Arztes keine Zweifel an der fehlerfreien Willensbildung des Betroffenen, stellt der Arzt ein Rezept für eine letale Dosis Natrium-Pentobarbital zu Händen des Beschwerdeführers aus. [...]
- ⁶² bb) Die Vermittlung von Personen aus Deutschland erfolgte seit 2005 durch den Beschwerdeführer zu III. 2. [...]

- ⁶⁴ Mit Inkrafttreten des § 217 StGB hat der Beschwerdeführer seine Vermittlungspraxis eingestellt. [...]
- ⁶⁸ b) Die Beschwerdeführer zu III. sehen sich als Adressaten des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in Grundrechten verletzt. Sie machen geltend, durch § 217 StGB daran gehindert zu sein, den auf die Suizidhilfe gerichteten Teil ihrer Tätigkeit weiter auszuüben. Zudem rügen sie einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG. [...]
- ⁷⁵ 5. Die Beschwerdeführer zu V. sind ebenfalls Ärzte. Sie sind sowohl in der stationären als auch der ambulanten Palliativversorgung tätig. [...]
- ⁷⁷ b) aa) In Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer zu IV. machen sie geltend, dass § 217 StGB die Straffreiheit restriktiv praktizierter ärztlicher Suizidhilfe aufgrund seiner mangelnden Bestimmtheit ebenso wenig sicherstelle wie die Straffreiheit der ärztlichen Begleitung eines freiwilligen Verzichts auf Nahrung und Flüssigkeit. Ergänzend machen sie geltend, dass die tatbestandliche Unschärfe der Regelung keine sichere Einordnung weiterer, in der Berufspraxis eines Arztes auftretender Grenzfälle erlaube. [...]
- ⁷⁸ Die Beschwerdeführer sehen sich, um diesen Strafbarkeitsrisiken zu entgehen, gezwungen, ihren Beruf unter Missachtung des im Patienteninteresse situativ Gebotenen und entgegen ihrem Selbstverständnis auszuüben, und dadurch in ihren Grundrechten aus Art. 4 Abs. 1 Var. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. [...]
- ⁸¹ 5. Das Verfahren 2 BvR 2527/16 umfasst fünf Beschwerdeführer. [...]

V. (Stellungnahmen)

- ⁸⁸ Gelegenheit zur Äußerung gemäß § 94 Abs. 4 in Verbindung mit § 77 Nr. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) hatten der Deutsche Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung (Bundeskanzleramt und Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) und alle Landesregierungen. [...]
- ⁹¹ aa) Er [der Deutsche Bundestag, Anm. der Red.] hält die Verfassungsbeschwerden des Beschwerdeführers zu II., der Beschwerdeführer zu III. 1., III. 2. und III. 5. und der Beschwerdeführer zu V. bereits für teilweise unzulässig. [...]

VI. (Mündliche Verhandlung)

- ¹⁷⁸ Der Senat hat am 16. und 17. April 2019 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Verfahrensbeteiligten ihr bisheriges Vorbringen vertieft haben.
- ¹⁷⁹ Als sachkundige Dritte sind angehört worden: [...]

B. (Zulässigkeit)

- ¹⁸¹ I. Der Beschwerdeführer zu VI. 1. ist am 12. April 2019 verstorben. [...]
- ¹⁸⁴ II. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu III. 1., eines schweizerischen Sterbehilfevereins, ist unzulässig. [...]
- ¹⁹² Die übrigen Verfassungsbeschwerden sind zulässig. [...]

C. (Begründetheit)

- ²⁰⁰ Die Verfassungsbeschwerden sind, soweit zulässig, auch begründet.
- ²⁰¹ § 217 StGB verletzt die Beschwerdeführer zu I. 1., I. 2. und VI. 5. in ihrem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Recht auf selbstbestimmtes Sterben (I.). Die weiteren Beschwerdeführer sind, soweit sie Suizidhilfe im Rahmen beruflicher Tätigkeit erbringen möchten und die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und im Übrigen in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt. Die Strafandrohung des § 217 StGB verletzt die Beschwerdeführer zu III. 3. bis III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. sowie VI. 2. und VI. 3. zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG. Die Beschwerdeführer zu und III. 2. sind durch die an die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt (II.). Einer verfassungskonformen Auslegung ist die Regelung des § 217 StGB nicht zugänglich (III.). Sie ist daher mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig (IV.).

- ²⁰² I. (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beschwerdeführer zu I. 1, I. 2. und VI. 5.)

Das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) von zur Selbsttötung entschlossenen Menschen in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Das gilt auch dann, wenn die Regelung in enger Auslegung ausschließlich die von Wiederholungsabsicht getragene Förderung einer Selbsttötung als Akt eigenhändiger Beendigung des eigenen Lebens erfasst.

- ²⁰³ Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, selbstbestimmt die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig bewusst und gewollt zu beenden und bei der Umsetzung der Selbsttötung auf die Hilfe Dritter zurückzugreifen (1.). In dieses Recht greift § 217 StGB ein (2.). Der Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt (3.). Die Anerkennung eines Rechts auf Selbsttötung und die hier festgelegten Grenzen seiner Einschränkung stehen im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (4.).

²⁰⁴ 1. Das Recht des zur freien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Menschen, sich das Leben zu nehmen, ist vom Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst.

²⁰⁵ a) Die Achtung und der Schutz der Menschenwürde und der Freiheit sind grundlegende Prinzipien der Verfassungsordnung, die den Menschen als eine zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähige Persönlichkeit begreift (vgl. BVerfGE 5, 85 [204]; 45, 187 [227]). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt als „unbenanntes“ Freiheitsrecht Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen (st. Rspr. vgl. BVerfGE 99, 185 [193]; 101, 361 [380]; 106, 28 [39]; 118, 168 [183]; 120, 274 [303]; 147, 1 [19 Rn. 38]). [...]

²⁰⁸ b) Danach umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausdruck persönlicher Autonomie auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, welches das Recht auf Selbsttötung einschließt (aa). Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und sie, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen (bb).

²⁰⁹ aa) (1) Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, ist von existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. Sie ist Ausfluss des eigenen Selbstverständnisses und grundlegender Ausdruck der zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person. Welchen Sinn der Einzelne in seinem Leben sieht und ob und aus welchen Gründen sich eine Person vorstellen kann, ihr Leben selbst zu beenden, unterliegt höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen. Der Entschluss betrifft Grundfragen menschlichen Daseins und berührt wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst deshalb nicht nur das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen (vgl. im Ergebnis auch BVerfGE 142, 313 [341 Rn. 79]; BGHSt 11, 111 [113 f.]; 40, 257 [260, 262]; 55, 191 [196 f. Rn. 18, 203 f. Rn. 31 ff.]; BGHZ 163, 195 [197 f.]). Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben erstreckt sich auch auf die Entscheidung des Einzelnen, sein Leben eigenhändig zu beenden. Das Recht, sich selbst das Leben zu nehmen, stellt sicher, dass der Einzelne über sich entsprechend dem eigenen Selbstbild autonom bestimmen und damit seine Persönlichkeit wahren kann (vgl. *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl. [2011], § 203 Rn. 41, 44; *Dreier*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. [2013], Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 90 f.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 [Mai 2009]; *Hufen*, NJW 2018, 1524 [1525]; a.A. *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 54, 303 [April 2008] sowie Art. 2

Abs. 2 Satz 1 Rn. 420 [Juni 2012]; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. [2018], Art. 2 Abs. 2 Rn. 192).

²¹⁰ (2) Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist als Ausdruck personaler Freiheit nicht auf fremddefinierte Situationen beschränkt. Das den innersten Bereich individueller Selbstbestimmung berührende Verfügungsrecht über das eigene Leben ist insbesondere nicht auf schwere oder unheilbare Krankheitszustände oder bestimmte Lebens- und Krankheitsphasen beschränkt. 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. Abgesehen davon, dass eine solche Einschränkung in der Praxis zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen würde, träte sie in Widerspruch zu der das Grundgesetz bestimmenden Idee von der Würde des Menschen und seiner freien Entfaltung in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung (vgl. BVerfGE 80, 138 [154] für die allgemeine Handlungsfreiheit). Die Verwurzelung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG impliziert gerade, dass die eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung bedarf. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird (vgl. BVerfGE 49, 286 [298]; 115, 1 [14]). Maßgeblich ist der Wille des Grundrechtsträgers, der sich einer Bewertung anhand allgemeiner Wertvorstellungen, religiöser Gebote, gesellschaftlicher Leitbilder für den Umgang mit Leben und Tod oder Überlegungen objektiver Vernünftigkeit entzieht (vgl. BVerfGE 128, 282 [308]; 142, 313 [339 Rn. 74] für Heileingriffe). Die Selbstbestimmung über das eigene Lebensende gehört zum „ureigensten Bereich der Persönlichkeit“ des Menschen, in dem er frei ist, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu entscheiden (vgl. BVerfGE 52, 131 [175] abw. Meinung *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger* für ärztliche Heileingriffe). Dieses Recht besteht in jeder Phase menschlicher Existenz. Die Entscheidung des Einzelnen, dem eigenen Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren.

²¹¹ (3) Das Recht, sich selbst zu töten, kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass sich der Suizident seiner Würde begibt, weil er mit seinem Leben zugleich die Voraussetzung seiner Selbstbestimmung und damit seine Subjektstellung aufgibt (vgl. aus ethisch-moralischer Sicht aber *Böckenförde*, in: Stimmen der Zeit 2008, S. 245 [256]; ähnlich *Niestroj*, Die rechtliche Bewertung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung, 1983, S. 75; *Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 2. Aufl. [2001], § 128 Rn. 62; *ders.*, JZ 2009, S. 57 [60]; a.A. etwa *Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 236). Zwar ist das Leben die vitale Basis der Menschenwürde (vgl. BVerfGE 39, 1 [41 f.]; 88, 203 [252]; 115, 118 [152]). Daraus kann jedoch nicht der

Schluss gezogen werden, dass eine auf einen freien Willen zurückgehende Selbsttötung der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde widerspräche. Die Menschenwürde, die dem Einzelnen ein Leben in Autonomie gewährleistet, steht der Entscheidung des zur freien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Menschen, sich zu töten, nicht entgegen. Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben ist vielmehr unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung; sie ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde. Der mit freiem Willen handelnde Suizident entscheidet sich als Subjekt für den eigenen Tod (vgl. BVerfGE 115, 118 [160 f.]). Er gibt sein Leben als Person selbstbestimmt und nach eigener Zielsetzung auf. Die Würde des Menschen ist folglich nicht Grenze der Selbstbestimmung der Person, sondern ihr Grund: Der Mensch bleibt nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann (vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. [2013], Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 ff.; Nettesheim, AöR 130 [2005], S. 71 [105 f.]).

²¹² bb) Das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht, sich selbst zu töten, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.

²¹³ Das Grundgesetz gewährleistet die Entfaltung der Persönlichkeit im Austausch mit Dritten, die ihrerseits in Freiheit handeln. Zur grundrechtlich geschützten Freiheit gehört daher auch die Möglichkeit, auf Dritte zuzugehen, bei ihnen Unterstützung zu suchen und von ihnen im Rahmen ihrer Freiheit angebotene Hilfe anzunehmen. Das gilt insbesondere auch für denjenigen, der erwägt, sein Leben eigenhändig zu beenden. Gerade er sieht sich vielfach erst durch die fachkundige Hilfe kompetenter und bereitwilliger Dritter, insbesondere Ärzte, in der Lage, hierüber zu entscheiden und gegebenenfalls seinen Suizidentschluss in einer für ihn zumutbaren Weise umzusetzen. Ist die Wahrnehmung eines Grundrechts von der Einbeziehung dritter Personen abhängig und hängt die freie Persönlichkeitsentfaltung in dieser Weise an der Mitwirkung eines anderen (vgl. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80 f., 84, 88 ff.), schützt das Grundrecht auch davor, dass es nicht durch ein Verbot gegenüber Dritten, im Rahmen ihrer Freiheit Unterstützung anzubieten, beschränkt wird.

²¹⁴ 2. § 217 StGB greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer zu I. 1., I. 2. und VI. 5. ein, auch wenn sie nicht unmittelbare Adressaten des § 217 StGB sind (a). Die Wirkung der Norm erschöpft sich nicht in dem bloßen Reflex eines anderen Zielen dienenden Gesetzes (b).

²¹⁵ a) Der Grundrechtsschutz ist nicht auf unmittelbar adressierte Eingriffe beschränkt. Auch staatliche Maßnahmen,

die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher von Verfassungs wegen hinreichend gerechtfertigt sein. Sie können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden (vgl. BVerfGE 105, 252 [273]; 110, 117 [191]).

²¹⁶ Das in § 217 Abs. 1 StGB strafbewehrte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung macht es den Beschwerdeführern faktisch unmöglich, die von ihnen gewählte geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen, weil entsprechende Anbieter ihre Tätigkeit nach Inkrafttreten von § 217 StGB zur Vermeidung straf- und ordnungsrechtlicher Konsequenzen eingestellt haben. Da eine rechtfertigende Einwilligung aufgrund der Tatbestandsausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt, das einen über den Individualschutz hinausgehenden Rechtsgüterschutz verfolgt, nicht in Betracht kommt (vgl. Berghäuser, ZStW 2016, 741 [771 f.]; Oğlacioğlu, in: BeckOK StGB, § 217 Rn. 38 [November 2019]; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. [2017], § 217 Rn. 32; Taupitz, medstra 2016, S. 323 [327]), wirkt sich das Verbot auch zu Lasten derjenigen aus, die sich, wie es die Beschwerdeführer zu I. 1. und I. 2. sowie zu VI. 5. geltend machen, selbstbestimmt, ohne äußeren Druck und wohlüberlegt zur Selbsttötung entschlossen haben.

²¹⁷ b) Die Beeinträchtigungen treten nicht nur reflexartig als Folge eines anderen Zielen dienenden Gesetzes ein (vgl. BVerfGE 116, 202 [222 f.]). Sie sind von der Zweckrichtung des Gesetzes vielmehr bewusst umfasst und begründen damit in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Auswirkungen einen Eingriff auch gegenüber den suizidwilligen Personen (vgl. BVerfGE 148, 40 [51 Rn. 28] m.w.N.). Mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein wirksamer Schutz der Selbstbestimmung und des Grundrechts auf Leben gerade dadurch erreicht werden, dass solche Angebote Suizidwilligen nicht mehr zur Verfügung stehen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2 f.).

²¹⁸ Der von § 217 StGB ausgehende mittelbare Eingriff entfaltet dabei eine objektiv die Freiheit zum Suizid einschränkende Wirkung. Der Einzelne, der sein Leben mit der Hilfe geschäftsmäßig handelnder Dritter selbstbestimmt beenden möchte, ist gezwungen, auf Alternativen auszuweichen mit dem erheblichen Risiko, dass er mangels tatsächlicher Verfügbarkeit anderer zumutbarer Möglichkeiten einer schmerzfreien und sicheren Selbsttötung seinen Entschluss nicht realisieren kann (vgl. hierzu noch Rn. 280 ff.). Angesichts der existentiellen Bedeutung, die der Selbstbestimmung über das eigene Leben für die personale Identität, Individualität und Integrität zukommt, und des Umstands, dass die Ausübung des Grundrechts durch die Norm jedenfalls erheblich erschwert wird, wiegt der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer auch besonders schwer.

²¹⁹ 3. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht gerechtfertigt.

- ²²⁰ Einschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedürfen einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage (a). Das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen (b). Den sich daraus ergebenden Anforderungen genügt § 217 StGB nicht (c).
- ²²¹ a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist der Einwirkung der öffentlichen Gewalt nicht vollständig entzogen. Der Einzelne muss staatliche Maßnahmen hinnehmen, wenn sie im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden (vgl. BVerfGE 120, 224 [239] m.w.N.). Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bestehen für das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Vergleich zum Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit erhöhte Rechtfertigungsanforderungen. Diese sind besonders hoch, wenn es um Gewährleistungsgehalte geht, die einen spezifischen Bezug zu der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG aufweisen. Dabei reichen die Garantien besonders weit, je mehr sich der Einzelne innerhalb seiner engsten Privatsphäre bewegt, und schwächen sich mit zunehmendem sozialen Kontakt nach außen ab (vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 157 ff. [Juli 2001]).
- ²²² Die freiverantwortlich getroffene Entscheidung, das eigene Leben mit Hilfe Dritter zu beenden, bleibt nicht auf die engste Privatsphäre beschränkt. Sie ist zwar von höchstpersönlichem Charakter. Jedoch steht sie in Wechselwirkung mit dem Verhalten anderer (vgl. *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80). Derjenige, der bei der Umsetzung seines Selbsttötungsentschlusses die geschäftsmäßig angebotene Hilfe eines Dritten in Anspruch nehmen möchte und solche Unterstützung nachfragt, wirkt in die Gesellschaft hinein. Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe berühren deshalb nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen dem aus freiem Entschluss handelnden Suizidwilligen und dem Suizidhelfer. Von ihnen gehen Vor- und Folgewirkungen aus, die erhebliche Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die autonome Selbstbestimmung Dritter umfassen.
- ²²³ b) Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit zu messen (vgl. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 ff.]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]). Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz genügt diesem Grundsatz nur, wenn es geeignet und erforderlich ist, um die von ihm verfolgten legitimen Zwecke zu erreichen, und die Einschränkungen des jeweiligen grundrechtlichen Freiheitsraums hierzu in angemessenem Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [173]; 76, [151]). Bei der Zumutbarkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass Regelungen der assistierten Selbsttötung sich in einem Spannungsfeld unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutzaspekte bewegen. Die Achtung vor dem grundlegenden, auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht desjenigen, der sich in eigener Verantwortung dazu entscheidet, sein Leben selbst zu beenden, und hierfür Unterstützung sucht (vgl. Rn. 208 ff.), tritt in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen. Diese sind von Einwirkungen und Pressionen freizuhalten, welche sie gegenüber Suizidhilfeangeboten in eine Rechtfertigungslage bringen könnten.
- ²²⁴ Dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers. Die staatliche Schutzpflicht bedarf der Ausgestaltung und Konkretisierung (vgl. BVerfGE 88, 203 [254]). Dabei kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56 [64]; 121, 317 [356]; 133, 59 [76 Rn. 45]). Dessen Umfang hängt von Faktoren verschiedener Art ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich – zumal über künftige Entwicklungen wie die Auswirkungen einer Norm – ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter (vgl. BVerfGE 50, 290 [332 f.]; 76, 1 [51 f.]; 77, 170 [214 f.]; 88, 203 [262]; 150, 1 [89 Rn. 173]).
- ²²⁵ Die verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich darauf, ob der Gesetzgeber die genannten Faktoren ausreichend berücksichtigt und seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat (vgl. BVerfGE 88, 203 [262]). Er hat dem Konflikt zwischen der Freiheits- und der Schutzdimension des Grundrechts angemessen Rechnung zu tragen.
- ²²⁶ c) Diesen Anforderungen genügt das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht. Es dient zwar legitimen Gemeinwohlzwecken (aa) und ist auch geeignet, diese zu erreichen (bb). Das Verbot ist bei nicht abschließend zu beurteilender Erforderlichkeit (cc) aber jedenfalls nicht angemessen (dd).
- ²²⁷ aa) Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung einen legitimen Zweck. Die Regelung dient dazu, die Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben und hierdurch das Leben als solches zu schützen (1). Dieser Regelungszweck hat vor der Verfassung Bestand. Er bewegt sich innerhalb eines dem Gesetzgeber durch die Verfassung auferlegten Schutzauftrags (2). Die Annahme des Gesetzgebers, dass gerade von einem unregulierten Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe Gefahren für die Selbstbestimmung und das Leben ausgehen können, beruht auf einer hinreichend tragfähigen Grundlage (3).
- ²²⁸ (1) Der Gesetzgeber will mit dem Verbot des § 217 StGB geschäftsmäßigen Angeboten der Suizidhilfe Einhalt gebieten, um die Selbstbestimmung und das Grundrecht auf Leben zu schützen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2 f.).
- ²²⁹ Ziel des Gesetzes ist es zum einen, die Entwicklung der Beihilfe zum Suizid zu einem „Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung“ zu verhindern, das Menschen dazu verleiten könnte, sich das Leben zu nehmen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2). Nach Einschätzung des Gesetzgebers, die er auf die Entwicklung der assistierten Suizide in Deutschland und der Schweiz stützt (vgl. BT-

Drs. 18/5373, S. 9), besteht die Gefahr, dass durch Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe und deren Verbreitung der „Anschein einer Normalität“ oder sogar der sozialen Gebotenheit der Selbsttötung und auf diese Weise geradezu eine Art Erwartungsdruck erzeugt wird, diese Angebote auch wahrzunehmen. Es drohe eine „gesellschaftliche Normalisierung“ des assistierten Suizids einzutreten (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2). Insbesondere alte und kranke Menschen könnten sich durch derartige, Normalität suggerierende Angebote zur Selbsttötung verleiten lassen oder dazu direkt oder indirekt gedrängt fühlen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2, 8, 11, 13, 17).

²³⁰ Zum anderen will der Gesetzgeber mit dem Verbot im Interesse des Integritäts- und Autonomieschutzes „autonomiegefährdenden Interessenkonflikten“ entgegenwirken (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 17) und einer sich hieraus allgemein ergebenden Gefahr „fremdbestimmter Einflussnahme in Situationen prekärer Selbstbestimmung“ vorbeugen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 11). Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung beruht auf der Annahme, dass auf die technische Durchführung des Suizids konzentrierte Anstrengungen nicht auf einem sicher feststehenden Selbsttötungsentschluss aufbauen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 11). Durch die Einbeziehung eines geschäftsmäßig handelnden Suizidhelfers, der spezifische, typischerweise auf die Durchführung des Suizids gerichtete Eigeninteressen verfolge, könnten die freie Willensbildung und Entscheidungsfindung und damit die personale Eigenverantwortlichkeit potentiell beeinflusst werden (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 11, 12, 17, 18). Dem ist nach Auffassung des Gesetzgebers mit einer autonomiesichernden Regelung zu begegnen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 11).

²³¹ (2) Mit diesen Zielen des Autonomie- und des Lebensschutzes dient das Verbot des § 217 StGB der Erfüllung einer in der Verfassung begründeten staatlichen Schutzpflicht und damit einem legitimen Zweck. [...]

²³⁴ Allerdings kann der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein (vgl. BVerfGE 120, 224 [264], abw. Meinung *Hassemer*). Suizidhilfe ausschließlich deshalb zu verbieten, weil die Selbsttötung und die Hilfe hierzu in Widerspruch zu der Mehrheitsauffassung in der Gesellschaft stehen, wie mit dem eigenen Leben, insbesondere im Alter und bei Krankheit, umzugehen ist, ist deshalb kein legitimes gesetzgeberisches Ziel. Ein Verbot geschäftsmäßiger Suizidhilfe allein zu dem Zweck, hierdurch die Anzahl assistierter Suizide gering zu halten, ist daher ebenso unzulässig wie jede Zielsetzung, die die Entscheidung des mit autonomem Willen handelnden Grundrechtsträgers, sich mit der Unterstützung Dritter bewusst und gewollt selbst zu töten, als solche missbilligt, tabuisiert oder mit einem Makel belegt.

²³⁵ Der Gesetzgeber darf aber einer Entwicklung entgegensteuern, welche die Entstehung sozialer Pressionen befördert, sich unter bestimmten Bedingungen, etwa aus Nützlichkeitsbetrachtungen, das Leben zu nehmen. Der Einzelne darf – auch jenseits konkreter Einflussnahmen durch

Dritte – nicht der Gefahr gesellschaftlicher Erwartungshaltungen ausgesetzt sein. Zwar kann Willensfreiheit nicht damit gleichgesetzt werden, dass der Einzelne bei seiner Entscheidung in vollkommener Weise frei von äußeren Einflüssen ist. Menschliche Entscheidungen sind regelmäßig von gesellschaftlichen und kulturellen Faktoren beeinflusst; Selbstbestimmung ist immer relational verfasst. Da der Schutz des Lebens dem Einzelnen von der Verfassung als nicht rechtfertigungsbedürftiger Selbstzweck zugesagt ist und er auf der unbedingten Anerkennung der Person in ihrer bloßen Existenz beruht, darf und muss der Gesetzgeber aber gesellschaftlichen Einwirkungen wirksam entgegenzutreten, die als Pressionen wirken können und das Ausschlagen von Suizidangeboten von Seiten Dritter rechtfertigungsbedürftig erscheinen lassen. Entsprechend kann er Vorkehrungen treffen, dass Personen nicht in schweren Lebenslagen in die Situation gebracht werden, sich mit solchen Angeboten auch nur näher befassen oder sich hierzu explizit verhalten zu müssen.

²³⁶ (3) Die Annahme des Gesetzgebers, das Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe berge Gefahren für die Selbstbestimmung bei der Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens, denen es zur Erfüllung einer staatlichen Schutzverpflichtung entgegenzuwirken gelte, beruht auf einer von Verfassungs wegen nicht zu beanstandenden Grundlage. [...]

²³⁹ (b) Danach hält die Gefahrenprognose des Gesetzgebers einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Der Gesetzgeber hat vertretbar von geschäftsmäßiger Suizidhilfe ausgehende Gefahren für die autonome Selbstbestimmung über das eigene Leben angenommen. [...]

²⁶⁰ bb) Die Regelung des § 217 StGB stellt als Strafnorm grundsätzlich ein geeignetes Instrument des Rechtsgüterschutzes dar, weil das strafbewehrte Verbot gefahrträchtiger Handlungsweisen den erstrebten Rechtsgüterschutz zumindest fördern kann (vgl. BVerfGE 90, 145 [172]; allgemein zum Kriterium der Geeignetheit BVerfGE 30, 292 [316]; 33, 171 [187]).

²⁶¹ Die Eignung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der straffrei verbleibenden nicht geschäftsmäßigen Suizidhilfe, insbesondere im Fall von Angehörigen als Suizidhelfern, nach Auffassung einzelner Beschwerdeführer ein mindestens ebenso großes Gefahrenpotenzial für die Selbstbestimmung des Einzelnen innewohnt wie der geschäftsmäßigen Suizidhilfe durch Außenstehende. Die Entscheidung des Gesetzgebers, nur einer bestimmten von mehreren Gefahrenquellen zu begegnen, vermag Lücken des Rechtsgüterschutzes zu begründen. Soweit der Schutz reicht, wird seine Eignung dadurch aber nicht infrage gestellt (vgl. *BVerfG*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u.a., Rn. 73).

²⁶² Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist auch nicht deshalb ungeeignet, die mit ihm verfolgten Zwecke zu erreichen, weil es möglicherweise im Einzelfall durch eine grenzüberschreitende Organisation der Suizidhilfe unter Einbindung von nach § 217 Abs. 2

StGB als Teilnehmer straffrei verbleibenden Personen umgangen werden könnte. Im Einzelfall unter besonderen Bedingungen straffrei verbleibende Möglichkeiten geschäftsmäßiger Suizidhilfe vermögen die generelle Eignung des § 217 StGB, das Leben und die Autonomie potentiell suizidwilliger Personen zu schützen, nicht zu entkräften (vgl. auch BVerfGE 96, 10 [23]). Die Straffreiheit geschäftsmäßig handelnder Suizidhelfer im Ausland ist Folge der begrenzten Regelungshoheit des Gesetzgebers. Dass Angehörige und sonst nahestehende Personen im Sinne des § 217 Abs. 2 StGB im Fall der Teilnahme an einer aus dem Ausland heraus organisierten geschäftsmäßigen Suizidhilfe straffrei gestellt sind, geht auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zurück (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 19).

²⁶³ cc) Ob die Regelung des § 217 StGB erforderlich ist, um die legitimen Schutzzanliegen des Gesetzgebers zu erreichen, mag mit Blick auf die mangelnden empirischen Befunde zur Effektivität alternativer, weniger eingriffsintensiver Schutzmaßnahmen, wie sie auch im Gesetzgebungsverfahren erwogen wurden (vgl. dazu Rn. 10 ff. sowie BT-Drs. 18/5373, S. 13 f.), zweifelhaft sein. Das kann hier jedoch offenbleiben.

²⁶⁴ dd) Die von der Vorschrift ausgehende Einschränkung des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitenden Rechts auf selbstbestimmtes Sterben ist jedenfalls nicht angemessen. Einschränkungen individueller Freiheit sind nur dann angemessen, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (1). Dieses Maß überschreitet die von § 217 StGB für den Sterbewilligen ausgehende Belastung. Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung hat zur Folge, dass das Recht auf Selbsttötung als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in bestimmten Konstellationen faktisch weitgehend entleert ist. Dadurch wird die Selbstbestimmung am Lebensende in einem wesentlichen Teilbereich außer Kraft gesetzt, was mit der existentiellen Bedeutung dieses Grundrechts nicht in Einklang steht (2).

²⁶⁵ (1) Angemessen ist eine Freiheitseinschränkung nur dann, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (vgl. BVerfGE 76, 1 [51]). Um dies feststellen zu können, ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig (vgl. BVerfGE 92, 277 [327]). Hierbei müssen die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird (vgl. BVerfGE 36, 47 [59]; 40, 196 [227]; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 790). Andererseits wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können (vgl. BVerfGE 7, 377 [404 f.]). Diese Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots kann dazu führen, dass der

an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde. Nur so kann die Prüfung der Angemessenheit staatlicher Eingriffe ihren Sinn erfüllen, geeignete und gegebenenfalls erforderliche Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle mit Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen (vgl. BVerfGE 90, 145 [185]).

²⁶⁶ Dabei unterliegt die Entscheidung des Gesetzgebers einer hohen Kontrolldichte, wenn, wie im Fall des zur Prüfung gestellten Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, schwere Grundrechtseingriffe in Frage stehen (vgl. BVerfGE 45, 187 [238]). Die existentielle Bedeutung, die der Selbstbestimmung speziell für die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität im Umgang mit dem eigenen Leben zukommt (vgl. dazu Rn. 209), legt dem Gesetzgeber strenge Bindungen bei der normativen Ausgestaltung eines Schutzkonzepts im Zusammenhang mit der Suizidhilfe auf.

²⁶⁷ (2) Mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung durch § 217 StGB hat der Gesetzgeber die sich aus der existentiellen Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts ergebenden Grenzen für eine Einschränkung dieses Rechts überschritten. Zwar vermag der hohe verfassungsrechtliche Rang der Rechtsgüter Autonomie und Leben, die § 217 StGB schützen will, den Einsatz des Strafrechts – auch in Form abstrakter Gefährdungsdelikte – grundsätzlich zu legitimieren (a). Die Straflosigkeit der Selbsttötung und der Hilfe dazu steht als Ausdruck der verfassungsrechtlich gebotenen Anerkennung individueller Selbstbestimmung jedoch nicht zur freien Disposition des Gesetzgebers (b). Das strafrechtliche Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen in diesem Bereich der Selbstbestimmung faktisch kein Raum zur Wahrnehmung verfassungsrechtlich geschützter Freiheit verbleibt (c).

²⁶⁸ (a) Der hohe verfassungsrechtliche Rang der Rechtsgüter Autonomie und Leben, die § 217 StGB schützen will, vermag den Einsatz des Strafrechts grundsätzlich zu legitimieren.

²⁶⁹ Bei der staatlichen Aufgabe, ein geordnetes menschliches Zusammenleben durch Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schaffen, zu sichern und durchzusetzen, kommt dem Strafrecht eine unverzichtbare Funktion zu (vgl. BVerfGE 123, 267 [408]). Im Einzelfall kann es die Schutzpflicht des Staates insbesondere gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, dass bereits die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt wird (vgl. BVerfGE 49, 89 [142]).

²⁷⁰ Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung das Konzept eines

bereichsspezifischen Rechtsgüterschutzes. § 217 StGB verbietet das geschäftsmäßige Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung als das Leben abstrakt gefährdende Handlung (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 3, 14; vgl. auch Rn. 25). Das abstrakte Gefährdungsdelikt ist ein idealtypisches Instrument für einen vorbeugenden Rechtsgüterschutz. Es wirkt Gefahrenquellen in Form typisierter Risiken entgegen, ohne dass ein konkretes Schutzgut in seiner Existenz oder Sicherheit effektiv betroffen zu sein braucht (vgl. dazu bereits Rn. 25; vgl. allgemein *Heine/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], Vor § 306 Rn. 4; vgl. auch BVerfGE 90, 145 [203 f.], abw. Meinung *Graßhof/Kasper*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 410).

²⁷¹ Durch diese Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes werden zwar notwendigerweise auch Verhaltensweisen strafbewehrt, die im konkreten Einzelfall bei rückwirkender Betrachtung gar nicht zu einer Gefährdung hätten führen können (vgl. *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 94; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 186). Verfassungsrechtlich ist der Gesetzgeber aber grundsätzlich nicht gehindert, aus generalpräventiven Gründen Handlungen, die lediglich generell geeignet sind, Rechtsgüter zu gefährden, unter Umständen schon in einem frühen Stadium zu unterbinden (vgl. BVerfGE 28, 175 [186, 188 f.]; 90, 145 [184]; vgl. auch *BVerfG*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u.a., Rn. 92; kritisch BVerfGE 90, 145 [205 f.], abw. Meinung *Graßhof*). Anderenfalls nähme man dem Gesetzgeber die Möglichkeit, Gefahren für hochrangige Rechtsgüter zu begegnen, die aufgrund fehlender gesicherter wissenschaftlicher oder empirischer Erkenntnisse nicht exakt einschätzbar sind (vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 572 f.). Im Einzelfall wird die Berechtigung zum Rückgriff auf den abstrakten Rechtsgüterschutz maßgeblich durch die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts bestimmt (vgl. *Jäger*, JZ 2015, S. 875 [882]).

²⁷² Der hohe Rang, den die Verfassung dem Leben und der Autonomie beimisst, ist danach grundsätzlich geeignet, deren effektiven präventiven Schutz zu legitimieren, zumal ihnen im Bereich der Suizidhilfe besondere Gefahren drohen. Die empirisch gestützte Fragilität eines Selbsttötungsentschlusses (vgl. dazu *Herdegen*, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 [Mai 2009]) wiegt gerade deshalb besonders schwer, weil sich Entscheidungen über das eigene Leben naturgemäß dadurch auszeichnen, dass ihre Umsetzung unumkehrbar ist.

²⁷³ (b) Der legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz der autonomen Entscheidung des Einzelnen über die Beendigung seines Lebens findet seine Grenze aber dort, wo die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern unmöglich gemacht wird.

²⁷⁴ Die Straflosigkeit der Selbsttötung und der Hilfe dazu steht als Ausdruck der verfassungsrechtlich gebotenen Anerkennung individueller Selbstbestimmung nicht zur freien Disposition des Gesetzgebers. Der Verfassungsordnung

des Grundgesetzes liegt ein Menschenbild zugrunde, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist (vgl. BVerfGE 32, 98 [107 f.]; 108, 282 [300]; 128, 326 [376]; 138, 296 [339 Rn. 109]). Dieses Menschenbild hat Ausgangspunkt jedes regulatorischen Ansatzes zu sein.

²⁷⁵ Die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Selbstbestimmung und des Lebens kann folgerichtig erst dort gegenüber dem Freiheitsrecht des Einzelnen den Vorrang erhalten, wo dieser Einflüssen ausgeliefert ist, die die Selbstbestimmung über das eigene Leben gefährden. Diesen Einflüssen darf die Rechtsordnung durch Vorsorge und durch Sicherungsinstrumente entgegenzutreten. Jenseits dessen ist die Entscheidung des Einzelnen, entsprechend seinem Verständnis von der Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz dem Leben ein Ende zu setzen, hingegen als Akt autonomer Selbstbestimmung anzuerkennen.

²⁷⁶ Die Anerkennung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben versagt dem Gesetzgeber nicht, allgemeine Suizidprävention zu betreiben und insbesondere krankheitsbedingten Selbsttötungswünschen durch den Ausbau und die Stärkung palliativmedizinischer Behandlungsangebote entgegenzuwirken. Der Staat genügt seiner Schutzpflicht für ein Leben in Autonomie gerade nicht allein dadurch, dass er Angriffe unterbindet, die diesem von anderen Menschen drohen. Er muss auch denjenigen Gefahren für die Autonomie und das Leben entgegenzutreten, die in den gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen begründet liegen und eine Entscheidung des Einzelnen für die Selbsttötung und gegen das Leben beeinflussen können (vgl. BVerfGE 88, 203 [258] für das ungeborene Leben).

²⁷⁷ Der Gesetzgeber darf sich seinen sozialpolitischen Verpflichtungen aber nicht dadurch entziehen, dass er autonomiegefährdenden Risiken durch die vollständige Suspendierung individueller Selbstbestimmung entgegenzuwirken sucht. Er kann weder Defiziten der medizinischen Versorgung und der sozialpolitischen Infrastruktur noch negativen Erscheinungsformen medizinischer Überversorgung, die jeweils geeignet sind, Ängste vor dem Verlust der Selbstbestimmung zu schüren und Selbsttötungsentschlüsse zu fördern, dadurch begegnen, dass er das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Selbstbestimmung außer Kraft setzt. Dem Einzelnen muss die Freiheit verbleiben, auf die Erhaltung des Lebens zielende Angebote auszuschlagen und eine seinem Verständnis von der Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz entspringende Entscheidung, das eigene Leben mit Hilfe bereitstehender Dritter zu beenden, umzusetzen. Ein gegen die Autonomie gerichteter Lebensschutz widerspricht dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, in der die Würde des Menschen im Mittelpunkt der Werteordnung steht, und die sich damit zur Achtung und zum Schutz der freien menschlichen Persönlichkeit als oberstem Wert ihrer Verfassung verpflichtet. Angesichts der existentiellen Bedeutung, die der Freiheit zur Selbsttötung für die selbstbestimmte Wahrung der Persönlichkeit zukommen kann, muss die Möglichkeit

hierzu bei realitätsgerechter Betrachtung immer gewährleistet sein (vgl. Rn. 208ff.).

²⁷⁸ (c) Diesen verfassungsrechtlich zwingend zu wahren den Entfaltungsraum autonomer Selbstbestimmung verletzt das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Die Regelung des § 217 StGB erkennt die verfassungsrechtlich geforderte Strafflosigkeit der Selbsttötung und der Beihilfe hierzu zwar grundsätzlich an, indem sie ausschließlich die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung als vom Gesetzgeber besonders autonomiegefährdend eingestuftes Phänomen einer Strafandrohung unterstellt (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2). Das Verbot entfaltet sich aber nicht als isolierter Rechtsakt (aa). Es führt im Gefüge mit der bei seiner Einführung vorgefundenen Gesetzeslage vielmehr dazu, dass das Recht auf Selbsttötung in weiten Teilen faktisch entleert ist, weil die fortbestehende Straffreiheit nicht geschäftsmäßiger Suizidhilfe, der gesetzliche Ausbau von Angeboten der Palliativmedizin und des Hospizdienstes und die Verfügbarkeit von Suizidhilfeangeboten im Ausland nicht geeignet sind, die vom Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ausgehende Einschränkung grundrechtlicher Freiheit auszugleichen. Der Einzelne kann auf die Inanspruchnahme dieser Alternativen nicht ohne Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts verwiesen werden (bb).

²⁷⁹ (aa) § 217 StGB suspendiert mit seinem Ansatz eines Schutzes durch ein absolutes Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe die Selbstbestimmung des Einzelnen in dem von der Regelung erfassten Bereich vollständig, indem er den Entschluss zur Selbsttötung einem unwiderleglichen Generalverdacht mangelnder Freiheit und Reflexion unterstellt. Dadurch wird die verfassungsprägende Grundvorstellung des Menschen als eines in Freiheit zu Selbstbestimmung und Selbstentfaltung fähigen Wesens (vgl. BVerfGE 32, 98 [107 f.]; 108, 282 [300]; 128, 326 [376]; 138, 296 [339 Rn. 109]) in ihr Gegenteil verkehrt. Das im Allgemeinen legitime Anliegen des Rechtsgüterschutzes durch Einführung eines abstrakten Gefährdungsdelikts hat daher hier zugunsten weniger einschneidender Maßnahmen der Autonomiesicherung zurückzutreten, um der Selbstbestimmung tatsächlichen Raum zu belassen und den Einzelnen nicht zu einem Leben zu drängen, das in Widerspruch zu seinem Selbstbild und seinem Selbstverständnis steht.

²⁸⁰ Die Regelung des § 217 StGB ist zwar auf eine bestimmte – die geschäftsmäßige – Form der Förderung der Selbsttötung beschränkt. Auch der damit einhergehende Verlust an Autonomie ist aber jedenfalls so weit und so lange unverhältnismäßig, wie verbleibende Optionen nur eine theoretische, nicht aber die tatsächliche Aussicht auf Selbstbestimmung bieten. Die autonomiefeindliche Wirkung des § 217 StGB wird gerade dadurch intensiviert, dass dem Einzelnen in vielen Situationen jenseits geschäftsmäßiger Angebote der Suizidhilfe keine verlässlichen realen Möglichkeiten verbleiben, einen Entschluss zur Selbsttötung umzusetzen.

²⁸¹ (bb) Weder eine nach § 217 StGB bei enger Auslegung straffrei verbleibende Suizidhilfe im Einzelfall (α) noch

das Angebot der Palliativmedizin (β) oder die Verfügbarkeit von Suizidhilfeangeboten im Ausland (γ) verhelfen der verfassungsrechtlich gebotenen Selbstbestimmung am Lebensende hinreichend zur Durchsetzung.

²⁸² (α) Der Gesetzgeber leitet die Angemessenheit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung daraus ab, dass die im Einzelfall geleistete, nicht geschäftsmäßige Suizidhilfe straffrei bleibe. Damit misst er innerhalb seines eigenen Regelungskonzepts der Möglichkeit einer solchen Suizidhilfe maßgebliche Bedeutung für die Wahrung und Verwirklichung des Rechts auf Selbstbestimmung bei (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2, 13, 14).

²⁸³ Die stillschweigende Annahme des Gesetzgebers, Möglichkeiten zur assistierten Selbsttötung seien außerhalb geschäftsmäßiger Angebote tatsächlich verfügbar, nimmt indes nicht die Einheit der Rechtsordnung in Bedacht. Schließt der Gesetzgeber bestimmte Formen der Freiheitsausübung unter Verweis auf fortbestehende Alternativen aus, so müssen die verbleibenden Handlungsoptionen zur Grundrechtsverwirklichung auch tatsächlich geeignet sein. Diese Bedingung realer Wirkkraft gilt im Besonderen für das Recht auf Selbsttötung. Hier ist bereits die individuelle Gewissheit identitätsstiftend, tatsächlich eigener Vorstellung entsprechend handeln zu können. Dies entspricht der Erfahrung der Beschwerdeführer, die für den Fall individuell bestimmter Grenzen ihres persönlichen Leidens latente Selbsttötungsabsichten mit sich tragen. Insbesondere der Beschwerdeführer zu I. 2. hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar geschildert, dass die ihm vor Einführung des § 217 StGB erteilte Zusage einer Suizidhilfe wesentlich dazu beigetragen hat, das Schicksal der eigenen Erkrankung anzunehmen und sich diesem zunächst nicht im Wege der Selbsttötung zu entziehen. Die sachverständigen Auskunftspersonen aus den Bereichen der Psychiatrie und der Suizidforschung haben bestätigt, dass das Wissen um die Möglichkeit einer assistierten Selbsttötung zumindest bedingt suizidpräventiv wirken kann.

²⁸⁴ Wenn die Rechtsordnung bestimmte, für die Autonomie gefährliche Formen der Suizidhilfe, insbesondere die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung, unter Strafe stellt, muss sie demnach zumindest sicherstellen, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt. Dem wird der Verzicht auf ein umfassendes strafrechtliches Verbot der Suizidhilfe allein nicht gerecht. Ohne geschäftsmäßige Angebote der Suizidhilfe ist der Einzelne sowohl inner- als auch außerhalb eines bestehenden Behandlungsverhältnisses maßgeblich auf die individuelle Bereitschaft eines Arztes angewiesen, an einer Selbsttötung zumindest durch Verschreibung der benötigten Wirkstoffe assistierend mitzuwirken. Von einer solchen individuellen ärztlichen Bereitschaft wird man bei realistischer Betrachtungsweise nur im Ausnahmefall ausgehen können. Genau auf diesen Umstand reagieren Sterbehilfevereine mit ihren Angeboten. Zum einen kann kein Arzt verpflichtet werden, Suizidhilfe zu leisten (αα), zum anderen wirken sich die

berufsrechtlichen Verbote der Suizidhilfe, wie sie überwiegend im Standesrecht der Ärzte vorgesehen sind, zumindest faktisch handlungsleitend aus (ßß). [...]

³⁰¹ (cc) Schließlich sind Aspekte des Schutzes Dritter nicht geeignet, die von § 217 StGB ausgehende Beschränkung individueller Selbstbestimmung zu rechtfertigen. Der Einzelne muss sich im Sinne seiner Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit zwar diejenigen Schranken grundrechtlicher Freiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht. Allerdings muss dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 4, 7 [15 f.]; 59, 275 [279]). Anliegen des Schutzes Dritter, etwa die Vermeidung von Nachahmungseffekten oder die Eindämmung einer Sogwirkung geschäftsmäßiger Suizidhilfeangebote für in ihrer Selbstbestimmung fragile und deshalb schutzbedürftige Personen, können demnach zwar dem Grunde nach suizidpräventives Handeln legitimieren. Sie rechtfertigen aber nicht, dass der Einzelne die faktische Entleerung des Rechts auf Selbsttötung hinnehmen muss (Rn. 273 ff., insbes. Rn. 281 ff.).

³⁰² 4. Diese Bewertung steht im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, die als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen ist (vgl. BVerfGE 111, 307 [317 f.]; 149, 293 [328 Rn. 86]), und den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte formulierten grundlegenden konventionsrechtlichen Wertungen (vgl. BVerfGE 148, 296 [354 Rn. 132, 379 f. Rn. 173 f.]).

³⁰³ Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, der das Recht des Einzelnen, darüber zu entscheiden, wann und wie er sein Leben beenden möchte, als Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK anerkennt, nimmt an, dass dieses Recht aus Gründen des Lebensschutzes Dritter und deren Autonomie zwar eingeschränkt, nicht aber vollständig außer Kraft gesetzt werden darf.

³⁰⁴ Nach der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* folgt aus Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht, sein Leben selbstbestimmt nach individuellen Vorstellungen zu führen. In seiner Entscheidung *Pretty v. The United Kingdom*, die die Frage nach einem Recht auf assistierte Selbsttötung einer körperlich schwer erkrankten Person aufwarf, betont der Gerichtshof, dass die persönliche Autonomie einen wichtigen Grundsatz darstellt, welcher der Auslegung der Garantien des Art. 8 EMRK zugrunde liegt (vgl. *EGMR*, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 61). Unter Berücksichtigung des die Konvention bestimmenden Grundsatzes der Achtung der Menschenwürde und der Freiheit vertritt er die Auffassung, dass Art. 8 EMRK Vorstellungen zur Lebensqualität (notions of the quality of life) erfasst. In Zeiten zunehmenden Fortschritts in der Medizin und gestiegener Lebenserwartung darf niemand dazu gezwungen werden, entgegen dem eigenen Selbstverständnis und der persönlichen Identität bis ins hohe Alter oder

im Zustand schweren körperlichen oder geistigen Verfalls weiterzuleben. Staat und Gesellschaft müssen die Entscheidung, körperliches und psychisches Leiden durch eine assistierte Selbsttötung zu beenden, respektieren (vgl. *EGMR*, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, §§ 64 f.). In der Rechtssache *Haas v. Switzerland*, die einen psychisch erkrankten Beschwerdeführer betraf, hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung weiter präzisiert und ausdrücklich ausgesprochen, dass das Recht des Einzelnen, darüber zu entscheiden, wie und wann er sein Leben beenden möchte, einen Aspekt des Rechts auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 EMRK darstellt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Betroffene einen freien Willen bilden und danach handeln kann (vgl. *EGMR*, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § 51).

³⁰⁵ Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* erkennt aber auch an, dass sich Einschränkungen dieses Rechts nach Art. 8 Abs. 2 EMRK aus Gründen des Lebensschutzes Dritter ergeben können. Bei der Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen einerseits und der aus Art. 2 EMRK abgeleiteten Schutzpflicht des Staates für das Leben andererseits billigt er den Vertragsstaaten in diesem sensiblen Bereich indes einen erheblichen Einschätzungs- und Ermessensspielraum zu (vgl. *EGMR*, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, §§ 70 f.; *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, §§ 53, 55; *Koch v. Deutschland*, Urteil vom 19. Juli 2012, Nr. 497/09, § 70). Danach ist es in erster Linie Aufgabe der Vertragsstaaten, die von einer Suizidhilfe ausgehenden Risiken und Missbrauchsgefahren zu bewerten (vgl. *EGMR*, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 74). Wählt ein Land eine liberale Regelung, sind geeignete Maßnahmen zur Umsetzung und zur Prävention erforderlich, die auch Missbrauch zu verhindern haben (vgl. *EGMR*, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § 57). Wird die Entscheidung, sich selbst zu töten, nicht freien Willens und bei vollem Verständnis der Umstände getroffen, verpflichtet Art. 2 EMRK die staatlichen Behörden, die Selbsttötung zu verhindern. Das in Art. 2 EMRK garantierte Recht auf Leben verpflichtet die Staaten, vulnerable Personen – auch gegen selbstgefährdende Handlungen – zu schützen und ein Verfahren zu etablieren, welches sicherstellt, dass die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, tatsächlich dem freien Willen des Betroffenen entspricht (vgl. *EGMR*, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, §§ 54, 58). Andererseits betont der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* aber auch, dass das Recht, selbst zu bestimmen, wann und auf welche Art das eigene Leben enden soll, nicht nur theoretisch oder scheinbar (merely theoretical or illusory) bestehen darf (vgl. *EGMR*, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, §§ 59 f.).

³⁰⁶ II. (*Begründetheit der übrigen Verfassungsbeschwerden*)

Die Verfassungsbeschwerden der übrigen Beschwerdeführer sind ebenfalls begründet. § 217 StGB stellt keine verfassungsmäßige Beschränkung ihrer Berufsfreiheit

(Art. 12 Abs. 1 GG), subsidiär der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), dar (1.). Die Regelung verletzt diejenigen Beschwerdeführer, die als natürliche Personen Adressaten der Strafandrohung sind, zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG (2.). Die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. sind ferner auch durch die an die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt (3.).

³⁰⁷ 1. (*Grundrechtsverletzung durch die Verbotsnorm des § 217 StGB*)

Für die beschwerdeführenden Ärzte und Rechtsanwälte ergibt sich, soweit sie deutsche Staatsangehörige sind, der verfassungsrechtliche Schutz gegenüber dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung aus Art. 12 Abs. 1 GG (a). Für die Beschwerdeführerin zu VI. 2. als Ärztin mit schweizerischer Staatsbürgerschaft, die beschwerdeführenden deutschen Vereine und ihre organ-schaftlichen Vertreter und Mitarbeiter streitet jedenfalls der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (b). Der Eingriff in diese Grundrechte ist nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt (c).

³⁰⁸ a) Die Beschwerdeführer zu III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. und VI. 3. als deutsche Ärzte und Rechtsanwälte sind durch § 217 StGB zwar nicht in ihrer durch Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG geschützten Gewissensfreiheit (aa), aber im Grundrecht der Berufsfreiheit (bb) betroffen.

³⁰⁹ aa) Gewissensentscheidung ist nicht bereits jede relative Entscheidung über die Zweckmäßigkeit menschlichen Verhaltens aufgrund ernsthafter und nachdrücklicher Auffassung von guter politischer Ordnung und Vernunft, sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Nützlichkeit, sondern ausschließlich die ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte (vgl. BVerfGE 12, 45 [55]; 48, 127 [173 f.]). Die aufgrund einer solchen Gewissensentscheidung erfolgende Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung einer Gelegenheit zur Selbsttötung, die als solche gerade nicht von einer Wiederholungsabsicht getragen ist, ist keine geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung und wird von § 217 Abs. 1 StGB (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2, 18) nicht erfasst.

³¹⁰ bb) Die Regelung des § 217 StGB greift aber in die Berufsfreiheit von Ärzten und Rechtsanwälten mit deutscher Staatsangehörigkeit jedenfalls insoweit ein, als sie ihnen unter Strafandrohung untersagt, im Rahmen ihrer ärztlichen oder anwaltlichen Berufsausübung – einer auf Dauer angelegten und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienenden Tätigkeit (vgl. BVerfGE 7, 377 [397]; 54, 301 [313]; 102, 197 [212];

110, 304 [321]; 126, 112 [136]) – geschäftsmäßig Gelegenheit zur Selbsttötung zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln.

³¹¹ Eine als Teil einer beruflichen Tätigkeit erbrachte Suizidhilfe ist nicht von vornherein vom Schutzbereich der Berufsfreiheit ausgenommen (a.A. BT-Drs. 18/5373, S. 12 in Anlehnung an *VG Hamburg*, Beschluss vom 6. Februar 2009 – 8 E 3301/08 –, juris; *Lorenz*, MedR 2010, S. 823 [824]; *Neumann*, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat?, 2014, S. 266). Insbesondere das einfachgesetzliche Verbot des § 217 StGB selbst schließt das geschäftsmäßige Fördern der Selbsttötung nicht vom grundrechtlichen Schutz durch die Berufsfreiheit aus, weil der Gewährleistungsgehalt dieser Garantie als verfassungsrechtlicher Maßstab für ein gesetzliches Verbot nicht durch das einfache Recht bestimmt werden kann (vgl. BVerfGE 115, 276 [300 f.]; vgl. auch *Lorenz*, MedR 2010, S. 823 [825]).

³¹² Eine Versagung des grundrechtlichen Schutzes kommt allenfalls hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können (vgl. BVerfGE 115, 276 [300 f.]; 117, 126 [137]). Dies trifft auf die Suizidhilfe auch dann nicht zu, wenn sie in geschäftsmäßiger Form erbracht wird.

³¹³ b) Die Beschwerdeführerin zu VI. 2. als Ärztin mit schweizerischer Staatsbürgerschaft, die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. als deutsche Vereine und die Beschwerdeführer zu III. 3. bis III. 5. als deren organschaftliche Vertreter und Mitarbeiter werden durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht in speziellen Freiheitsrechten beeinträchtigt (aa), sondern können lediglich den subsidiären Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) beanspruchen (bb).

³¹⁴ aa) Die Beschwerdeführer können sich weder auf den Schutz der Berufsfreiheit (1) noch auf denjenigen der Vereinigungsfreiheit (2) berufen.

³¹⁵ (1) Der Schutz der Berufsfreiheit ist für die Beschwerdeführer zu III. 3. und III. 5. sowie die Beschwerdeführerin zu VI. 2. bereits in persönlicher Hinsicht nicht eröffnet (a). Für die übrigen Beschwerdeführer ist das ihnen durch § 217 StGB untersagte Handeln jedenfalls nicht Teil einer den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG genießenden beruflichen Tätigkeit (b).

³¹⁶ (a) Die Beschwerdeführer zu III. 3. und III. 5. sowie die Beschwerdeführerin zu VI. können sich als schweizerische Staatsangehörige in persönlicher Hinsicht nicht auf den Schutz des Grundrechts der Berufsfreiheit berufen. Dieser ist gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG vorbehalten.

³¹⁷ (b) Die Beschwerdeführerin zu III. 4. (aa) und die beschwerdeführenden Vereine (bb) haben bei dem Bereitstellen eines Angebots der Suizidhilfe keine berufliche Tätigkeit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeübt. [...]

³²⁵ (b) Der sachliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit ist durch die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung und eine daran geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG jedoch nicht betroffen.

³²⁶ (aa) Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Dieser Schutz umfasst das Recht auf Entstehen und Bestehen in der gewählten gemeinsamen Form (vgl. BVerfGE 13, 174 [175]; 80, 244 [253]). Dieses Recht schließt nicht nur für Mitglieder, sondern auch für die Vereinigung selbst zunächst ihre Gründung und ihren Bestand, daneben aber zwecks Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes auch ein Recht auf Betätigung im Sinne eines Kernbereichs der Vereinstätigkeit ein (vgl. BVerfGE 30, 227 [241] m.w.N.; 80, 244 [253]). Dieser Kernbereich umfasst die fortwährende Organisationsautonomie, das heißt die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren der Willensbildung und die Führung der Geschäfte (vgl. BVerfGE 50, 290 [354]), nicht hingegen bloße vereinszweckrealisierende Tätigkeiten jenseits von Handlungen zur Entstehung und zur Erhaltung des Bestands einer Vereinigung (vgl. BVerfGE 70, 1 [25]; 84, 212 [224]; 149, 160 [192 Rn. 98]). Letztere sind vielmehr nach Maßgabe derjenigen Grundrechte und grundrechtsgleichen Gewährleistungen geschützt, in deren Schutzbereich sie sich bewegen, weil die Gründung einer Vereinigung den Grundrechtsschutz für individuelles Handeln seiner Mitglieder nicht erweitern kann (vgl. BVerfGE 149, 160 [192 Rn. 98]; so auch bereits im Ansatz BVerfGE 70, 1 [25]). Art. 9 Abs. 1 GG enthält mithin eine spezifische Organisationsgarantie, die Freiheitsschutz nur für Organisationsakte, nicht hingegen eine allgemeine Handlungs- oder Zweckverfolgungsfreiheit gewährt, die an keine andere Voraussetzung gebunden wäre als die Vereinsmäßigkeit ihrer Ausübung.

³²⁷ (bb) Eine Beeinträchtigung der Vereinigungsfreiheit in ihrem den Bestand und die Organisationsautonomie erfassenden Schutzgehalt geht von § 217 StGB auch nicht deshalb aus, weil die Regelung Anknüpfungstatbestand im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Var. 1 GG ist und damit materiellrechtlich die Grundlage für ein Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG in Verbindung mit § 3 VereinsG schafft.

³²⁸ Das materielle Unwerturteil über strafrechtswidrige Zwecke verfolgende Vereinigungen folgt aus Art. 9 Abs. 2 GG selbst und wirkt verfassungsunmittelbar (vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 113 [September 2017]). Seine Umsetzung setzt lediglich die Existenz von Strafgesetzen voraus (vgl. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. [2018], Art. 9 Rn. 75), wodurch die Ausgestaltung des Vereinsverbots dem Gesetzgeber überantwortet ist, der die Grenzen der Schranke des Art. 9 Abs. 2 GG nicht ausdehnen darf (vgl. BVerfGE 80, 244 [254]). Einer Umgehung des Schutzes aus Art. 9 Abs. 1 GG wird hierbei dadurch vorgebeugt, dass nur allgemeine Strafgesetze als Bezugsnormen für ein Vereinsverbot herangezogen werden dürfen (vgl. BVerfGE 149, 160 [196 Rn. 105]), die ein Handeln (Tun oder Unterlas-

sen) generell, das heißt nicht ausschließlich oder in besonderer Form für den Fall vereinsmäßiger Begehung, unter Strafe stellen (vgl. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. [2018], Art. 9 Rn. 75 m.w.N.). Aufgrund ihres allgemeinen Charakters sind solche Strafvorschriften mit dem Schutzzweck des Art. 9 Abs. 1 GG vereinbar. Die Vereinigungsfreiheit erweitert die in sonstigen Grundrechten gewährleisteten Handlungsfreiheiten nicht zu einer vereinigungsspezifischen allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern schützt ausschließlich vor vereinigungsspezifischem Sonderrecht (vgl. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. [2018], Art. 9 Rn. 43, 75).

³²⁹ § 217 StGB ist ein allgemeines Strafgesetz. Er stellt die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung nicht speziell für den Fall unter Strafe, dass sie in vereinsmäßig organisierter Form erbracht wird, sondern für jedermann, der geschäftsmäßig im Sinne der Norm handelt. Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber mit Einführung der Vorschrift gerade auch bezweckt hat, die rechtliche Grundlage für das Verbot von Vereinigungen zu schaffen, die – wie die beiden beschwerdeführenden Vereine – ein öffentliches Suizidhilfeangebot bereitstellen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 14). Für die Einordnung als allgemeines Gesetz ist unerheblich, ob ein Einzelfall den Anlass zu einer gesetzlichen Regelung gegeben hat, soweit die Norm nach der Art der in Betracht kommenden Sachverhalte geeignet ist, unbestimmt viele weitere Fälle zu regeln (vgl. BVerfGE 7, 129 [150 f.]; 10, 234 [243 f.]).

³³⁰ bb) Dadurch, dass die Beschwerdeführer zu III. 3. und III. 5., die Beschwerdeführerinnen zu III. 4. und VI. 2. und die beschwerdeführenden deutschen Vereine gezwungen waren, ihre auf Erbringung oder Vermittlung von Suizidhilfe gerichteten Aktivitäten (vorläufig) einzustellen, um nicht mit den Maßgaben des § 217 StGB in Konflikt zu treten, sind sie aber in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen.

³³¹ c) Die Grundrechtseingriffe sind nicht gerechtfertigt. Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verstößt aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht von selbstbestimmt zur Selbsttötung entschlossenen Personen (Rn. 202 ff.) gegen objektives Verfassungsrecht und ist infolgedessen auch gegenüber den unmittelbaren Normadressaten nichtig (vgl. BVerfGE 61, 82 [112 f.]). Der verfassungsrechtliche Schutz des durch § 217 StGB unter Strafe gestellten Handelns ergibt sich aus einer funktionalen Verschränkung der Grundrechte der Beschwerdeführer zu II., III. 2. bis III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. sowie VI. 2. und VI. 3. mit dem aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Die als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen, sich selbst mit Unterstützung und in Begleitung von zur Hilfe bereiten Dritten das Leben zu nehmen, steht in inhaltlicher Abhängigkeit zu dem grundrechtlichen Schutz der Suizidhilfe. Die Entscheidung zur Selbsttötung ist in ihrer Umsetzung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht davon abhängig, dass Dritte bereit sind, Gelegenheit zur Selbsttötung

zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln. Die Dritten müssen ihre Bereitschaft zur Suizidhilfe auch rechtlich umsetzen dürfen. Anderenfalls liefe das Recht des Einzelnen auf Selbsttötung faktisch leer. In Fällen derartiger rechtlicher Abhängigkeit stehen die Handlungsweisen der Beteiligten in einem funktionalen Zusammenhang. Der grundrechtliche Schutz des Handelns des einen ist Voraussetzung für die Ausübung eines Grundrechts durch den anderen (vgl. *Kloepfer*, in: Festschrift für Klaus Stern, 2012, S. 405 [413 ff.]). Erst dadurch, dass zwei Personen Grundrechte in einer auf ein gemeinsames Ziel gerichteten Weise ausüben können, hier die Umsetzung des Wunsches nach assistierter Selbsttötung, wird der verfassungsrechtliche Schutz auf selbstbestimmtes Sterben wirksam. Der Gewährleistung des Rechts auf Selbsttötung korrespondiert daher auch ein entsprechend weitreichender grundrechtlicher Schutz des Handelns des Suizidassistenten.

³³² 2. (*Grundrechtsverletzung durch die Strafandrohung des § 217 StGB*)

Mit der Androhung einer Freiheitsstrafe verletzt das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung die Beschwerdeführer zu III. 3. bis III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. sowie VI. 2. und VI. 3., die als natürliche Personen unmittelbare Normadressaten des § 217 StGB sind, zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 96, 245 [249]; 101, 275 [287]; 140, 317 [345 Rn. 58]).

³³³ 3. (*Grundrechtsverletzung durch die mögliche Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG*)

Eine mögliche, an die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG verletzt die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, das – anders als die vom Beschwerdeführer zu III. 2. insoweit ausdrücklich geltend gemachte Eigentums-garantie des Art. 14 Abs. 1 GG, die nicht das Vermögen als solches schützt (vgl. BVerfGE 4, 7 [17]; 74, 129 [148]; 81, 108 [122]; 96, 375 [397]) – auch das Recht umfasst, nicht (zu Unrecht) zu einer Geldbuße herangezogen zu werden (vgl. BVerfGE 92, 191 [196]).

III. (*Ausschluss verfassungskonformer Auslegung*)

³³⁴ § 217 StGB ist einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich. Eine den Anwendungsbereich der Norm einschränkende Auslegung, die die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter bestimmten Umständen doch für zulässig erklärte, widerspräche den Absichten des Gesetzgebers und käme damit einer mit dem Gebot hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) unvereinbaren originären judikativen Rechtsetzung gleich (vgl. BVerfGE 47, 109 [120]; 64, 389 [393]; 73, 206 [235]; 105, 135 [153]).

³³⁵ Dies gilt insbesondere für eine Auslegung, die die Förderung freiverantwortlicher Selbsttötungen von der Strafbarkeit ausnimmt (vgl. zu einem solchen Ansatz *Kubi-*

ciel, ZIS 2016, S. 396 [402]). Sie liefe dem gesetzgeberischen Anliegen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 3) zuwider. Im Ergebnis würde sie die Vorschrift praktisch leerlaufen lassen (vgl. *Riemer*, BRJ 2016, S. 96 [101], zugleich m.w.N. zu abweichenden Ansätzen).

³³⁶ Auch eine Auslegung, die Ärzte vom Verbot des § 217 Abs. 1 StGB ausnähme, ist nicht möglich. Der Gesetzgeber hat § 217 StGB als Allgemeindelikt ausgestaltet und von einer Privilegierung der Angehörigen der Heilberufe bewusst abgesehen (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 18).

IV. (*Folgen der Verfassungswidrigkeit*)

³³⁷ 1. (*Nichtigkeit des § 217 StGB*)

§ 217 StGB ist wegen der festgestellten Verfassungsverstöße für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine bloße Unvereinbarkeitserklärung liegen nicht vor (vgl. BVerfGE 128, 282 [321 f.]; 129, 269 [284]).

³³⁸ 2. (*Alternative Regelungskonzepte*)

Aus der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB folgt nicht, dass der Gesetzgeber sich einer Regulierung der Suizidhilfe vollständig zu enthalten hat. Er hat aus den ihm obliegenden Schutzpflichten für die Autonomie bei der Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise einen Handlungsauftrag abgeleitet (vgl. Rn. 231 ff.). Ein legislatives Schutzkonzept hat sich aber an der der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zugrundeliegenden Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen auszurichten, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten (vgl. BVerfGE 32, 98 [107 f.]; 108, 282 [300]; 128, 326 [376]; 138, 296 [339 Rn. 109]). Die verfassungsrechtliche Anerkennung des Einzelnen als zur Selbstbestimmung befähigten Menschen verlangt eine strikte Beschränkung staatlicher Intervention auf den Schutz der Selbstbestimmung, der durch Elemente der medizinischen und pharmakologischen Qualitätssicherung und des Missbrauchsschutzes ergänzt werden kann.

³³⁹ Zum Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben steht dem Gesetzgeber in Bezug auf das Phänomen organisierter Suizidhilfe ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen. Sie reichen von der positiven Regulierung prozeduraler Sicherungsmechanismen, etwa gesetzlich festgeschriebener Aufklärungs- und Wartepflichten, über Erlaubnisvorbehalte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern, bis zu Verboten besonders gefährlicher Erscheinungsformen der Suizidhilfe entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB. Sie können mit Blick auf die Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter auch im Strafrecht verankert oder jedenfalls durch strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen abgesichert werden (vgl. dazu bereits Rn. 268 ff.).

³⁴⁰ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Rechts auf Selbsttötung, welche die einem individuellen

Suizidentschluss zugrundeliegenden Motive einschließt und diese damit einer Beurteilung nach Maßstäben objektiver Vernünftigkeit entzieht (vgl. Rn. 210), verbietet es sich aber, die Zulässigkeit einer Hilfe zur Selbsttötung materiellen Kriterien zu unterwerfen, sie etwa vom Vorliegen einer unheilbaren oder tödlich verlaufenden Krankheit abhängig zu machen. Dies hindert nicht, dass je nach Lebenssituation unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens gestellt werden können. Es steht dem Gesetzgeber frei, ein prozedurales Sicherungskonzept zu entwickeln.

³⁴¹ Allerdings muss jede regulatorische Einschränkung der assistierten Selbsttötung sicherstellen, dass sie dem verfassungsrechtlich geschützten Recht des Einzelnen, aufgrund

freier Entscheidung mit Unterstützung Dritter aus dem Leben zu scheiden, auch faktisch hinreichenden Raum zur Entfaltung und Umsetzung belässt. Das erfordert nicht nur eine konsistente Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und der Apotheker, sondern möglicherweise auch Anpassungen des Betäubungsmittelrechts.

³⁴² Die Obliegenheit zur konsistenten Ausgestaltung der Rechtsordnung schließt nicht aus, die im Bereich des Arzneimittel- und des Betäubungsmittelrechts verankerten Elemente des Verbraucher- und des Missbrauchsschutzes aufrechtzuerhalten und in ein Schutzkonzept im Bereich der Suizidhilfe einzubinden. All dies lässt unberührt, dass es eine Verpflichtung zur Suizidhilfe nicht geben darf. [...]

Mein Leben – mein Tod: Ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben

Anmerkung zu *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 und 2 BvR 2527/16

von Alyssa Siems*

Nicht erst seit Inkrafttreten des § 217 StGB¹ am 10.12.2015 wurden Zweifel hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Sterbehilfe laut.² Bereits in seinem Urteil vom 2.3.2017 hatte das *BVerwG* entschieden, dass sich aus der Schutzpflicht des Staates auch die Pflicht ergeben kann, dem Bürger, der sich aufgrund seiner schweren und unheilbaren Krankheit in einer „extremen Notlage“ befindet, Zugang zu Betäubungsmitteln zu gewähren, um eine schmerzlose Selbsttötung zu ermöglichen, da dies der grundrechtliche Schutz des Selbstbestimmungsrechts gebiete.³ Nunmehr hat das *BVerfG* das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Sterbehilfe etwas mehr als vier Jahre nach seinem Inkrafttreten für nichtig erklärt und damit nicht nur der Unantastbarkeit der Menschenwürde Rechnung getragen, sondern auch die Freiheit gestärkt. Die Diskussion um Leben und Tod ist damit noch nicht am Ende.

I. § 217 StGB – Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

Seit Einführung des StGB in Deutschland im Jahre 1871 bis zum Inkrafttreten des § 217 StGB war die Teilnahme am Suizid in Deutschland straffrei. Dogmatisch rührte diese Tatsache bis dato aus der Akzessorietät der Teilnahmeformen gem. §§ 26, 27 StGB: eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe setzt stets eine rechtswidrige Haupttat voraus, der Suizid als mögliche Haupttat stellt jedoch keine rechtswidrige Tat dar.⁴

1. Entstehungsgeschichte

Nachdem es über die Jahre immer wieder Reformbestrebungen gab⁵, näherte sich erstmals der Gesetzesantrag der Bundesländer Saarland, Thüringen und Hessen aus dem Jahr 2006 zum Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der geschäftsmäßigen Vermittlung von Gelegenheiten zur Selbsttötung dem jetzt für nichtig erklärten § 217 StGB an.⁶ Im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung des § 217 StGB standen den Parlamentariern insgesamt vier Entwürfe zur Auswahl.⁷ Der Gesetzentwurf zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung hat sich in der zweiten Lesung gegenüber anderen Entwürfen mit 309 von 599 gültigen Stimmen durchgesetzt und ist letztlich in der dritten Beratung des Bundestages mit 360 fraktionsübergreifenden Stimmen angenommen worden.⁸ Diesem doch eindeutigen Willen des Gesetzgebers stand eine ebenso eindeutige Meinung der Bevölkerung diametral gegenüber: die Deutschen befürworteten schon seinerzeit mehrheitlich eine passive und auch aktive Sterbehilfe.⁹ Der Gesetzgeber begründete die Einführung der Verbotsnorm mit dem „Schutz der Selbstbestimmung und das Grundrecht auf Leben“¹⁰. Ziel war es auch, einen Gewöhnungseffekt der Bevölkerung an organisierte passive Sterbehilfe zu vermeiden und die Entwicklungen des assistierten Suizids hin „zu einem Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung zu verhindern“¹¹. Der „fatale Anschein einer Normalität“¹² einer Selbsttötung sollte unterbunden werden. Einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen § 217 StGB lehnte das *BVerfG* mit Beschluss vom 21.12.2015 jedoch ab.¹³

* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Hilfskraft an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster am Fachgebiet III.5 – Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik und Rechtsreferendarin am Landgericht Bochum.

¹ Eingeführt durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3. Dezember 2015 (BGBl. I, S. 2177).

² Vgl. nur *Hilgendorf/Rosenau*, medstra 2015, 129.

³ Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19/15, Rn. 28.

⁴ So schon *BGH*, Urt. v. 12.2.1951 – 1 StR 59/50 = BGHSt 2, 150, 152.

⁵ Vgl. die Darstellung zur Aktualität bei *Schöch/Verrel*, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StGB), GA 2005, 553 (554 ff.).

⁶ BR-Drs. 230/06.

⁷ BT-Drs. 18/5374 (Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der ärztlich begleiteten Lebensbeendigung – SuizidhilfeG), BT-Drs. 18/5375 (Entwurf eines Gesetzes über die Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung); BT-Drs. 18/5376 (Entwurf eines Gesetzes über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung) und BT-Drs. 18/5373 (Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung).

⁸ Vgl. BT-Plenarprotokoll 18/134, S. 13100 f.; bei der dritten Beratung standen den o.g. Ja-Stimmen 233 Nein-Stimmen und 9 Enthaltungen gegenüber.

⁹ Bspw. ergab eine Umfrage im August 2015 von infratest dimap im Auftrag der Deutschen PalliativStiftung, dass 77% der Befragten eine Tötung auf Verlangen in bestimmten Fällen erlaubt sein sollte (Ergebnisse online abrufbar unter: https://www.palliativstiftung.de/fileadmin/user_upload/2015.08.14_dps_suizidassistentz_graf.pdf, zuletzt abgerufen am 7.3.2020).

¹⁰ BT-Drs. 18/5357, S. 10.

¹¹ A.a.O., S. 2.

¹² A.a.O., S. 11.

¹³ *BVerfG*, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15; Vgl. auch *Fateh-Moghadam*, Anmerkung zu *BVerfG*, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, MedR 2016, 716.

2. Inhalt des § 217 StGB

Inhaltlich stellte § 217 Abs. 1 StGB die geschäftsmäßige Förderung der Sterbehilfe unter Strafe, womit letztlich eine Beihilfehandlung zur eigenständigen Haupttat wurde.¹⁴ § 217 Abs. 2 StGB enthielt einen persönlichen Strafausschlussgrund für Teilnehmer unter weiteren Voraussetzungen.¹⁵ Die in Absatz 1 geforderte Geschäftsmäßigkeit lag schon dann vor, wenn die Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit zur Selbsttötung auf Wiederholung ausgelegt war, sodass eine Gewerbmäßigkeit oder Gewinnerzielungsabsicht gerade nicht Voraussetzung war.¹⁶ Ob sich das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit für die Abgrenzung zwischen strafloser und strafwürdiger Beihilfe zur Selbsttötung eignet, wurde dabei mit Blick auf den vom Gesetzgeber beabsichtigten Schutz der Autonomie zu Recht in Zweifel gezogen.¹⁷ Völlig unklar blieb, warum die straflose Beihilfehandlung an einem Suizid durch die reine Wiederholung plötzlich zum strafrechtlich relevanten Unrecht werden sollte.¹⁸ Nicht erfasst war die aktive Sterbehilfe, also die gezielte Tötung oder die Beschleunigung des Todeseintritts durch aktives Tun.¹⁹

II. BVerfG, Urt. v. 26.2.2020

Nunmehr erklärte das BVerfG den § 217 StGB für mit dem Grundgesetz unvereinbar und in der Folge für nichtig. Es verband in seiner Entscheidung verschiedene Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung. Neben unmittelbar Betroffenen (also Suizidwilligen) hatten auch andere Vereinigungen (Sterbehilfevereine) und Ärzte bzw. Rechtsanwälte Verfassungsbeschwerde erhoben.

1. Verfassungsbeschwerden sterbewilliger Menschen

Die unmittelbar Betroffenen sahen sich in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt. Mit Erfolg – das BVerfG gab ihnen Recht: § 217 StGB verletzt die Betroffenen in ihrem Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben, da der Straftatbestand die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang einschränkt, dass faktisch kein Raum zur Wahrnehmung der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes umfasst dabei das Recht eines Menschen, sich das Leben zu nehmen, wenn dieser zur freien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähig ist.²⁰ Mit umfasst ist auch die Freiheit, Hilfe zur Selbsttötung bei Dritten zu suchen und in Anspruch zu nehmen.²¹ Zu Recht nahm das BVerfG an, dass auch die Entscheidung, das eigene Leben beenden

zu wollen, existentieller Bestandteil der Menschenwürde ist und das allgemeine Persönlichkeitsrecht damit ein *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* einschließt.²² Die autonome Entscheidung zur Beendigung des Lebens ist – wenngleich auch der letzte – Ausdruck von Würde.²³

In dieses so ausgeformte allgemeine Persönlichkeitsrecht greift § 217 StGB ein, wenngleich die betroffenen Beschwerdeführer nicht unmittelbare Adressaten des Straftatbestandes waren.²⁴ Mit dem in § 217 Abs. 1 StGB strafbewehrten Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung lag eine faktische Beeinträchtigung vor: für Betroffene schied eine Inanspruchnahme von Hilfe de facto aus, weil entsprechende Anbieter ihre Hilfen angesichts der Strafbewehrung und ordnungsrechtlicher Konsequenzen eingestellt hatten.²⁵

Schon bei Betrachtung des hier angenommenen Eingriffs zeichnet sich nunmehr ab, dass der Gesetzgeber sein grundsätzlich legitimes Ziel des Schutzes der Autonomie durch Einschränkung von Sterbehilfe-Dienstleistungen erreicht hat – allerdings verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Denn das BVerfG anerkennt, dass die Freiheit des Einzelnen und sein Recht auf eine menschenwürdige Beendigung seines Lebens von überragender Bedeutung sind. Im Grunde ist jetzt der Versuch des Gesetzgebers gescheitert, seinen Paternalismus über das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen zu stellen. Statt die Autonomie und das Leben Einzelner zu schützen, folgte aus § 217 StGB eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung, da die freie Entscheidung der Sterbewilligen unmöglich gemacht wurde.²⁶ Diese Unmöglichkeit liegt hier trotz der Beschränkung der Strafbarkeit auf die *geschäftsmäßige* Förderung vor, weil die für die Sterbewilligen verbleibenden Optionen nur noch theoretischer Natur waren.²⁷

Und spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass die Entscheidung des BVerfG nicht nur § 217 StGB betrifft. Sie betrifft das generelle Verständnis der Freiheit und der Selbstbestimmtheit von Menschen in unserer Gesellschaft. Sie betrifft auch die moralische, ethische und religiöse Frage, ob ein Leben eigenmächtig beendet werden sollte und ob man dafür auf die Hilfe Dritter zurückgreifen kann. Das BVerfG hatte die schwierige Frage zu beantworten, was in unserer Gesellschaft und Werteordnung eigentlich schwerer wiegt: unsere Freiheit oder der paternalistische Schutz des Lebens. Die Antwort der Verfassungsrichter auf diese Frage lautet richtigerweise: grundsätzlich unsere Freiheit.

¹⁴ Fischer, StGB, 67. Auflage (2020), § 217 Rn. 3.

¹⁵ A.a.O., Rn. 11.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 18/5357, S. 17; Fischer, StGB, § 217 Rn. 7.

¹⁷ Vgl. u.a. Hoven, MedR 2018, 741 (743) m.w.N., Duttge, NJW 2016, 120 (122).

¹⁸ Vgl. Hoven, MedR 2018, 741 (743), m.w.N.

¹⁹ Fischer, StGB, vor §§ 211–217, Rn. 33.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 und 2 BvR 2527/16, Rn. 204.

²¹ A.a.O., Rn. 212.

²² A.a.O., Rn. 208 f.

²³ A.a.O., Rn. 211.

²⁴ A.a.O., Rn. 214.

²⁵ A.a.O., Rn. 215 f.

²⁶ A.a.O., Rn. 273.

²⁷ A.a.O., Rn. 280.

2. Auswirkungen auf Berufsgruppen und Vereine

Unter Beachtung dieser grundlegenden Entscheidung gab das *BVerfG* auch den Verfassungsbeschwerden von Ärzten, Rechtsanwälten und Sterbehilfevereinen größtenteils statt. Ärzte und Rechtsanwälte mit deutscher Staatsangehörigkeit²⁸ sind durch § 217 StGB in ihrer Berufsfreiheit, subsidiär in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt. Sofern sie gleichzeitig Adressat der Strafandrohung sind, tritt außerdem eine Verletzung ihres Freiheitsrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG hinzu. Auch Sterbehilfevereine sind in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 GG und ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG betroffen.²⁹

Anders als vom Gesetzgeber angenommen, ist eine teilweise im Rahmen der Berufstätigkeit erbrachte Suizidhilfe wegen ihrer Sozial- und Gemeenschädlichkeit auch nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 12 GG ausgenommen.³⁰ Der Grund für die Annahme eines ungerechtfertigten Eingriffs liegt auch hier in der Tatsache begründet, dass durch § 217 StGB ein grundrechtlich geschütztes Recht, *die Freiheit*, faktisch beschnitten wird.³¹ Insofern vermag auch der legitime Zweck des Schutzes des Lebens diese Eingriffe nicht zu rechtfertigen.

3. Konsequenzen der Entscheidung

Aufgrund der aufgezeigten Verfassungsverstöße erklärte das *BVerfG* den § 217 StGB gem. § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig.³² Gleichzeitig folgt daraus nach Ansicht der Verfassungsrichter aber nicht, dass die Sterbehilfe jedweder Regulierung entzogen ist. Ganz im Gegenteil: sie geben dem Gesetzgeber eine Reihe von Möglichkeiten zur Regulation der organisierten Sterbehilfe an die Hand, beispielsweise gesetzlich normierte Aufklärungs- und Wartepflichten, Erlaubnisvorbehalte bis hin zu partiellen Verboten nach Vorbild des § 217 StGB.³³ Aber „jede regulatorische Einschränkung der assistierten Selbsttötung [muss] sicherstellen, dass sie dem verfassungsrechtlich geschützten Recht des Einzelnen, aufgrund freier Entscheidung mit Unterstützung Dritter aus dem Leben zu scheiden, auch faktisch hinreichenden Raum zur Entfaltung und Umsetzung belässt. Das erfordert nicht nur eine konsistente Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und

der Apotheker, sondern möglicherweise auch Anpassungen des Betäubungsmittelrechts“³⁴. Die passive Sterbehilfe ist und bleibt damit vorerst nicht strafbar.

III. Aktuelle Diskussion und Fazit

Unmittelbar nach der Entscheidung verhielten sich diverse Vertreter von Vereinigungen und Kirche kritisch zur Entscheidung des *BVerfG*. In Reaktion auf das Urteil äußerten beispielsweise die Vorsitzenden der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) und der Deutschen Bischofskonferenz in einer gemeinsamen Erklärung Bedenken und Sorge. Man betrachte das Urteil als Einschnitt in die das Leben bejahende Kultur und man befürchte, dass alte oder kranke Menschen auf subtile Weise unter Druck gesetzt würden, von derartigen Angeboten Gebrauch zu machen.³⁵ Der Präsident der Bundesärztekammer, Dr. Klaus Reinhardt, warnte, dass die Gesellschaft als Ganzes Wege finden müsse, die eine Normalisierung des Suizids verhindern.³⁶ Auch Bundesjustizministerin Christine Lambrecht (SPD) warnte vor einer gesellschaftlichen Normalität des assistierten Suizids und kündigte daraufhin eine Neuregelung zum Thema Suizidhilfe an.³⁷ Damit wird zugleich deutlich, dass die (rechts-) politische Diskussion um die passive Sterbehilfe in Deutschland noch lange nicht am Ende ist. Die Angst vor einer „Normalität“³⁸ der assistierten Selbsttötung ist wieder aufgeflammt. Umso erstaunlicher ist allerdings, dass der parlamentarische Staatssekretär Christian Lange (SPD) im Ausschuss Recht und Verbraucherschutz keinen gegenwärtigen Handlungsbedarf aus dem Urteil des *BVerfG* sieht, auch weil die Karlsruher Richter keine Blaupause für Neuregelungen vorgegeben hätten.³⁹

Die Einschätzung Langes geht fehl. Das Bedürfnis einer Regelung der passiven Sterbehilfe ist enorm. De facto stehen das Recht und unsere Gesellschaft wieder an jenem Punkt, der damals zur Einführung des § 217 StGB geführt hat. Neu ist jedoch das Fundament, auf dem die nunmehr erwartete Lösung stehen muss: Das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben darf nicht vereitelt werden. Es ist vielmehr mit dem Schutz des Lebens in Einklang zu bringen. So stellte Gärditz schon zur Einführung des § 217 StGB zutreffend fest, dass die Allgemeinheit keinen Anspruch darauf hat, „dass der Einzelne an seinem Leben festhält“⁴⁰. Der Sterbewunsch ist Ausdruck unserer Autonomie und Freiheit. Er ist unabhängig von gesellschaftlichen, ethischen oder religiösen Vorstellungen und ande-

²⁸ Art. 12 GG erfasst in persönlicher Hinsicht nur Deutsche von seinem Schutzbereich. In den Fällen ausländischer Beschwerdeführer hat das *BVerfG* einen subsidiären Schutz über die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG angenommen, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020, Rn. 313.

²⁹ A.a.O., Rn. 330, 332.

³⁰ A.a.O., Rn. 311; BT-Drs. 18/5373, S. 12.

³¹ *BVerfG*, Urt. v. 26.02.2020, Rn. 306, 310 f.

³² A.a.O., Rn. 337.

³³ A.a.O., Rn. 339.

³⁴ A.a.O., Rn. 341.

³⁵ Vgl. Gemeinsame Erklärung der Vorsitzenden der EKD und der Deutschen Bischofskonferenz zum Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, online abrufbar unter: <https://www.ekd.de/gemeinsame-erklaerung-dbk-und-ekd-zum-urteil-selbsttötung-53539.html> (zuletzt abgerufen am 13.3.2020).

³⁶ Erklärung des Bundesärztekammer-Präsidenten Dr. Klaus Reinhardt vom 26.2.2020, online abrufbar unter: <https://www.bundesärztekammer.de/presse/pressemitteilungen/news-detail/reinhardt-der-normalisierung-des-suizids-entgegenwirken/> (zuletzt abgerufen am 13.3.2020).

³⁷ Interview in der Rheinischen Post vom 6.3.2020, online abrufbar unter: https://rp-online.de/politik/deutschland/interview-christine-lambrecht-suizid-darf-keine-normalitaet-werden_aid-49378075, (zuletzt abgerufen am 13.03.2020).

³⁸ Zur Problematik des Begriffs „Normalität“ vgl. die Darstellung bei Kreß, MedR 2018, 790 (794); Fateh-Moghadam, MedR 2016, 716 (718).

³⁹ Parlamentsnachricht Deutscher Bundestag, Regelung zu Sterbehilfe, Recht und Verbraucherschutz/Ausschuss – 11.3.2020 (hib 276/2020).

⁴⁰ Gärditz, ZfL 2015, 114.

ren partikularen Sichtweisen. Der Auftrag an den Gesetzgeber ist eindeutig: er muss sicherstellen, dass jeder Mensch, der sich mit der Thematik des Sterbens konfrontiert sieht, eine realistische Chance hat, sich frei zu entscheiden. Dabei darf trotz aller Ängste nicht vergessen werden, dass das Gewähren dieser Freiheit und Selbstbe-

stimmung auch zur Entscheidung pro Weiterleben führen kann. Die Freiheit des Einzelnen verpflichtet uns daher zu akzeptieren, dass die Entscheidungsgewalt über die Selbsttötung ausschließlich und allein der Einzelne innehat.

Sarah Bayer: Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht

von Tino Haupt

2019, Nomos, Baden-Baden, ISBN 978-3-8487-5495-3, S. 373, Euro 96,00.

I. Einleitung

Nur wenige Normen der Strafprozessordnung haben potentiell soviel Öffentlichkeitswirksamkeit wie die zur Wiederaufnahme in den §§ 359 ff. StPO. Dies haben in den letzten Jahren einige Fälle gezeigt, die in der Öffentlichkeit thematisiert und zumeist auch emotional diskutiert wurden.¹ Zum einen mag dies an den teils spektakulären Umständen der jeweiligen Sachverhalte liegen, zum anderen sind diese Fälle aber auch mit erheblichen rechtlichen Problemen verbunden. Mit der rechtlichen Betrachtung dieser Thematik setzt sich die zu Beginn des Jahres 2019 erschienene Dissertation von *Sarah Bayer* auseinander. Die Verfasserin stellt in ihrer Dissertationsschrift die historische und aktuelle Situation des Wiederaufnahmerechts in Deutschland, sowie rechtsvergleichend die Möglichkeiten zur Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile nach geltendem französischem und englischem Recht dar, um hieraus letztendlich Ideen für eine Reform des deutschen Rechts zu gewinnen. Diese Darstellung mit Rechtsstand April 2018, erfolgt auf insgesamt 373 Seiten.

II. Zum Inhalt

Die Verfasserin beginnt ihre Ausführungen mit der Thematisierung von Grundlagenfragen zu Gerechtigkeit und Wahrheitsermittlung im Strafverfahren. Dabei stellt sie den Zusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit, die Ziele des Strafprozesses, sowie die Problematik, dass die Wahrheitsermittlung nicht um jeden Preis möglich ist, dar. Die Frage nach der Häufigkeit von Fehlurteilen kann auch von ihr nicht beantwortet werden. In diesem Zusammenhang stellt sie jedoch die wesentlichen Gründe für Fehlurteile dar, die ihrer Ansicht nach unter anderem aufgrund falscher Rechtsanwendung entstehen können.

Nach diesem Kapitel, das auch dem Leser, der sich zuvor noch nicht vertieft mit dem strafrechtlichen Wiederaufnahmerecht beschäftigt hat, den Einstieg in die Thematik ermöglicht, widmet sich das zweite Kapitel der historischen Entwicklung des deutschen Wiederaufnahmerechts. Wie viele andere Normen der StPO, sind auch die Normen, die die Wiederaufnahme regeln, seit ihrem Inkrafttreten² unverändert geblieben. Beginnend mit der Darstellung des inquisitorischen Prozesses im gemeinen Recht

erläutert *Bayer* auf etwa 70 Seiten die verschiedenen Entwicklungen und Veränderungen des Wiederaufnahmerechts im Laufe der Zeit. Dabei werden die Einflüsse des französischen akkusatorischen Prozesses ebenso wie die Reichsstrafprozessordnung von 1877 behandelt. Im Rahmen der Darstellung der Reichsstrafprozessordnung als erstes einheitliches Strafprozessrecht stellt sie die in diesem enthaltenen Wiederaufnahmegründe zugunsten und zuungunsten des Angeklagten, sowie das Verfahren der Wiederaufnahme prägnant auf etwa 20 Seiten dar. Zum Abschluss dieses Kapitels erfolgt die Erläuterung der Entwicklung nach Erlass der Reichsstrafprozessordnung, wobei *Bayer* hier den Fokus auf die Reform der Reichsstrafprozessordnung im Jahr 1924, die Änderungen in der NS-Zeit und schlussendlich die Entwicklungen seit 1945 legt.

Im Anschluss an die Darstellung der historischen Entwicklung dient das Augenmerk des dritten Kapitels dem geltenden deutschen Wiederaufnahmerecht. Dabei verfolgt die Verfasserin ein gleichermaßen verständliches, wie auch übersichtliches Schema: Zunächst werden die Wiederaufnahmegründe zugunsten und im Anschluss zuungunsten des Angeklagten erläutert. Sie schlüsselt die einzelnen Normen sehr detailliert auf, sodass dem Leser sich während der Lektüre entstehende Fragen sofort beantwortet werden. Dies erfolgt unter stets vorbildlicher Auswertung relevanter Rechtsprechungs- und Literaturquellen. Dem folgt die Darstellung des Verfahrens zur Durchführung einer Wiederaufnahme.

Sodann wendet sich *Bayer* der Situation in Frankreich zu. Dem französischen Recht sei, ihren einleitenden Bemerkungen zufolge, die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten fremd. Nach einer prägnanten Darstellung der historischen Hintergründe und auch der Bemühungen in den letzten Jahren für die Einführung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten erfolgt sodann schwerpunktmäßig die Thematisierung der bestehenden Wiederaufnahmemöglichkeiten zugunsten des Angeklagten. Die Vorgehensweise der Verfasserin ist hierbei ähnlich wie bereits bei der Darstellung der deutschen Rechtslage, sodass die relevanten Normen jeweils detailliert untersucht und hinterfragt werden.

Im fünften Kapitel befasst sie sich mit der englischen Rechtslage. Im Gegensatz zur bisherigen Darstellung besteht für die Erörterung der Situation in England nicht die Möglichkeit der Orientierung an einer einheitlichen legis-

¹ Vergleiche hierzu die von der Verfasserin angeführten Fälle: *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2019, S. 21 Fn. 2.

² Einen guten Überblick über die Entwicklung der StPO und das Strafverfahrensrecht im Allgemeinen bieten *Peters*, Strafprozess, 4. Aufl. (1985) m.w.N., sowie *Krey*, JA 1983, 356-363.

lativen Vorlage, wie es in Deutschland anhand der Strafprozessordnung und in Frankreich anhand des Code de Procédure pénale möglich ist. Sie schildert diese Problematik in aller Kürze und versucht sodann, dem englischen Recht Verfahren zu entnehmen, die dem kontinentaleuropäischen Wiederaufnahmeverfahren ähnlich sind. Dabei behält sie die für die anderen Jurisdiktionen verwendete Vorgehensweise weitgehend bei, wonach Rechtsmittel zugunsten und zuungunsten des Angeklagten, sowie das Verfahren dargestellt werden.

Das im Vergleich zu den bisherigen Ausführungen eher kurz ausfallende sechste und letzte Kapitel der Arbeit widmet sich insbesondere Reformüberlegungen in Bezug auf das deutsche Recht der Wiederaufnahme. *Bayer* sieht zum einen Änderungsbedarf, um bestehende Unklarheiten und offene Rechtsfragen im deutschen Recht zu klären. Dabei lässt sich eine Tendenz zu Änderungsvorschlägen erkennen, die für von einem Wiederaufnahmeverfahren betroffene Angeklagte vorteilhaft wären. So befürwortet sie unter anderem die Beschränkung der § 362 Nr. 1 bis 3 StPO auf Fälle der Veranlassung oder Zurechenbarkeit der die Wiederaufnahme begründeten Straftaten durch den Angeklagten. Weiterhin fordert sie zum Beispiel zum Schutz des Angeklagten die Abschaffung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten für die Fälle, in denen die reguläre Strafverfolgungsverjährung eingetreten ist. Zum anderen hält die Verfasserin aber auch die aus dem französischen und englischen Recht gewonnenen Erkenntnisse für diskussionswürdig, um Ideen für das deutsche Recht zu gewinnen. Aus diesen Erkenntnissen heraus diskutiert sie sowohl eine komplette Abschaffung der ungünstigen Wiederaufnahme als auch eine Erweiterung der

ungünstigen Wiederaufnahmegründe und kommt zu dem Ergebnis, dass die ungünstige Wiederaufnahme zwar beizubehalten sei, gleichzeitig aber auch die Gründe für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten nicht auszuweiten seien. Ihren Abschluss findet die Arbeit mit dem Fazit der Verfasserin, wonach das deutsche Wiederaufnahmerecht zwar keiner Änderung in seiner Grundkonzeption bedürfe, aber durchaus Bereiche bestünden, in denen Änderungen notwendig seien.

III. Stellungnahme

Mit Ihrer Darstellung zur strafrechtlichen Wiederaufnahme liefert *Bayer* einen umfassenden Überblick über die Rechtslage in den behandelten Ländern ab. In sprachlicher Hinsicht fällt auf, dass das Werk zumeist gut lesbar und verständlich geschrieben ist. Störend ist in diesem Zusammenhang aber die große Anzahl an wörtlichen Zitaten. Hierbei handelt es sich häufig um Gesetzeszitate, deren wörtliche Zitation zwar unumgänglich sein mag, die aber doch – stets in kursiver Schrift eingefügt – den Lesefluss immer wieder unterbrechen.

Der Verfasserin gelingt es durchgehend, sowohl die Wiederaufnahmegründe zugunsten, als auch zuungunsten des Angeklagten in ausgewogener Weise darzustellen. Dabei ist es ein großer Verdienst, das weite Feld der strafrechtlichen Wiederaufnahme nicht nur in Bezug auf Deutschland, sondern auch für Frankreich und England, übersichtlich in einem Werk darzustellen und so dem Leser zu ermöglichen, selbst neue Ideen aus anderen Rechtsbereichen zu schöpfen.