

INGA SCHUCHMANN

Das sozialetische
Unwerturteil als
staatliches Fremdbild

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*
43

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 43



Inga Schuchmann

Das sozialethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild

Zum verfassungsrechtlichen Schuldprinzip und seinen
Anforderungen an die Strafgesetzgebung

Mohr Siebeck

Inga Schuchmann, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg; 2014 Erste Juristische Staatsprüfung; 2016 Zweite Juristische Staatsprüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Hamburg und der Humboldt-Universität zu Berlin; 2023 Promotion; Habilitandin an der Humboldt-Universität zu Berlin.
orcid.org/0009-0004-0074-1826



Die Veröffentlichung wurde gefördert aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Dissertation, 2023, u. d. T.: Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild. Zum verfassungsrechtlichen Schuldprinzip und seinen Anforderungen an die Strafgesetzgebung.

ISBN 978-3-16-162815-3 / eISBN 978-3-16-162816-0
DOI 10.1628/978-3-16-162816-0

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Inga Schuchmann

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com



Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis April 2023 berücksichtigt werden.

Großer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Florian Jeßberger. Ihm danke ich für die jahrelange Unterstützung – nicht erst während der Promotion, sondern bereits während des Studiums in meiner Zeit als studentische Hilfskraft –, für die Gewährung von großzügigen zeitlichen und inhaltlichen Freiräumen, aber auch für das richtige Maß an Motivation zum richtigen Zeitpunkt.

Professor Dr. Dr. h.c. Martin Heger danke ich für die äußerst schnelle und wohlwollende Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Publikationsfonds für Open-Access-Bücher danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Meiner Familie danke ich für den fortwährenden Beistand, nicht zuletzt durch den bereitwilligen Verzicht auf das Smalltalk-Thema „Promotion“. Meiner Mutter Dr. Imke Schuchmann danke ich außerdem für das sehr kurzfristige und gründliche Korrekturlesen.

Ich hatte zudem das außerordentliche Glück, mich in den verschiedenen Phasen der Promotion auf ein breites Netzwerk von Freund*innen und Kolleg*innen stützen zu können. Für die so wertvolle Unterstützung, das Zuhören, die Diskussionen und das Ermutigen, danke ich meinen Kolleg*innen aus Berlin und Hamburg und meinen Freund*innen. Danken möchte ich in diesem Zusammenhang insbesondere Lucy Chebout für die intensive Lektüre und inhaltlichen Austausch; Antonia Gillhaus für die technische Hilfe; Dr. Kalika Mehta und Timm Schoof für die emotionale Unterstützung und Begleitung; Dr. Jakob Schemmel für den wertvollen Austausch zu verfassungsrechtlichen Fragen.

Professorin Dr. Dana-Sophia Valentiner danke ich für ihre jahrelange Freundschaft und Unterstützung, für Hilfe in kurzfristigen Notlagen ebenso wie für ausführliche Diskussionen und wertvollen Rat.

Schließlich möchte ich Professorin Dr. Leonie Steinl danken, die in allen Lebensbereichen eine so große Bereicherung für mich ist. Ich danke ihr für ihren unerschöpflichen Beistand, bedingungslose Unterstützung und Hilfsbereitschaft, wertvolle inhaltliche Diskussionen ebenso wie für das stetige Zusprechen von Mut.

Berlin, den 30. Januar 2024

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
A. Einleitung	1
B. Das Rechtsgut als strafrechtsimmanentes Begrenzungskonzept	7
I. Überblick über die Geschichte des Rechtsgutsbegriffs	10
II. Sprachlicher Gehalt des Begriffs	22
III. Zum aktuellen Stand der Rechtsgutsdebatte: „Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?“	24
IV. Fazit	32
C. Verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte	33
I. Verhältnismäßigkeit	34
II. Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit	42
III. Fazit	46
D. Das Schuldprinzip als strafrechtsspezifisches verfassungsrechtliches Begrenzungskonzept	47
I. Der strafrechtliche Schuldbegriff	48
II. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in Rechtsprechung und Literatur	61
III. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip als Mindestvoraussetzung für die Rechtfertigung des strafrechtsspezifischen staatlichen Fremdbildes	72

E. Anwendung auf Beispielsfälle	159
I. Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)	159
II. Doppelehe und doppelte Lebenspartnerschaft (§ 172 StGB)	175
III. Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB)	185
VI. Zusammenfassung von Kapitel E	194
F. Zusammenfassung in Thesen	197
Literaturverzeichnis	201
Register	223

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
A. Einleitung	1
B. Das Rechtsgut als strafrechtsimmanentes Begrenzungskonzept	7
I. Überblick über die Geschichte des Rechtsgutsbegriffs	10
1. Ausgangspunkt: Das Verbrechen als Rechtsverletzung	10
2. Das Konzept der Gutsverletzung: Birnbaum	12
3. Die Systematisierung eines positiven Rechtsgutsbegriffs: Binding, Grünhut, Honig	14
4. Das Verbrechen als soziale Erscheinung: von Liszt	16
5. Der Rechtsgutsbegriff in der NS-Zeit	17
6. Der Rechtsgutsbegriff in der Bundesrepublik Deutschland	19
7. Die Bedeutung der Begriffsgeschichte: Eine Verkettung historischer Fehlschlüsse?	20
II. Sprachlicher Gehalt des Begriffs	22
III. Zum aktuellen Stand der Rechtsgutsdebatte: „Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?“	24
1. Herleitung eines materiellen Gehalts	26
2. Kriminalpolitische Forderung oder rechtliche Verbindlichkeit?	27
a) Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag als Vorbedingung des Grundgesetzes	29
b) Bezugnahmen auf verfassungsrechtliche Grundsätze	30
IV. Fazit	32
C. Verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte	33
I. Verhältnismäßigkeit	34
1. Zur differenzierten Bewertung von Verbots- und Sanktionsnorm ...	34
2. Die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts	36

3. Gesetzgebungskritische Potenziale des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	40
<i>II. Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit</i>	42
<i>III. Fazit</i>	46
D. Das Schuldprinzip als strafrechtsspezifisches verfassungsrechtliches Begrenzungskonzept	47
<i>I. Der strafrechtliche Schuld begriff</i>	48
1. Überblick über die Entwicklung des strafrechtlichen Schuld begriffs seit dem späten 19. Jahrhundert	49
2. Die verschiedenen Dimensionen des Schuld begriffs	54
3. Kritik am Schuld begriff	56
4. Fazit	60
<i>II. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in Rechtsprechung und Literatur</i>	61
1. Das Schuldprinzip in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	62
a) Normative Grundlagen	62
b) Die Funktionen und Anwendungsfälle des Schuldprinzips nach dem Bundesverfassungsgericht	66
c) Zusammenhang zwischen Schuldprinzip und sozialethischem Unwerturteil	68
2. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in der Literatur	69
3. Fazit	71
<i>III. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip als Mindestvoraussetzung für die Rechtfertigung des strafrechtsspezifischen staatlichen Fremdbildes</i>	72
1. Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Dimension der Sanktionsnorm: Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht	73
a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als innere Komponente des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 I GG	74
b) Das Recht auf Selbstdarstellung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die Eingriffsdimension von staatlichen Fremdbildern	76
c) Das sozialethische Unwerturteil als staatliches Fremdbild	77
d) Die Zuordnung einer Norm zur Regelungsmaterie des Strafrechts	81
aa) Das staatliche Übel als strafrechtsspezifische Rechtsfolge	82
bb) Zum Zwecke des Schuldausgleichs	84

e)	Die besondere Intensität des Eingriffs	85
2.	Mindestvoraussetzungen für die Rechtfertigung des staatlichen Fremdbildes	87
a)	Zum Einwand der Demokratiefeindlichkeit	89
b)	Abgrenzung zu bloßem Ungehorsam	92
c)	Ansätze zur Bestimmung (i)legitimer gesellschaftlicher Pönalisierungsinteressen	93
aa)	Verhältnis von sozialetischem Unwerturteil und Konformitätsinteressen	103
(1)	Der Erhalt des Status Quo	104
(2)	Der Schutz des gesellschaftlichen Klimas	105
(3)	Grenzen hinzunehmender Störungen	106
(a)	Der Schutz von Tabus	106
(b)	Unverfügbare Grundsätze und Verfassungsstrukturbestimmungen als gesetzter Minimalkonsens	110
(c)	Der Schutz des öffentlichen Friedens	117
(4)	Fazit zu Konformitätsinteressen	122
bb)	Verhältnis von sozialetischem Unwerturteil und Selbstbestimmung	123
(1)	Eigenverantwortliche Selbstschädigung – Zur Unzulässigkeit der Strafbewehrung eines harten, direkten Paternalismus	129
(2)	Selbstbestimmung in Mehrpersonenkonstellationen	133
(a)	Die Einbeziehung Dritter in selbstbestimmte Schädigungshandlungen	133
(b)	Gemeinsames freiheitserweiterndes Zusammenwirken	138
(3)	Begründungsalternativen für die Strafbewehrung selbstschädigenden Verhaltens	138
(a)	Gesellschaftliches Interesse am Schutz der „Volksgesundheit“?	139
(b)	Schutz der Menschenwürde	140
(c)	Schutz der Autonomie	142
(d)	Ausnahme für das Schutzgut Leben?	147
(aa)	Dammbruch/Risiko des nächsten Schritts	150
(bb)	Unumkehrbarkeit	152
(4)	Fazit zu Selbstbestimmung:	156
3.	Zusammenfassung	157

E. Anwendung auf Beispielsfälle	159
I. <i>Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)</i>	159
1. Strafflosigkeit der Suizidbeihilfe	162
a) Arbeitsteiliges Zusammenwirken („Quasi-Mittäterschaft“)	163
b) Der zu beherrschende Zeitpunkt	164
c) Verfassungskonforme Auslegung und teleologische Reduktion	167
d) Fazit: Grenzen der Eigenverantwortlichkeit	168
2. Strafflosigkeit der Sterbehilfe	168
a) Der Behandlungsabbruch	169
b) Die indirekte aktive Sterbehilfe	170
c) Weitere Anwendungsfälle des § 34 StGB	171
d) Zusammenfassung	172
3. Beurteilung des verbleibenden Anwendungsbereichs	172
II. <i>Doppelehe und doppelte Lebenspartnerschaft (§ 172 StGB)</i>	175
1. Der Schutz der einfachgesetzlichen staatlichen Eheordnung	177
2. Der Schutz des verfassungsrechtlichen Instituts der Ehe	177
3. Der Schutz der Einehe als materielles gesellschaftliches Interesse ...	181
a) Gesellschaftliche Interessen	181
b) Individualinteressen	183
4. Fazit zu § 172 StGB	184
III. <i>Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB)</i>	185
1. Der Schutz des öffentlichen Anstands	187
2. Der Schutz der Jugend	189
3. Fazit zu § 184f StGB	192
VI. <i>Zusammenfassung von Kapitel E</i>	194
F. Zusammenfassung in Thesen	197
Literaturverzeichnis	201
Register	223

A. Einleitung

Die Suche nach einem materiellen Verbrechensbegriff und damit auch die Frage, welche Verhaltensweisen mit Strafe bedroht werden dürfen, beschäftigt die Strafrechtswissenschaft seit jeher. Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bekam diese Debatte um die Verbindlichkeit von (abwägungsfesten) Vorgaben für die (Straf-)Gesetzgebung eine neue Dimension. Angesichts des gewichtigen Grundrechtseingriffs, der in einer strafrechtlichen Verurteilung liegt, mag es zunächst erstaunen, dass sich Straf- und Verfassungsrechtswissenschaft aber auch das Bundesverfassungsgericht mit dieser Frage bis heute schwertun.

Auf der einen Seite ist der Einsatz von Strafrecht, der „schärfste[n] dem Staat zur Verfügung stehende[n] Sanktion“¹, bis heute nicht durch verlässliche verfassungsrechtliche materielle Grenzen determiniert. Mit Urteil vom 26. Februar 2020² befand das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal eine materielle Norm des Kernstrafrechts (§ 217 StGB a.F.: geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) aufgrund der Unverhältnismäßigkeit (in Form des Übermaßverbots)³ des mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffs für verfassungswidrig⁴ – über 70 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes. Dass dies an der konsistenten Verfassungskonformität aller zuvor geprüften Strafnormen gelegen haben könnte, darf

¹ BVerfGE 90, 145, 172; BVerfG NJW 2020, 2953, 2954; s. auch *Heger*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, Band 2, „Strafrecht“, 1249, 1258; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 27; kritisch aber im Hinblick auf die Formulierung *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 127 f.

² BVerfGE 153, 182.

³ Hier geht es um die Perspektive der strafgesetzgeberischen Grenzen bei der Entscheidung für eine Kriminalisierung. Gemeint sind daher Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Form des Übermaßverbots. Nicht dazu zählen daher die beiden Entscheidungen BVerfGE 39, 1 und BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch I und II), in denen das Bundesverfassungsgericht § 218 StGB in seiner jeweiligen Fassung aufgrund eines Verstoßes gegen das (erstmalig in BVerfGE 88, 203 so benannte) Untermaßverbot für verfassungswidrig erklärte. Zu den wenigen Entscheidungen aus dem Nebenstrafrecht s. C. I. 2, 39.

⁴ Auch außerhalb von Verstößen gegen das Übermaßverbot gab es nur wenige Entscheidungen, in denen die Verfassungswidrigkeit einer Strafnorm bejaht wurde. In BVerfGE 12, 296 wurde die Anwendung des § 90a III StGB lediglich in zeitlicher Hinsicht aufgrund des Verstoßes gegen das Parteienprivileg des Art. 21 II GG für verfassungswidrig erklärt; BVerfGE 14, 174 betrifft die Unvereinbarkeit des § 71 StVZO a.F. mit Art. 103 II und 104 I S. 1 GG; in BVerfGE 78, 374 wurde § 15 IIa FAG a.F. wegen des Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verworfen; § 143 StGB wurde in BVerfG NJW 2004, 597 wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes für formell verfassungswidrig erklärt.

wohl bezweifelt werden: Selbst die Strafbarkeit einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen Männern nach § 175 StGB a.F. hielt einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht stand.⁵ Auf der anderen Seite tat sich auch – und tut es z.T. heute noch – die Strafrechtswissenschaft schwer damit, die eigens gewonnenen Grundsätze und sorgfältig entwickelten Konzepte gegen eine willkürliche Staatsmacht als verbindliche Forderungen an die Gesetzgebung aufzugeben. Die Vermutung, dass dieser Effekt noch dadurch verstärkt wird, dass verfassungsrechtliche Grundsätze nach bisheriger Lesart nicht zu einem substanziellen Ersatz geführt haben, scheint zumindest nicht unplausibel. Enttäuschend dürfte für manche insbesondere die Zurückweisung eines zu beachtenden materiellen Gehalts der Rechtsgutslehre durch das Bundesverfassungsgericht⁶ gewesen sein. Trotz aller Bekenntnisse des Bundesverfassungsgerichts zum Einsatz des Mittels des Strafrechts als *ultima ratio*⁷ stellte es in konkreten Anwendungsfällen auf den eigenen Wert der Absolutheit und Lückenlosigkeit von Strafnormen auch in Randbereichen strafbaren Verhaltens ab.⁸

Aber auch die pauschale Ablehnung der Anwendbarkeit von Art. 3 II, III GG auf die Vorschrift des § 183 StGB (Exhibitionismus) im Jahr 1999⁹ offenbart eine auffällige Zurückhaltung des Gerichts bei der Prüfung materiellen Strafrechts anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe. In dem Nichtannahmebeschluss stellte das Gericht lediglich fest: „Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ist auf diese Bestimmung des Sexualstrafrechts nicht anwendbar (vgl. BVerfGE 6, 389 <423 f.>).“¹⁰ Bemerkenswert ist dabei nicht nur die fehlende Begründung, sondern auch die angeführte Entscheidung aus dem Jahr 1957. Darin nahm das Bundesverfassungsgericht ausführlich zur vermeintlichen Unterschiedlichkeit von männlicher und weiblicher Sexualität Stellung, um die Nichtanwendbarkeit von Art. 3 II und III GG auf die Strafbarkeit nach § 175 StGB a.F. und die darin enthaltene ausschließliche Strafbarkeit homosexueller Handlungen zwischen Männern zu begründen.¹¹ Diese Inbezugnahme erstaunt gleich in zweifacher Hinsicht. Zum einen hatte sich in der Zwischenzeit das Gleichheitsverständnis des Bundesverfassungsgerichts durchaus gewandelt.¹² Insofern unterstützt die unkritische Übernahme des eigentlich überholten (stark biologistischen) Maßstabs die Skepsis

⁵ BVerfGE 6, 389. *Sacksofsky* bezeichnet diese zu Recht als „eine[] seiner unrühmlichsten Entscheidungen“, s. *dies.*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, § 19 Rn. 132; s. ferner *Risse*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität, 1998, 46 ff.

⁶ BVerfGE 120, 224, 242.

⁷ S. dazu C. I. 2, 37.

⁸ S. dazu C. I. 2, 38.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 22.3.1999 – 2 BvR 398/99.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 22.3.1999 – 2 BvR 398/99 Rn. 2.

¹¹ S. dazu *Schuchmann*, in: Januskiewicz/Post/Riegel/Scheideler/Treutlein (Hrsg.), Geschlechterfragen im Recht, 91, 106 ff.; für eine Einordnung beider Entscheidungen s. ferner *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 241 ff., 285 ff.

¹² Zur Entwicklung des Gleichheitsverständnisses des Bundesverfassungsgerichts s. *Sacksofsky*, in: Rudolph (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung 2009, 191, 192 f.

bezüglich einer effektiven Überprüfung strafrechtlicher Verbote anhand sonst geltender verfassungsrechtlicher Maßstäbe. Zum anderen wurde § 175 StGB bereits im Jahr 1994 aufgehoben; verbleibende jugendschützende Regelungen wurden (geschlechtsneutral) in § 182 StGB aufgenommen und gerade nicht mehr in dem „rechtshistorisch belasteten § 175 StGB“¹³ belassen. Eine Neubewertung der (Nicht-)Anwendbarkeit von Art. 3 II, III GG auf Normen des Sexualstrafrechts hätte aus beiden Gründen nahegelegen.

Nachdem die strafrechtsimmanenten Begrenzungskonzepte,¹⁴ allen voran die Rechtsgutstheorie, bisher keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür liefern konnten, warum sie auch verfassungsrechtlich relevant seien, wurde der Fokus zunehmend auf verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte gelegt. Mit der Feststellung, dass Strafnormen nicht nur (mindestens) in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG, sondern in Form des strafrechtsspezifischen staatlichen Vorwurfs auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen, wurde der Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Strafnormen gerichtet. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurde bereits seit Mitte der 1990er Jahre im Hinblick auf seine Aussagekraft in Bezug auf die Grenzen staatlichen Strafens untersucht. Geprägt haben die Diskussion vor allem die Arbeiten von *Lagodny*,¹⁵ *Appel*,¹⁶ *Stächelin*¹⁷ und *Kaspar*.¹⁸ Einschränkungen dergestalt, dass der Strafgesetzgebung bestimmte Schutzgüter von vornherein verwehrt blieben, sind den Arbeiten nicht zu entnehmen. So betont *Appel* etwa explizit: „Der für die Zulässigkeit des verfolgten Zwecks erforderliche Gemeinwohlaspekt ergibt sich bereits aus dem legitimen Interesse des Staates, verfassungsgemäße Verhaltensanforderungen auch wirksam zu sichern.“¹⁹ *Lagodny* kommt gar zu dem Ergebnis, dass sich „[d]as materielle Strafrecht [...] in nahezu genialer Weise einer verfassungsrechtlichen Kontrolle“²⁰ entziehe.

Auf das gesetzgebungskritische Potenzial des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wies aber *Kaspar* hin; im Vergleich zu „strafrechtsinternen“ Begrenzungsversuchen weise dieser sogar einen „Kontrollüberschuss“ auf.²¹ Zwar lehnt er eine Einschränkung der mit den Mitteln des Strafrechts verfolgbaren Zwecke ab,

¹³ BT-Drs. 12/4584, 8.

¹⁴ Neben den verschiedenen Ausprägungen der Rechtsgutstheorie ist an dieser Stelle insbesondere die Rezeption des auf *Mill* zurückgehenden und u.a. durch *Feinberg* fortentwickelten harm principles zu erwähnen, etwa durch *Papageorgiou*, Schaden und Strafe, 101 ff.; *von Hirsch*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 13 ff.; s. auch die Darstellung bei *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 37 ff.

¹⁵ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte.

¹⁶ *Appel*, Verfassung und Strafe.

¹⁷ *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat.

¹⁸ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht.

¹⁹ *Appel*, Verfassung und Strafe, 577.

²⁰ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 536.

²¹ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 139 ff., zusammengefasst auf S. 338 ff.

kommt aber gleichwohl auf der Ebene der Angemessenheit zu gewissen verallgemeinerbaren Aussagen, etwa dass der durch Strafrecht stattfindende Grundrechtseingriff in Bezug auf lediglich unmoralische Verhaltensweisen nicht zu rechtfertigen sei.²²

Der Begründung inhaltlicher abwägungsfester Vorgaben widmete sich schließlich *Hörnle*. Sie wählte einen explizit verfassungsrechtlichen Ansatz, indem sie aus den Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG, insbesondere den Rechten anderer, inhaltliche Vorgaben für die (Straf-)Gesetzgebung herleitete.²³

Mit dem Ausgangspunkt der Grundrechtsschranken ist allerdings die Schwierigkeit verbunden, dass die daraus abgeleiteten Aussagen stets in Bezug auf die Gesamtheit gesetzgeberischer Tätigkeiten getroffen werden (müssen). Die Besonderheiten der Regelungsmaterie des Strafrechts können dadurch nicht hinreichend verfassungsrechtlich gefasst werden. Nun mag bezweifelt werden, ob das Strafrecht sich überhaupt qualitativ und in verfassungsrechtlich relevanter Art und Weise von anderen Regelungsbereichen unterscheidet. Bemühungen, der Strafgesetzgebung verbindliche inhaltliche Schutzzwecke vorzugeben, sehen sich zunehmend dem Vorwurf der Demokratiefindlichkeit ausgesetzt;²⁴ das „grundlegendel] Misstrauen gegenüber dem staatlich legitimierten Gesetzgeber“ solle „endlich überwunden werden“²⁵. Misstrauen gegenüber staatlicher Macht ist allerdings nicht unbedingt verwerflich, sondern lässt sich sogar als Grundlage für die Idee des Rechtsstaats begreifen.²⁶

Dennoch ist die Frage berechtigt, ob Strafrecht am Ende schlicht eines von mehreren Instrumenten ist, das der demokratischen Gesetzgebung zur Regelung (potenzieller) gesellschaftlicher Konflikte zur freien Verfügung steht,²⁷ oder ob es sich eben doch in verfassungsrechtlich relevanter Hinsicht von anderen Möglichkeiten normierter Konfliktlösungen unterscheidet. Ich meine, es sind Art und Qualität des staatlichen Vorwurfs, die sich im Strafrecht in einer einzigartigen Kombination verbinden.²⁸ Der Staat spricht mit einer strafrechtlichen Verurtei-

²² *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 436 ff.

²³ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten.

²⁴ Besonders deutlich *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 658; s. aber auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 388 f.; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 39 ff.; *ders.*, JZ 2016, 641, 648 f.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat; s. zu den Vorwürfen sowie den dahinterstehenden Demokratieverständnissen ausführlich *Werkmeister*, ARSP 2023, 409 ff.

²⁵ *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 184.

²⁶ *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 35: „Misstrauen ist die Mutter sowohl des Rechtsstaats als auch der Demokratie. Der Verrechtlichungsanspruch staatsgebundener sozialer Kontrolle durch Strafrechtspflege nimmt dem Staat seine Bedrohlichkeit. Er bewahrt den Einzelnen zugleich durch Mediatisierung und institutionelle Distanzierung vor einer unmittelbaren Konfrontation mit Opfern, Volkszorn und Vorurteilen.“

²⁷ Vgl. *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 47.

²⁸ S. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 24 f.

lung ein individualisiertes, wertendes Negativurteil über das Verhalten einer Person aus, das in dieser Intensität unter den anderen staatlichen Regulationsinstrumenten herausragt. Was das Strafrecht ausmacht und insofern von anderen Rechtsgebieten unterscheidet, ist der Schuldvorwurf in Form eines sozialetischen Unwerturteils.²⁹ Sollten grundsätzliche verfassungsrechtliche Besonderheiten für die Anforderungen an Strafnormen zu begründen sein, so müssten sie hierauf zurückzuführen sein. Damit rückt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in den Mittelpunkt dieser Arbeit.

Rechtsgüterschutz, Schuld, verfassungsrechtliche Grenzen der Strafgesetzgebung – diese weitreichenden Begriffe und Themen sind geeignet, verschiedene Erwartungen an den Gegenstand der Bearbeitung zu wecken. Alle Teilbereiche halten jenseits der hier ausgemachten Schnittstelle weit mehr Diskussionspotenzial und Fragestellungen bereit, als im Rahmen einer solchen Arbeit angemessen diskutiert werden können. Manches, das eine Diskussion verdient hätte, werde ich als Prämisse voraussetzen, Anderes nur skizzieren.

Nicht vertieft nachgehen werde ich im Folgenden etwa den Fragen nach einem sinnvollen rechtspolitischen Gehalt der materiellen Rechtsgutstheorie, der Zeitgemäßheit eines tadelbasierten Schuldstrafrechts, der Relevanz neurobiologischer Erkenntnisse für Annahmen über die Willensfreiheit, den möglichen Strafzwecken, oder was „gutes“ Strafrecht innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens auszeichnet.

Stattdessen werde ich mich in einem ersten Schritt der Rechtsgutslehre als zentralem strafrechtsimmanenten Begrenzungskonzept und seiner verfassungsrechtlichen Relevanz widmen (B.). Anschließend werde ich allgemeine verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte in Gestalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Berücksichtigung der Lesart durch das Bundesverfassungsgericht sowie der von *Hörnle* vorgeschlagenen Grenze der „Rechte anderer“ aus Art. 2 I GG diskutieren (C.). Im Fokus dieser Arbeit wird die anschließende Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip und möglichen hieraus folgenden Mindestvoraussetzungen an die Rechtfertigung des staatlichen sozialetischen Unwerturteils als wirkmächtiges staatliches Fremdbild stehen (D.). Diese Mindestvoraussetzungen sollen schließlich anhand einiger Beispielnormen einem Anwendungstest unterzogen werden (E.). Abschließend werden die wesentlichen Thesen dieser Arbeit zusammengefasst (F.).

Gleichwohl sind es nicht die Ergebnisse dieser Arbeit, die mich zum Schreiben bewegt haben. Diese mögen in ihrer Substanz weder neu noch überraschend sein. Vielmehr geht es mir um den Versuch, einen Begründungsweg für Begrenzungen der Strafgesetzgebung zu finden, der die Gegebenheiten eines demokratischen Rechtsstaats in einer sich wandelnden Gesellschaft ohne vorpositive Wahrheiten

²⁹ Kritisch zur Leistungsfähigkeit dieses Kriteriums aber *Appel*, Verfassung und Strafe, 482 ff.; die von ihm stattdessen zugrunde gelegte „Vorhaltung der defizitären Einstellung zur Norm“ (a.a.O., 492, 496) weicht aber letztlich in ihrer Kernaussage nicht wesentlich von dem sozialetischen Unwerturteil ab, wie es hier verstanden wird.

berücksichtigt, zugleich aber das Strafrecht in seiner derzeitigen Funktion und seinen Besonderheiten ernst nimmt. Dazu gehört, diese Besonderheiten zunächst verfassungsrechtlich zu „übersetzen“, um sie in die Diskussion um verbindliche Grenzen der Strafgesetzgebung einbeziehen zu können. Dies hat zur Folge, dass sich auch bei der Formulierung verfassungsrechtlicher Mindestvoraussetzungen für den Einsatz von Strafrecht Themen wiederfinden, die an anderer Stelle ggf. für unzureichend für eine verfassungsrechtliche Begründung angesehen werden. Ein Beispiel hierfür ist etwa die staatliche Aufgabenzuweisung für das Instrument des Strafrechts. Diese enthält nicht aus sich heraus verbindliche Vorgaben an die Gesetzgebung, erst recht nicht in Form bestimmter vorgegebener schützenswerter Rechtsgüter. Indem sie aber für die Konkretisierung des staatlichen Fremdbildes und damit des spezifischen Grundrechtseingriffs durch Strafrecht herangezogen wird, nimmt sie auch Einfluss auf die Anforderungen an die Rechtfertigung dieses Eingriffs.

B. Das Rechtsgut als strafrechtsimmanentes Begrenzungskonzept

„Das Verbot eines Verhaltens unter Strafdrohung, das sich auf ein Rechtsgut nicht berufen kann, wäre Staatsterror. Es wäre nichts weniger als ein Eingriff in die menschliche Handlungsfreiheit, von dem der eingreifende Staat nicht sagen kann, zu welchem Ende er diesen Eingriff vornimmt.“¹

Der Begriff des Rechtsguts lässt sich im Wesentlichen mit zwei verschiedenen Begriffsverständnissen versehen: einem formellen Begriffsverständnis, welches das geschützte Gut einer Schutznorm beschreibt (auch: methodischer² oder systemimmanenter³ Rechtsgutsbegriff), sowie einem materiellen Begriffsverständnis, das zusätzlich inhaltliche Anforderungen an die Ausgestaltung eines solchen Schutzguts stellt (auch: systemkritischer⁴ oder systemtranszendenter Rechtsgutsbegriff⁵). Während der formelle Begriff also nur nach der ratio legis der jeweiligen Norm fragt, enthält der materielle Rechtsgutsbegriff weitere Voraussetzungen, welche die geschützte Position erst in den Rang eines Rechtsguts heben.⁶ Denkbar ist danach die Existenz von Strafnormen, welche kein Rechtsgut im materiellen Sinne schützen.⁷ Nach dem formellen Begriffsverständnis ist dies hingegen, solange es sich weiterhin um Schutzstrafrecht handelt, nicht der Fall, mag es auch in Einzelfällen schwierig sein, das hinter einer Norm stehende Schutzinteresse zu konkretisieren oder zu benennen.

Insbesondere im Zusammenhang mit einem möglichen materiellen Begriffsverständnis bestehen viele Unklarheiten. *Puschke* fasst dies treffend wie folgt zusammen: „Bei der Bestimmung eines materiellen Rechtsgutsbegriffs scheint einzig anerkannt, dass ein konsentierter Begriff nicht entwickelt werden konnte.“⁸ Umstritten ist dabei nicht nur der konkrete Begriffsinhalt,⁹ sondern auch seine Funktion, und daran anschließend die Frage, ob die Aussage, Straf-

¹ *Hassemer*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 57, 64.

² *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 4 f.

³ *Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 19 f.

⁴ *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 196.

⁵ *Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 19 f.

⁶ *LK-Weigend*, *StGB*, Band 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 4 f.

⁷ *Engländer*, *ZStW* 2015, 616, 617.

⁸ *Puschke*, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 116.

⁹ Definitionsvorschläge für einen materiellen Rechtsgutsbegriff sind: „strafrechtlich schutzbedürftiges menschliches Interesse“ (*NK-Hassemer/Neumann*, *StGB*, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 144), „Eigenschaften einer Person, Sache oder Institution, die [...]

recht dürfe nur zum Schutz von Rechtsgütern eingesetzt werden, verfassungsrechtliche Verbindlichkeit beanspruchen kann, oder lediglich kriminalpolitischer Natur ist.¹⁰

Das eingangs dargestellte Zitat *Hassemers*, auf den die sog. personale Rechtslehre maßgeblich zurückgeht, wirkt auf den ersten Blick wie ein flammendes Plädoyer für ein materielles Rechtsgutsverständnis. Zudem scheint er auch von einer verfassungsrechtlichen Relevanz des Rechtsguts auszugehen, wenn immerhin von „Staatsterror“ und einem „Eingriff in die menschliche Handlungsfreiheit“ die Rede ist. Auf den zweiten Blick werden in diesem Zitat allerdings grundsätzliche Ungereimtheiten deutlich, die auch in den Diskussionen um den Rechtsgutsbegriff, seinen materiellen Gehalt und seine Verbindlichkeit für die Gesetzgebung immer wieder auftauchen.

Zunächst verwundert die im Zitat anklingende verfassungsrechtliche Dimension, betonte doch gerade *Hassemer* stets die kriminalpolitische Bedeutung seines Rechtsgutsverständnisses.¹¹ Auffällig ist auch, dass das Zitat mit einem materiellen Rechtsgutsbegriff genau genommen nicht in voller Gänze funktioniert. Durch den materiellen Gehalt werden an das Rechtsgut inhaltliche Voraussetzungen geknüpft, sodass nicht alles, was denklogisch einem gesetzgeberischen Zweck unterfallen kann, einem solchen materiellen Rechtsgutsbegriff entspricht. Damit beschreibt der materielle Gehalt des Begriffs ein „Mehr“ im Vergleich zur bloß deskriptiven *ratio legis* eines Gesetzes. Es ist also möglich, dass eine Strafnorm einen Zweck verfolgt, der nicht im Rechtsgüterschutz im materiellen Sinne aufgeht. Im Zitat wird aber das Fehlen eines Rechtsguts mit dem Fehlen eines gesetzgeberischen Zwecks überhaupt („von dem der [...] Staat nicht sagen kann, zu welchem Ende“) gleichgesetzt, was doch einen erheblichen Widerspruch darstellt, und zwar in exakt dem Maße, in dem über das formelle Rechtsgutsverständnis hinausgehende Inhalte mit dem Begriff verknüpft werden.

Dass *Hassemer* allerdings als prominenter Verfechter der personalen Rechtslehre hier nur eine Aussage über den formellen Gehalt des Rechtsgutsbegriffs treffen wollte, erscheint eher unwahrscheinlich. Mit einem formellen Rechtsguts-

der freien Entfaltung des Einzelnen in einer rechts- und sozialstaatlich verfassten demokratischen Gesellschaft dienen“ (*Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 2 Rn. 6), „von der Rechtsordnung vorgefundene oder von ihr erst geprägte Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen, die für den Einzelnen oder die Allgemeinheit nützlich sind und daher Rechtsschutz genießen“ (*Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 1 Rn. 7.), „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [...], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“ (*Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7). Weitere Beispiele finden sich bei *NK-Hassemer/Neumann*, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 143; *Stratenwerth*, in: FS Lenckner, 377, 378.

¹⁰ S. dazu unter B. III. 2.

¹¹ *Hassemer*, in: FS Arthur Kaufmann, 85 ff.; *ders.*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 57; *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 115, 119a.

verständnis gelesen erscheint das Zitat zudem etwas übertrieben. Denn wenn schon kein Ziel einer Norm ausgemacht werden kann und es daher bereits an einem legitimen Zweck fehlt, ist die Strafnorm als Eingriff in Grundrechte unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Dies steht außer Frage, sodass ein derart kämpferischer Ton über das Ziel hinauszuschießen scheint.

Die fehlende Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Gehalt des Rechtsgutsbegriffs führt nicht selten zu Missverständnissen.¹² Nicht weniger gilt dies für die fehlende Unterscheidung zwischen kriminalpolitischer Forderung und verbindlicher Vorgabe und ist gewissermaßen symptomatisch für die seit Jahrzehnten andauernde Diskussion über das Rechtsgutsdogma.

Die Aufgabe des Strafrechts besteht im Rechtsgüterschutz – so kann man es in den gängigen Lehrbüchern über die Grundlagen des Strafrechts übereinstimmend lesen.¹³ Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt diese Aufgabe an.¹⁴ So einheitlich dieser Grundsatz immer wieder als Selbstverständlichkeit formuliert wird, so unterschiedlich sind die Schlussfolgerungen, die hieraus gezogen werden.¹⁵ Von der „Abkürzung des Zweckgedankens“¹⁶ bis zum „externen Prüfungsmaßstab für die Gerechtigkeit“¹⁷: Es gibt eine unübersichtliche Vielzahl von Ausprägungen verschiedener Ansichten darüber, ob überhaupt und in welchem Umfang dem Begriff des Rechtsguts bei der Bestimmung strafgesetzgeberischer Grenzen eine Funktion zukommt. Diese können und sollen in diesem Rahmen nicht umfassend dargestellt werden.¹⁸ Stattdessen erfolgt die folgende Darstellung unter starker Begrenzung der einschlägigen Literatur und im Hinblick auf die hier leitende Forschungsfrage, nämlich nach einer möglichen Begründung verbindlicher Grenzen für die Strafgesetzgebung. Da sich Befürworter*innen wie auch Gegner*innen eines materiellen Rechtsgutsbegriffs u.a. auf dessen historische Entwicklung¹⁹ beziehen, wird diese im Folgenden in ihren Grundzügen skiz-

¹² So die Vorwürfe der Widersprüchlichkeit an das BVerfG, dieses lehne zunächst das Rechtsgut ab, greife aber anschließend darauf zurück, s.u. C. I. 2., 37 f.

¹³ *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3; *SK-Jäger*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 3; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 7; *Joecks/Jäger*, StGB, 13. Aufl. 2021, Vor § 1 Rn. 4; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 2 Rn. 6; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 1 Rn. 5; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 9 ff.

¹⁴ BVerfGE 25, 269, 286: „Das strafrechtliche Delikt ist schuldhaftes Verletzung eines für alle gewährleisteten Rechtsgutes“; BVerfGE 120, 224, 239 f.: „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt“.

¹⁵ S. auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 145: „Es gibt kaum ein strafrechtliches Problem, das einerseits im Grundsatz so wenig, aber in seinen Konsequenzen so heftig umstritten ist wie die Grundannahme, daß Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dienen muss.“

¹⁶ *Grünhut*, Festgabe Frank, 1, 8.

¹⁷ *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 261.

¹⁸ S. die vertiefenden Quellenangaben bei *Engländer*, ZStW 2015, 616 Fn. 3.

¹⁹ Ausführliche historische Rekonstruktionen finden sich in *Amelung*, Rechtsgüterschutz

ziert (I.), bevor Überlegungen zum sprachlichen Gehalt des Begriffs (II.) und dem aktuellen Stand der Rechtsgutsdebatte (III.) insbesondere im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Verbindlichkeit der mit dem Begriff verknüpften Vorgaben angestellt werden.

I. Überblick über die Geschichte des Rechtsgutsbegriffs

1. Ausgangspunkt: Das Verbrechen als Rechtsverletzung

Die Ursprünge des Rechtsgutsbegriffs entwickelten sich in Abgrenzung zur Rechtsverletzungstheorie *Feuerbachs*, die aus der kriminalpolitischen Bewegung der Aufklärung hervorging.

Argumentativer Ausgangspunkt für die Rechtsverletzungstheorie war das Gedankenexperiment des Sozialvertrages.²⁰ Der göttliche Wille, auf dem mittelalterliche Straftheorien bis dahin basierten, war durch eine kritische Vernunft ersetzt worden, die sich auf weltliche Gegebenheiten stützte. Dazu wurden in einem ersten Schritt Überlegungen zu einem hypothetischen Naturzustand angestellt, der ohne jede staatliche Macht bestünde. In diesem Zustand, der in den verschiedenen Ansätzen durchaus auch mit unterschiedlichem Fokus gezeichnet wurde, herrsche das Recht des Stärkeren; unbegrenzte Freiheit führe zwangsläufig zu Freiheitsbeschränkungen der weniger Starken. *Hobbes* beschrieb diesen Zustand als „warre, as is of every man, against every man.“²¹ Gleich, welche konkrete Beschreibung dieser Zustand in den verschiedenen Ansätzen aufweist, ist doch ein Zustand der Verunsicherung auszumachen. In einem zweiten Schritt wird daher eine Übereinkunft der Menschen auf ein Leben in Frieden fingiert – sei es aus Nützlichkeitsabwägungen oder aus moralischer Pflicht.²² Die dafür notwendige Beschränkung der Freiheit der einzelnen Person, die natürlichen

und Schutz der Gesellschaft; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 6 ff.; *Rudolphi*, in: FS Honig, 151, 152 ff.; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang auch die wechselseitigen Buchbesprechungen von *Amelung* und *Hassemer*, in ZStW 1975, 132 bzw. 146.

²⁰ Genau so wenig, wie es die Rechtsgutslehre gibt, gibt es auch die Lehre vom Sozialvertrag. *Feuerbach* etwa orientierte sich stark an der Philosophie *Kants*, s. *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 34 ff. Grenzen der (Straf-)Gesetzgebung, wie sie durch *Feuerbach* begründet wurden, lassen sich dem Werk *Hobbes'* (*Leviathan*) nicht entnehmen. Nach dessen Vorstellungen ist der Staat, wenn er erst einmal ermächtigt wurde, nicht mehr auf die ursprünglichen Zwecke seiner Notwendigkeit beschränkt. Stattdessen wird ein absoluter Staat mit unbeschränkter Macht geschaffen, s. *Hobbes*, *Leviathan*, part 2, Chap. 20, 165 f.

²¹ *Hobbes*, *Leviathan*, part 1, Chap. 13, 101.

²² Zur Begründung einer moralischen Pflicht durch *Kant* und daran anschließend auch durch *Feuerbach* s. *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 36.

Rechte auszuleben, führe gleichzeitig zu einer Sicherung dieser Freiheit Aller. Zur Sicherung dieses Zustands diene schließlich die Schaffung des Staates, der als übergeordneter Garant die Einhaltung der Verträge überwachen sollte.²³ Deutlich wird darin auch das Verhältnis von der Gesellschaft zur Einzelperson: Die gesellschaftliche Gemeinschaft in Form des Staates dient dem Schutz von Individuen.²⁴

Dies war die gedankliche Grundlage für *Feuerbachs* umfassende Straftheorie,²⁵ in der er sich auch dem Gegenstand des Verbrechens widmete. Aus der staatlichen Aufgabenzuweisung – „der Schutz der wechselseitigen Freyheit Aller“²⁶ – wurden zugleich die staatlichen Handlungsfelder hergeleitet. Den Grund der Strafe beschrieb er in der „Nothwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freyheit Aller, durch Aufhebung des sinnlichen Antriebs zu Rechtsverletzungen.“²⁷ Mit dem darauf aufbauenden Verständnis des Verbrechens als Rechtsverletzung²⁸ waren insbesondere einige Religions- und Sittlichkeitsdelikte nicht mehr vereinbar, weshalb sie aus dem Kreis der Verbrechen ausgelagert, allerdings zu großen Teilen in den Kreis der Vergehen (sog. „Polizeyverbrechen“²⁹) eingliedert wurden.³⁰ Die massenhafte Billigung dieser Polizeidelikte, die gerade die materiellen Voraussetzungen eines Verbrechens nicht erfüllten und dennoch zu strafähnlichen Konsequenzen führten, minderten den Gewinn des klar umgrenzten materiellen Verbrechensbegriffs erheblich.³¹ Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, dass *Feuerbach* selbst betonte, dass aus dem materiellen Verbrechensbegriff keineswegs eine Verpflichtung der Gesetzgebung folge. Vielmehr verstand er die Vorgaben als Leitlinien.³²

²³ *Hobbes*, *Leviathan*, part 2, Chap. 20.

²⁴ *Amehung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 21.

²⁵ S. dazu ausführlich *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 34 ff.

²⁶ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, § 9.

²⁷ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, § 19.

²⁸ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, §§ 26 f., 38.

²⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, § 27.

³⁰ S. etwa *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, §§ 478 ff. zu den „Vergehen gegen Gesetze der Sittenpolizei“, sowie §§ 481 ff. zu den „Fleischesverbrechen“. In Bezug auf die Religionsdelikte ist zu bemerken, dass *Feuerbach* zwar schon in dem (1801 erschienenen) Lehrbuch in § 344 festhielt: „Dass die Gottheit injuriert werde, ist unmöglich“, sodann aber die Kirche „als moralische Person“ als Adressatin der Blasphemie anerkannte. In seinem Gesetzesentwurf für das Königreich Bayern aus dem Jahr 1824 tauchten hingegen weder Gotteslästerung noch Blasphemie auf, s. zu dieser Entwicklung auch *Schubert*, Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, 35 ff.; s. zum Wortlaut des Gesetzesentwurfs den Anhang a.a.O., 233 ff.

³¹ *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 26, bezeichnete diesen Umstand als „Schönheitsfehler“; s. auch *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 267 f.

³² *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, zweiter Theil, 14: „[...] hat er [Anm. d. Verf.: der Gesetzgeber] aber eine That, wenn sie

2. Das Konzept der Gutsverletzung: Birnbaum

Der Begriff der Gutsverletzung wird auf *Birnbaum* zurückgeführt, der die *Feuerbach*'sche Definition des Verbrechens als Rechtsverletzung ablehnte und ihr das Konzept der Gutsverletzung gegenüberstellte.³³ Dies zum einen, da er die Ausklammerung der Religions- und Sittlichkeitsdelikte aus dem Kreis der Verbrechen und die Einordnung als Polizeidelikte ablehnte. Zum anderen kritisierte er den sprachlichen Anknüpfungspunkt der *Rechtsverletzung*. Hierzu berief er sich auf *Stübel*, welcher bereits die Rechtsgefährdung als Rechtsverletzung beschrieb:

„Wer einem Andern ein Gut nicht entziehen darf, der darf auch nichts thun oder unterlassen, wodurch derselbe in Gefahr gesetzt wird, solches zu verlieren [...]. Das Recht zu fordern, dass uns niemand verletze, begreift also unwidersprechlich zugleich das Recht in sich, nicht weniger zu fordern, daß uns Niemand in Rechtsgefahr setze. Rechtsgefährliche Handlungen sind folglich in Ansehung des zweiten analogischen Rechts wahre Rechtsverletzungen.“³⁴

Dies sah *Birnbaum* als Hinweis darauf, dass nicht das subjektive Recht, sondern das Gut vor Verletzungen geschützt werde und damit auch Gegenstand der Verletzung sei. Das Recht selbst vermindere sich hingegen durch den Entzug eines Gutes nicht. Bekräftigt werde dieses Ergebnis auch durch den natürlichen Sprachgebrauch.³⁵ Schließlich lasse sich durch das Konzept der Gutsverletzung auch eine Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung „auf eine natürlichere Weise bestimmen.“³⁶

Amelung legte in den 1970er Jahren entgegen der früheren Darstellung bei *Sina*³⁷ dar, dass die Intention *Birnbaums* keine vornehmlich systemkritische war, sondern sein Konzept der Gutsverletzung insbesondere die Einbeziehung der Religions- und Sittlichkeitsdelikte in den Verbrechensbegriff ermöglichen sollte.³⁸ Das Konzept *Birnbaums* erschöpfte sich aber auch nicht in der Beschreibung des positiven Rechts. Er bekannte sich zwar nicht zu einer bestimmten Staatskonzeption, hielt jedoch fest, dass es allen Vorstellungen über Rechtsgrund und Zweck des Staates gemein sei, dass „es zum Wesen der Staatsgewalt gehöre, allen im Staate lebenden Menschen auf gleichmäßige Weise den Genuß gewisser Güter

gleich keine Läsion wäre und ihre Bestrafung der Vernunft widersprechen sollte, einem Strafgesetz unterworfen, so darf sie der Richter nicht von der Strafe ausnehmen, und bloß darum, weil ihre Bestrafung der Philosophie des Criminalrechts nicht gemäß ist, ungestraft lassen“; s. dazu auch *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 58.

³³ *Birnbaum*, NAC 1834, 149 ff.; vgl. hierzu auch *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 41 ff.; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 26 ff.

³⁴ Zitiert nach *Birnbaum*, NAC 1834, 149, 171.

³⁵ *Birnbaum*, NAC 1834, 149, 172 ff.

³⁶ *Birnbaum*, NAC 1834, 149, 177.

³⁷ *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 20, 22.

³⁸ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 11 ff.; s. auch *Roxin*, in: FS Hassemer, 573, 576; *Wohlers*, GA 2012, 600, 602.

zu gewährleisten, welche den Menschen von der Natur gegeben oder eben das Resultat ihrer gesellschaftlichen Entwicklung und des bürgerlichen Vereines³⁹ seien. Die Anerkennung eines natürlichen Verbrechensbegriffs steht in gewissem Widerspruch zu der positivistischen Perspektive, mit der *Birnbaum* noch die Rechtsverletzungstheorie beurteilte.⁴⁰ Auch *Birnbaum* selbst beschrieb seine Gutstheorie in einem zwei Jahre später erschienenen Aufsatz explizit als vorpositiv.⁴¹ Durch seine Einordnung von religiösen und sittlichen Vorstellungen als ein „unter die allgemeine Garantie zu stellendes Gemeingut des Volkes“⁴² wird der vorpositive Gehalt freilich gemindert. Eine weitere Verbrechensgruppe, die *Birnbaum* als „soziale Verbrechen“⁴³ beschrieb, berücksichtigte einen historischen Prozess in der Gesellschaft.⁴⁴

Der Wechsel zwischen positiven und vorpositiven Perspektiven erschwert eine Einordnung seiner Ausführungen in den Diskurs um die Grenzen der Strafgesetzgebung, was sich auch in der unterschiedlichen Rezeption seiner Arbeiten bemerkbar macht. *Sina* etwa sieht *Birnbaum* zwar als Vertreter der gemäßigt-positivistischen Schule an, beschreibt dessen Güterlehre aber als Fortführung des liberalen, philosophischen Ansatzes der Strafrechtswissenschaft zur Bestimmung des materiellen Verbrechensbegriffs.⁴⁵ Auch *Schünemann* betont deren vorpositiven Elemente, insbesondere durch die Bezugnahme auf den „Begriff des natürlichen Verbrechens“.⁴⁶ Er sieht *Birnbaum* in einer Linie mit *Beccaria*: Beide würden zwar „geringfügig differierende Antworten“ auf die Frage des materiellen Verbrechens geben, aber ihre Erwägungen „direkt aus der oder in einer (historisierend gelockerten) Anlehnung an die Denkfigur des Gesellschaftsvertrages“ entwickeln.⁴⁷

Amelung hingegen verweist darauf, dass *Birnbaum* auf eine staatstheoretische und -philosophische Fundierung seiner Ausführungen überwiegend verzichtet und sich stattdessen gleich mehrfach auf eine „natürliche“ Auffassung gestützt habe. Seine Auffassung sei ihm so selbstverständlich erschienen, dass er neben der staatstheoretischen Herleitung auch auf eine Definition des Gutsbegriffes verzichtet habe.⁴⁸ Das von ihm entwickelte Konzept müsse in die geschichtlichen

³⁹ *Birnbaum*, NAC 1834, 149, 178.

⁴⁰ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 44 ff.

⁴¹ *Birnbaum*, NAC 1836, 560, 570 ff. zum Begriff des natürlichen Verbrechens.

⁴² *Birnbaum*, NAC 1834, 149, 178.

⁴³ *Birnbaum*, NAC 1834, 149, 177.

⁴⁴ Diese Perspektive findet sich auch in späteren Arbeiten zur Rechtsgutstheorie wieder, indem Bezugnahmen auf vorpositives Recht seine geschichtliche Wandelbarkeit anstelle einer ewigen Wahrheit berücksichtigen, s. etwa *Hassemer*, in: FS Maihofer, 183, 192 ff.; *Rudolphi*, in: FS Honig, 151, 164.

⁴⁵ *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 25 ff.

⁴⁶ *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 133, 140.

⁴⁷ *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 133, 140 f.

⁴⁸ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 48.

Umstände eingeordnet werden: Die Abgrenzung von der aufklärerischen Rechtsverletzungstheorie mache deutlich, dass der Schwerpunkt *Birnbaums* gerade in der positiven Beschreibung und dem Versuch gelegen habe, alle positiven Delikte auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. *Wohlers* fasst dies treffend zusammen: „Selbst wenn man anerkennt, dass *Birnbaum* [...] kein reiner Positivist war, kann doch seinem Werk kein irgendwie messbares systemkritisches Potenzial entnommen werden.“⁴⁹

3. Die Systematisierung eines positiven Rechtsgutsbegriffs: *Binding, Grünhut, Honig*

Der Begriff des *Rechtsguts* wurde in Weiterentwicklung der Lehre *Birnbaums* von *Binding* eingeführt.⁵⁰ Wie schon *Birnbaum* lehnte auch *Binding* die Definition des Verbrechens als Rechtsverletzung als zu eng ab. Das Schutzrecht des Staates müsse „weit über den Rahmen der subjektiven Berechtigungen [...] greifen um allen Seiten des Rechtslebens den unentbehrlichen Rechtsschutz zu gewähren.“⁵¹ Während *Birnbaum* sein Konzept der Gutsverletzung immerhin selbst als vorpositiv begriff, betonte *Binding* den positiv-rechtlichen Charakter des Rechtsgutsbegriffs und befreite so den Gutsbegriff endgültig von vorpositiven Inhalten.⁵² Stattdessen legt er den Fokus auf eine Systematisierung der verschiedenen Rechtsgüter durch Einteilung in sog. Gütergruppen.⁵³

Als „eigenste Aufgabe der Strafgesetze“ beschreibt *Binding* die „Garantierung der Voraussetzungen friedlichen und gesegneten Rechtslebens“⁵⁴. Das Rechtsgut definiert er daran anknüpfend als „[a]lles, was selbst kein Recht“⁵⁵ doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat, und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist“⁵⁶, bzw. „alles, was ausser dem Gehorsamsrechte des Staates Objekt eines deliktischen Angriffs bildet“⁵⁷. Diese Passagen könnten durchaus in einem materiellen Sinn interpre-

⁴⁹ *Wohlers*, GA 2012, 300, 305.

⁵⁰ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 188 f.; s. dazu auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 42.

⁵¹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 339.

⁵² *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 341 f.

⁵³ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 343 ff.

⁵⁴ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 339.

⁵⁵ *Binding* unterscheidet strikt zwischen subjektivem Recht und Rechtsgut, s. *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 342. Der Angriff auf ein Rechtsgut ist für ihn Kern eines jeden Verbrechens. In einem Teil der Verbrechen gelte der Angriff mittelbar einem subjektiven Recht, welcher sich aber ebenfalls durch einen Angriff auf ein Rechtsgut vollziehe, a.a.O., 338.

⁵⁶ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 353 ff.

⁵⁷ *Binding*, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Band 1, 169.

tiert werden. Dass dies nicht – jedenfalls nicht in dem Sinne, in dem heute der materielle Rechtsgutsbegriff verstanden wird – den Überzeugungen *Bindings* entsprach, wird aber im Zusammenhang mit weiteren Ausführungen deutlich. So weist er selbst darauf hin, dass die Definition der strafgesetzgeberischen Aufgaben lediglich für „den Soziologen, nicht für den Juristen“⁵⁸ richtig sei. Vielmehr sei die Gesetzgebung bei der „Schaffung von Rechtsgütern und in der Aufstellung von Schutznormen derselben [...] nur durch ihre eigenen Erwägungen und durch Logik beschränkt. Was nicht verletzt oder vernichtet werden kann, kann auch das positive Recht als verletzbar nicht anerkennen, ebensowenig wie das positive Recht einen Kausalzusammenhang da hervorzuzaubern vermag, wo keiner ist.“⁵⁹

Für die Einordnung der Lehre *Bindings* in den Diskurs über den Rechtsgutsbegriff ist dies der entscheidende Punkt: Die Auswahlhoheit bezüglich der zu schützenden Rechtsgüter gesteht er – in den Grenzen der Logik – allein der Gesetzgebung zu, deren Werturteil zugleich Werturteil der Rechtsgemeinschaft sei.⁶⁰ Die gesetzgeberischen Entscheidungen werden nicht hinterfragt, vorpositive Anforderungen an sie nicht gestellt.⁶¹ Der Begriff des Rechtsguts war nach *Binding* ein rein positivistischer.⁶²

Binding unterschied grundsätzlich drei Arten von Verboten: Verletzungsverbote, Gefährdungsverbote und den einfachen Ungehorsam. Während allen Delikten das formale Moment des Ungehorsams gemein war, durch welchen *Binding* das staatliche „Recht auf Botmässigkeit“ verletzt sah,⁶³ kam bei Verletzungs- und Gefährdungsdelikten noch ein weiteres Angriffsobjekt, später bezeichnet als Rechtsgut, hinzu. Sie wurden als Angriffsdelikte oder (materiell-formelle) Verbrechen im e.S.⁶⁴ zusammengefasst. Diesem Verletzungsdelikt gilt auch der vielzitierte Ausspruch: „In der Schale des Ungehorsams birgt sich eine Gutsverletzung als Kern“⁶⁵, der zumindest von *Hassemer* als Hinweis auf einen materiellen Gehalt der Lehre *Bindings* und damit als Versuch der Entwicklung einer „materiellen Verbrechenslehre“⁶⁶ eingeordnet wird.

Allerdings kam der einfache Ungehorsam, den *Binding* auch für die Fälle der Unterlassungsdelikte annahm,⁶⁷ auch ohne einen solchen Kern aus. Handlungen

⁵⁸ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 353 Fn. 1.

⁵⁹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 340.

⁶⁰ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 356 ff.

⁶¹ *Amelung* führt die Abkehr von „überzeitlichen Vernunftwahrheiten“ auch darauf zurück, dass in den politischen Kämpfen nach der französischen Revolution verschiedenste Vorstellungen mit „absolutem Richtigkeitsanspruch“ miteinander in Streit gerieten und die Menschen die „Vergänglichkeit aller philosophischen Systeme, selbst des hegelschen, erleben“, s. *ders.*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 78.

⁶² *Wohlers*, GA 2012, 600, 601.

⁶³ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 327.

⁶⁴ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 338.

⁶⁵ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 365.

⁶⁶ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 43.

⁶⁷ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 411 f.

konnten in dieser Kategorie unbeachtet tatsächlicher Erfolge „aus Sorge vor ihren unbestimmt vielen und mannigfaltig möglichen“ Folgen verboten werden.⁶⁸ Bereits die schuldhaftige Verletzung dieses Rechts auf Botmässigkeit bezeichnete *Binding* als formales Delikt.⁶⁹ So erklärt sich auch seine Äußerung, es gebe „keinen strafbaren Tatbestand, der nicht Delikt wäre.“⁷⁰ Allerdings stellte *Binding* diese Deliktsgruppe zumindest in einen entfernten Zusammenhang mit einem geschützten Gut, indem er beschreibt, diese Kategorie befinde sich in „viel weiterer Entfernung von dem geschützten Gute“.⁷¹ Zudem betont er, dass kein vernünftiges „Gesetz den Gehorsam um seiner selbst willen“ verlange.⁷² Er widersprach jedoch vehement der Schlussfolgerung, es könne kein Delikt geben, „dessen Unrechtsgehalt sich im nicht verletzenden Ungehorsam erschöpfe“.⁷³ Die konkrete Einordnung des einfachen Ungehorsams blieb allerdings unklar. Die zu seiner Zeit übliche Bezeichnung als Polizeidelikt lehnte *Binding* ab,⁷⁴ beide Kategorien waren aber auch nicht deckungsgleich.⁷⁵

Honig und *Grünhut* entwickelten den positivistischen Ansatz *Bindings* weiter. Ihre Definitionen des Rechtsguts werden noch heute für die Auslegung von Strafgesetzen mit Hilfe eines formellen Rechtsgutsbegriff herangezogen: Rechtsgut sei „der vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel“⁷⁶, die „Abkürzung des Zweckgedankens“⁷⁷.

4. Das Verbrechen als soziale Erscheinung: von Liszt

Als „großer Gegenspieler“ von *Binding* bezeichnet,⁷⁸ betrieb auch von *Liszt* die Suche nach dem Objekt des Verbrechens. Anders als *Binding* fokussierte sich von *Liszt* auf eine Verbindung der Straftheorien mit den soziologischen Begebenheiten der Gesellschaft und ihren Lebensbedingungen. Diese „Lebensbedingungen [der] staatlichen Gemeinschaft und der in ihr befaßten einzelnen“⁷⁹ würden durch ihre gesetzliche Fixierung zu rechtlich geschützten Interessen, also Rechtsgütern.⁸⁰ Dabei bezog er das Rechtsgut, wie auch das Recht insgesamt, auf den

⁶⁸ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 326 f.

⁶⁹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 311, 426.

⁷⁰ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 312.

⁷¹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 326; vgl. auch 401 ff. s. auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie, 45, der diese Deliktskategorie als abstrakte Gefährdung bezeichnet.

⁷² *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 397.

⁷³ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 398.

⁷⁴ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl. 1916, 409.

⁷⁵ Vgl. hierzu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 76.

⁷⁶ *Honig*, Einwilligung des Verletzten, 94.

⁷⁷ *Grünhut*, Festgabe Frank, 1, 8.

⁷⁸ So *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 82; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 148.

⁷⁹ *Von Liszt*, ZStW 1883, 1, 19.

⁸⁰ *Von Liszt*, ZStW 1883, 1, 19; *ders.*, ZStW 1988, 133, 134 f.

Menschen: „Alles Recht ist um der Menschen willen da, alles Recht schützt menschliche Lebensinteressen. Das menschliche Dasein also ist das Rechtsgut“⁸¹. In Abgrenzung zum vorherrschenden positivistischen Ansatz seiner Zeit formulierte *von Liszt* zudem die These, dass diese Interessen nicht durch die Rechtsordnung, sondern durch das Leben geschaffen würden.⁸² Der Versuch, das Verbrechen als soziale Erscheinung zu begreifen und den Methoden empirischer Sozialwissenschaften zugänglich zu machen, blieb aber auf die sozialen Entstehungsbedingungen von Kriminalität sowie die soziale Funktion von Strafe beschränkt. Die Untersuchung der Frage, wann ein Verhalten unter Strafe gestellt werden kann, blieb aus.⁸³ Stattdessen stand für *von Liszt* die Systematisierungsfunktion des Rechtsgutsbegriffs im Fokus.⁸⁴ Den Begriff sah er zwar als gemeinsame Grenze und Verknüpfung zu anderen Sozialwissenschaften an, die Untersuchung des Begriffs des Rechts und seines Wesens wies er aber am ehesten der Kriminalpolitik zu.⁸⁵ Zu Rechtsgütern wurden Interessen allein durch die Garantie des Rechts.⁸⁶ Die durchaus vorhandenen vorpositiven Elemente seiner Ausführungen verloren dadurch erheblich an Bedeutung.⁸⁷ Der vorherrschende Positivismus wurde durch diesen Ansatz jedenfalls nicht erschüttert.

5. Der Rechtsgutsbegriff in der NS-Zeit

Trotz der positivistischen Ausrichtung der Strafrechtswissenschaft vor 1933 geriet das Rechtsgutsdogma in der Zeit des Nationalsozialismus unter den starken Verdacht eines liberalen aufklärerischen Grundkonzepts.⁸⁸ *Dahm*⁸⁹ etwa sah das Wesen des Verbrechens nicht in der „Verletzung von Interessen und Rechtsgütern, sondern [in der] Auflehnung gegen die Gemeinschaft und ihr inneres Gesetz.“⁹⁰ Anstelle des Erfolgsunrechts, das durch die Idee der Rechtsgutsverletzung stark in den Fokus gerückt war, fand eine Betonung des Handlungsunrechts statt, das insbesondere die gemeinschaftsfeindliche Gesinnung des Täters zu-

⁸¹ *Von Liszt*, ZStW 1888, 133, 141 f.

⁸² *Von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1888, 20.

⁸³ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 84; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 31.

⁸⁴ *Von Liszt*, ZStW 1888, 133, 140 ff.

⁸⁵ *Von Liszt*, ZStW 1888, 133, 139 f.

⁸⁶ *Von Liszt*, ZStW 1888, 133, 134 f.

⁸⁷ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 84; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 31.

⁸⁸ Dies sei u.a. auf die fehlerhafte Gleichsetzung von Rechtsverletzungs- und Rechtsgutslehre durch Schaffstein zurückzuführen, so *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 155, 160.

⁸⁹ Zu *Dahm*, der bereits 1933 in die NSDAP eintrat, s. *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 88 ff.; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 144 ff.

⁹⁰ *Dahm*, Gemeinschaft und Strafrecht, 12.

grunde legte,⁹¹ an die Stelle eines Tatstrafrechts trat ein Täterstrafrecht, dem der „Typus als des Verräters“ als „Urbild des Verbrechers überhaupt“⁹² zugrunde gelegt wurde. *Schaffstein*⁹³ forderte in Auseinandersetzung mit dem von *Dahm* betonten Begriff des Verrats, dass die Strafrechtswissenschaft sich insgesamt mehr am Gemeinschaftsgedanken orientieren und statt der Beschreibung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung den Fokus auf den Widerspruch gegen völkische Pflichten richten müsse.⁹⁴ Hinter diesen Konzeptionen stand mit der sog. „Rechtsquellenlehre“⁹⁵ die Vorstellung von einer vorpositiven, dem Gesetz übergeordneten „Rechtsurquelle“, welche sich insbesondere aus der „Rechtsüberzeugung und Rechtsanschauung des deutschen Volkes“⁹⁶ speiste.⁹⁷ Besonders deutlich wurde der Bezug zum Volksbewusstsein in der Auffassung *Mezgers*⁹⁸, nach dem „[m]ateriell rechtswidriges Handeln [...] Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung“⁹⁹ sei.

Dem Individuum kam nach dieser nationalsozialistischen kollektivistischen Ideologie kein eigenständiger Wert zu. Stattdessen wurde es in die Funktion der „Gliederhaftigkeit“ gezwungen.¹⁰⁰ Kernaufgabe des Staates sei die Erhaltung des deutschen Volkes.¹⁰¹

Trotz großer Skepsis wurde der Rechtsgutsbegriff allerdings nicht vollständig aufgegeben. Der sog. Kieler Schule,¹⁰² zu der u.a. die genannten Hochschullehrer *Schaffstein* und *Dahm* gehörten, traten insbesondere der *Grünhut*-Schüler *Schwinge* und *Zimmerl* (sog. Marburger Schule)¹⁰³ mit der Verteidigung des Rechtsgutsbegriffs entgegen.¹⁰⁴ Dies geschah allerdings nicht mit dem Ziel der Aufrechterhaltung etwaigen aufklärerischen liberalen Gedankenguts. Hintergrund dieser Auseinandersetzung war vielmehr die Frage, inwiefern der Begriff

⁹¹ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 230.

⁹² *Dahm*, Gemeinschaft und Strafrecht, 12.

⁹³ Zum bekennenden Nationalsozialisten *Schaffstein* s. *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 41 ff., 90 f.; s. auch *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 103 ff. zu den Beiträgen von *Schaffstein* und *Dahm* bei der Bekämpfung eines liberalen Strafrechts.

⁹⁴ *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 20 ff.

⁹⁵ *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 71; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 144 ff.

⁹⁶ *Mezger*, ZStW 1936, 1, 2.

⁹⁷ Etwa als „Volksgewissen“, „gesundes Volksempfinden“ o.ä. bezeichnet; s. dazu *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 144 ff.

⁹⁸ Zur Rolle *Mezgers* bei der Entwicklung des nationalsozialistischen Strafrechts s. *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 40 f.

⁹⁹ *Mezger*, ZStW 1936, 1, 9.

¹⁰⁰ S. etwa *Dahm*, Gemeinschaft und Strafrecht, 13: „[J]ede Gemeinschaft beruht auf dem inneren Zusammenhang ihrer Glieder“; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 6; s. dazu auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 51.

¹⁰¹ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 217 f.

¹⁰² Zur Kieler Schule s. *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 87 ff.

¹⁰³ Zur Marburger Schule s. *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 60 ff.

¹⁰⁴ S. dazu auch *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 168.

des Rechtsguts sowie andere herkömmliche Lehren und Methoden für politische Zwecke fruchtbar gemacht werden könnten.¹⁰⁵ So fand über den Maßstab der „national-sozialistischen Weltanschauung“ auch nach *Schwinge* und *Zimmerl* „[d]er Bestand und das Wohl des deutschen Volkes“¹⁰⁶ als Letztbegründung Eingang in die Bestimmung des materiellen Verbrechens.¹⁰⁷ Der Begriff des Rechtsguts diene danach „der Ausrichtung des Rechts am Gemeinschaftsgedanken und der Durchdringung der Rechtsprechung mit dem Geiste des Nationalsozialismus.“¹⁰⁸ Dadurch gelang eine umfassende ideologische Aufladung des Rechtsgutsbegriffs, orientiert an nationalsozialistischem Gedankengut und damit letztlich insbesondere am Führergedanken.¹⁰⁹

6. Der Rechtsgutsbegriff in der Bundesrepublik Deutschland

In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung in der Bundesrepublik durchlief der Rechtsgutsbegriff verschiedene Stadien. Insbesondere ab den 1970er Jahren erfreute er sich wachsender Beliebtheit, bevor ab den 1990er Jahren aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine erhebliche Skepsis bis hin zu deutlicher Ablehnung formuliert wurde. In mehreren Arbeiten, darunter von *Lagodny* und *Appel*, wurde der Verfassungsrang der hinter dem Rechtsgutsbegriff stehenden gesetzgeberischen Einschränkung kritisch beleuchtet und schließlich verworfen. Seit dem Bestehen des demokratischen Verfassungsstaates, in dem die Gesetzgebung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist (Art. 20 III GG, Art. 1 III GG), habe „die Rechtsgutslehre in ihrer strafbarkeitsbegrenzenden Funktion ihre Bedeutung verloren“; sie sei „ebenso systemwidrig, wie überflüssig.“¹¹⁰ Stattdessen seien strafrechtliche Normen, wie jede andere Norm auch, allein anhand der abwehrrechtlichen Dimension des Grundgesetzes zu überprüfen.¹¹¹ Der Strafgesetzgeber dürfe jeden Zweck verfolgen, der „vom Grundgesetz nicht ausdrücklich oder stillschweigend verboten“¹¹² sei.

¹⁰⁵ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 50 ff.; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 146.

¹⁰⁶ *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 58.

¹⁰⁷ *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 58: „Das Deutsche Recht dient dem Deutschen Volke. Die Blutgemeinschaft des Deutschen Volkes ist die Grundlage und zugleich der höchste und letzte Wert, von dem alles deutsche Rechtsdenken ausgehen muß. Der Bestand und das Wohl des deutschen Volkes geben daher den letzten inhaltlichen Maßstab ab für die Frage, was Recht und Unrecht ist.“

¹⁰⁸ *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 64; s. dazu auch *Garbe*, in: *Kirschner* (Hrsg.), *Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter*, 109, 112 f.

¹⁰⁹ Zu dieser Einordnung s. *Garbe*, in: *Kirschner* (Hrsg.), *Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter*, 109, 113.

¹¹⁰ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 390.

¹¹¹ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 46 ff., 336 ff.

¹¹² *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 141.

Trotz aller Kritik gibt es weiterhin Stimmen, die an einem materiellen Rechtsbegriff festhalten wollen.¹¹³ Entwickelt hat sich ein Diskurs, der mitunter emotional geprägt erscheint.¹¹⁴ „Die Idee gesetzgebungskritischen Rechtsgutdenkens lebt!“¹¹⁵, gibt sich etwa *Roxin* noch im Jahr 2010 zuversichtlich, während *Stuckenberg* 2011 die Frage aufwirft, „warum die Strafrechtswissenschaft sich so lange in eine Art normative Parallelwelt geflüchtet“¹¹⁶ habe und ihr eine „nachgerade verstörende Demokratieferne“¹¹⁷ bescheinigt.

Grob lassen sich mögliche Ansätze materieller Rechtsgutsvorstellungen in drei Richtungen unterteilen. Diese unterscheiden sich in erster Linie in dem Verhältnis zwischen Individual- und sog. Universal- bzw. Kollektivrechtsgütern. Ein dualistischer Ansatz betrachtet beide Arten von Rechtsgütern als gleichgewichtig nebeneinanderstehend. Monistische Betrachtungsweisen fokussieren sich hingegen auf eine der beiden Arten und erkennen den Schutz der jeweils anderen Art allenfalls mittelbar an. Heute treten überwiegend Vertreter*innen der letztgenannten Kategorie zur Verteidigung eines materiellen Rechtsbegriffs auf. Die personale Rechtsgutslehre, als deren prominentester Vertreter wohl *Hassemer* gelten dürfte, legt den Fokus auf Individualgüter und erkennt Universalgüter nur als schutzwürdig an, wenn sie sich auf den Schutz von Individuen zurückführen lassen. Eine monistische Auffassung mit Fokus auf Gemeinschaftsgüter wird wohl mittlerweile nicht mehr vertreten.¹¹⁸

7. Die Bedeutung der Begriffsgeschichte: Eine Verkettung historischer Fehlschlüsse?

Der Umgang mit der Rechtsgutslehre in der NS-Zeit wird gleich in zweifacher Hinsicht gegen die heutigen Vertreter*innen eines systemkritischen Rechtsbegriffs in Stellung gebracht. Zum einen werde die Inhaltsleere des Begriffs daran deutlich, dass er selbst für die Zwecke des NS-Unrechtsregimes habe eingesetzt werden können. Zum anderen hegt *Amelung* die Vermutung, dass die große Beliebtheit des systemkritischen Rechtsbegriffs nach dem Zweiten Weltkrieg und dessen Gleichsetzung mit einer aufklärerischen Strafrechtskonzeption unter

¹¹³ S. nur die Beiträge von *Hassemer*, *Schünemann* und *Sternberg-Lieben*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 57, 65, 133. In gewisser Hinsicht bezeichnend für die Zerrissenheit der Strafrechtswissenschaft in dieser Thematik ist das von *Kudlich* verfasste Nachmahr-Zwiegespräch anlässlich der 36. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer, s. *Kudlich*, *ZStW* 2015, 635.

¹¹⁴ Vgl. auch *Jahn*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 63, 81.

¹¹⁵ *Roxin*, in: *FS Hassemer*, 573; vgl. auch *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 133: „Totgesagte leben länger“; auch *Hefendehl*, *ZIS* 2012, 506 konstatiert, dass der Begriff trotz etlicher Totsagungen noch lebe.

¹¹⁶ *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653, 655.

¹¹⁷ *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653, 658.

¹¹⁸ S. die Darstellung bei *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 67 ff. m.w.N., 73.

anderem auch darauf zurückzuführen sei, dass der Rechtsgutsbegriff in der NS-Zeit den Stempel aufklärerischen liberalen Ursprungs aufgedrückt bekommen habe. Dies habe dazu beigetragen, dass ein Zusammenhang zwischen Rechtsgut und Aufklärungsphilosophie hergestellt wurde, der in diesem Ausmaß nie bestanden habe.¹¹⁹ *Amelung* zufolge beruht die Entwicklung des systemkritischen Gehalts des Rechtsguts daher auf „einer Reihe von historischen Fehlschlüssen“¹²⁰. Als solche seien neben der falschen Einordnung des Umgangs mit dem Begriff in der NS-Zeit auch die Überschätzung des aufklärerischen Gehalts der Theorien *Birnbaums* und *von Liszts*, sowie die Unterschätzung des positivistischen Ansatzes von *Binding* anzusehen.¹²¹

In der Tat ist die Begeisterung für einen aufklärerischen Gehalt der Rechtslehre ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bemerkenswert. Zuzustimmen ist *Amelung* insofern, als dass der Rechtsgutsbegriff in seiner Entstehungsgeschichte nicht in demselben Maße aufklärerischem Denken verpflichtet war, wie dies heutzutage vorgebracht wird.¹²² Allerdings muss daraus nicht zwangsläufig folgen, dass ein aufklärerischer Gehalt des Begriffs ausgeschlossen ist. Die Historie seiner Entwicklung zeigt gerade, dass der Begriff allein nicht viel mehr ist, als eine Hülle, die mit Wertungen, Begründungszusammenhängen oder empirischen Erkenntnissen gefüllt werden kann und muss, damit aus ihr inhaltliche Schlussfolgerungen gezogen werden können. Das bedeutet aber auch, dass es möglich sein muss, den Begriff mit einer Wertung zu füllen, die bei seiner Entstehung nicht mitgedacht war. Bei der Beurteilung des Begriffs und der Vorgaben, die eine Lehre in materieller Hinsicht aus ihm zieht, kann nicht der Begriff selbst herangezogen werden, sondern muss der Fokus auf die inhaltliche Ausgestaltung und den – notwendigerweise über die Entstehungsgeschichte hinausgehenden – Begründungszusammenhang gelegt werden.¹²³ Der Annahme *Amelungs*, „die Geschichte des Rechtsgutsbegriffs [sei] der Rechtsgutsbegriff“¹²⁴, kann daher nicht gefolgt werden. Begriffe können umgedeutet werden, zumal, wenn Inhalte keine unmittelbare und zwingende sprachliche Verankerung im Begriff selbst gefunden haben.¹²⁵ Eine konsequente oder lineare Fortentwicklung

¹¹⁹ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 5, 113 ff., 236 ff.

¹²⁰ *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 155, 159.

¹²¹ *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 155, 159 f.; dagegen *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 133, 138.

¹²² So auch *Roxin*, in: FS Hassemer, 573, 576; *Wohlers*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, S. 307, 312.

¹²³ Vgl. auch *Wohlers*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 307, 313 f.

¹²⁴ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 2, mit Bezug auf *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 88: „Ein dogmatisches Prinzip ist danach ohne seine Geschichte geradezu nicht existent: es *ist* seine Geschichte“ (Hervorh. i.O.).

¹²⁵ Aktuelle Beispiele hierfür sind etwa der Begriff der „Ehe“, oder der „Sittlichkeit“.

des Begriffs ist dafür nicht erforderlich.¹²⁶ Auch das Hinzutreten oder Wegfallen von Normgefügen und Werteordnungen, wie etwa das Inkrafttreten des Grundgesetzes, kann sich auf normative Grenzen und Wertungen auswirken.

II. Sprachlicher Gehalt des Begriffs

Die Wandelbarkeit des Rechtsgutsbegriffs im Laufe seiner Geschichte legt bereits nahe, dass der Begriff des Rechtsguts auf einer sprachlichen Ebene kaum einen materiellen Gehalt aufweist. Das „Gut“ deutet auf einen positiv bewerteten Gegenstand hin, wobei die wertende Institution begrifflich nicht vorgegeben ist und damit zunächst beliebig festgelegt werden kann. Das „Rechts“gut ist nach *Amelung* somit lediglich der Hinweis auf das geltende Recht und damit auf den Gesetzgeber als wertende Instanz.¹²⁷ Auch die Überlegung, dem Bezug zum „Recht“ eine größere Bedeutung zuzumessen, führt nicht weiter. So könnten sich folgende Fragen aufdrängen: Welches „Recht“ ist hier gemeint und ist vorausgesetzt, dass das Gut hiervon bereits umfasst ist, oder darf es nur nicht im Widerspruch hierzu stehen?

Wenn das Rechtsgut als Anhaltspunkt für die Gesetzgebung dienen soll, die gerade auch an der (Neu-)Schöpfung der Rechtsordnung beteiligt ist, so kann die gesamte positive Rechtsordnung zumindest keine Grenze für den Wortteil „Recht“ darstellen. Es ist sowohl denkbar, dass der Gesetzgeber neue, bisher unregelte Rechtsgüter schaffen kann, als auch, dass er eine Umkehr seiner bisherigen Wertungen vornimmt. Allein durch den gesetzgeberischen Akt der Schaffung einer Strafnorm zum Schutze eines Gutes würde ebenjenes Gut in den Kreis des Rechts aufgenommen. Dies würde in etwa der Intention *Birnbaums* entsprechen, einen möglichst umfassenden Bezugspunkt für alle Strafgesetze zu finden, eher aber noch der Funktion, die *Binding* dem Begriff des Rechtsguts zuschrieb. Letztlich wäre der Wortteil für die Gesetzgebung in diesem Fall bedeutungslos. Ein durch – auch erst noch zu schaffendes – Gesetz geschütztes Gut wäre automatisch ab Inkrafttreten des Gesetzes auch „Rechtsgut“.

Denkbar wäre aber auch, den Wortteil „Recht“ auf eine normative Ebene zu beziehen, die über dem einfachgesetzlichen Recht steht. Dass das Rechtsgut nicht im Widerspruch zur Verfassung stehen darf, versteht sich von selbst (Art. 1 III GG). Es aber auf die ausdrücklich in der Verfassung enthaltenen Wertungen zu beschränken, erscheint ebenfalls wenig zielführend: Zum einen ist nicht ersichtlich, warum einfaches Recht, das nicht unmittelbar der Verfassung entspringt, aber ihr auch nicht widerspricht, nicht als „Recht“ anzuerkennen sein sollte. Zum anderen könnte man wohl mit guten Gründen behaupten, aufgrund der umfas-

¹²⁶ *Kudlich*, ZStW 2015, 635, 641; *Roxin*, in: FS Hassemer, 573, 576; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 6.

¹²⁷ *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 155 ff.; s. ferner *Botke*, in: FS Lampe, 463, 474; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 16 ff.

send verstandenen allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG sei die Suche nach einem hiervon nicht umfassten Gut wenig aussichtsreich.¹²⁸

Es bliebe noch die Möglichkeit, auf die unveräußerlichen Menschen- und Bürgerrechte zurückzugreifen. Diese Idee der vorpositiven Grundbedingungen, die jedem Staat vorgegeben seien, war bereits präsent, als der Begriff des Rechtsguts entwickelt wurde und sich in den Diskussionen etablierte.¹²⁹ Schwierig erscheint es aber, hieraus tatsächlich konkrete Forderungen für die Ausgestaltung einer Strafnorm abzuleiten. Die Frage ist zudem, ob dem auch heute noch ein eigener Anwendungsbereich zukommen kann. Denn die menschenrechtlichen Garantien sind seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes in positives Recht übergegangen. Dies wird insbesondere durch die – mittels Ewigkeitsklausel gesicherte – Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG gewährleistet. Damit werden die unveräußerlichen Menschenrechte auch verfassungsrechtlich garantiert; andererseits ist es aber möglich, dass die Verfassung dem Staat sogar engere Handlungsräume bzw. höhere Eingriffshürden auferlegt. Diese hat die Strafgesetzgebung einzuhalten, sodass heutzutage an die Stelle der vorpositiven Menschenrechte die Verfassung mit all ihren Wertungen und Garantien getreten ist. Die heute einzig denkbare Grenze ist somit ein Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Werten und Garantien. Diese Grenze gilt aber selbstverständlich seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes auch für alle anderen alternativen Begriffe, die zur Begründung einer strafgesetzgeberischen Legitimationsbegrenzung herangezogen werden. Eine eigenständige, darüberhinausgehende Bedeutung hat der Wortteil „Recht“ daher nicht (mehr).

Der Begriff des Rechtsguts kann in der Diskussion daher niemals nur für sich stehen, da aus ihm letztlich nicht viel folgt – jedenfalls nicht in dem Umfang, in dem materielle Voraussetzungen in ihn hineingelesen werden. Der Begriff muss stets im Zusammenhang mit der jeweiligen ihm zugeordneten Funktion und dem zuerkannten Anwendungsbereich in der individuellen Art der Verwendung betrachtet werden. Es kommt somit für die Beantwortung der Frage nach einem verbindlichen materiellen Gehalt nicht entscheidend auf den Begriff, sondern auf das dahinterstehende Begründungsmodell an.¹³⁰ Dass die Verwendung des Begriffs alles andere als einheitlich ist, sondern ihm im Gegenteil fast jede*r Autor*in einen anderen Gehalt zuweist, stellt die Diskussion vor besondere Herausforderungen.

Der Prämisse, das Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz, kann aber immerhin entnommen werden, dass das Strafrecht – insoweit besteht Einigkeit zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den Vertreter*innen der Rechtsgutslehre – als Schutzrecht verstanden wird.¹³¹ Es muss „etwas“ – sei es nun ein

¹²⁸ Vgl. auch *Gärditz*, *Der Staat* 2010, 331, 352.

¹²⁹ Zur Entwicklung der Menschenrechtserklärungen s. *Hofmann*, *JuS* 1988, 841 ff.

¹³⁰ *Wohlers*, *GA* 2002, 15, 17; vgl. auch *Stuckenberg*, *GA* 11, 653, 656 f.

¹³¹ *BVerfGE* 21, 391, 403 f.; 27, 18, 29; 39, 1, 46; 45, 187, 253; 88, 203, 257; 90, 145, 184; *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 62 ff.; *Vogel*, *StV* 1996, 110, 111.

(werthafter) Zustand,¹³² eine Gegebenheit oder Zwecksetzung,¹³³ eine Funktionseinheit¹³⁴ oder ein Interesse¹³⁵ – benannt werden, das strafrechtlich vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll.¹³⁶ Dadurch ist ausgeschlossen, dass das Strafrecht zum Selbstzweck eingesetzt wird. Rein formalistische Ansätze, die die Strafbarkeit allein aus dem Umstand des Normbruchs heraus ohne Ansehung des jeweiligen Verbotsinhalts legitimieren wollen, werden damit ebenso ausgeschlossen¹³⁷ wie die Pflichtverletzungslehre, die *Schaffstein* während des NS-Regimes propagierte.¹³⁸ *Amelung* bezeichnet dies auch als den „wichtigsten liberalen Aspekt der Lehre vom Rechtsgüterschutz“.¹³⁹ Nicht für die Beurteilung konkreter Strafnormen eignet sich daher auch *Jakobs* Ansatz des Normgeltungsschadens, mag er auch für die Erklärung des Instituts Strafe insgesamt hilfreich sein.¹⁴⁰

III. Zum aktuellen Stand der Rechtsgutsdebatte: „Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?“¹⁴¹

Der formelle Gehalt des Rechtsgutsbegriffs als Kategorisierungs- und Auslegungshilfe ist heute überwiegend anerkannt.¹⁴² Das vom Gesetzgeber benannte Schutzgut kann herangezogen werden, um im Rahmen der teleologischen Auslegung zur Eingrenzung des Tatbestandes beizutragen.¹⁴³ Auch die Untergliede-

¹³² *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 13.

¹³³ *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7.

¹³⁴ *SK-Jäger*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 16; *Rudolphi*, in: FS Honig, 163 f.

¹³⁵ Ausführlich zu möglichen Deutungen des Begriffs des Interesses s. *Papageorgiou*, Schaden und Strafe, 109 ff.

¹³⁶ Für einen Überblick s. *Stratenwerth*, in: FS Lenckner, 377, 378; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 33 f.; ausführlich zu möglichen Deutungen des Begriffs des Interesses s. *Papageorgiou*, Schaden und Strafe, 109 ff.

¹³⁷ *Vogel*, ZStW 2016, 139, 144 f.

¹³⁸ S. oben Abschnitt B. I. 5.; zur Verfassungswidrigkeit der Pflichtverletzungslehre und der Begründung von Strafrecht als Schutzrecht als verfassungsrechtliche Mindestbedingung s. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 48 ff.

¹³⁹ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 241.

¹⁴⁰ So noch *LK-Weigend*, StGB, Band 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 6 (allerdings nicht mehr in *LK-ders.*, StGB, Band 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 3); *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 217.

¹⁴¹ So der Untertitel des von Hefendehl/von Hirsch/Wohlens herausgegebenen Sammelbandes „Die Rechtsgutstheorie“.

¹⁴² *Joecks/Jäger*, StGB, 13. Aufl. 2021, Vor § 1 Rn. 6; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 1 Rn. 8; *Rudolphi*, in: FS Honig, 151; *LK-Weigend*, Band 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 4; *Wohlens*, GA 2012, 600, 604 f.

¹⁴³ *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 32; *LK-Weigend*, Band 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 4.

rung des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches wird einigermaßen konsequent anhand der jeweils geschützten Rechtsgüter vorgenommen, was zur Übersichtlichkeit beiträgt. Inhaltliche Einschränkungen des gesetzgeberischen Spielraums sind aber auf einen möglichen materiellen Gehalt des Rechtsgutsbegriffs angewiesen, der zudem von verfassungsrechtlicher Relevanz sein muss.

In dieser materiellen, systemkritischen Funktion ist der Rechtsgutsbegriff aber alles andere als geklärt. Stattdessen ist der materielle Rechtsgutsbegriff vielfältiger Kritik ausgesetzt: Die Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs sei gering;¹⁴⁴ der Begriff sei „notorisch unterbestimmt“;¹⁴⁵ zudem sei er ursprünglich entgegen der heute mit ihm verbundenen Intention entwickelt worden;¹⁴⁶ schließlich seien die Vorgaben nicht verbindlich, da sie keinen Rückhalt in der Verfassung fänden.¹⁴⁷ Diese Kritiken setzen auf drei verschiedenen Ebenen an: an der Begriffsverwendung selbst, an der Definition des Rechtsguts und schließlich am dahinterstehenden Begründungszusammenhang.

Der Vorwurf der historisch inkonsequenten Begriffsnutzung setzt am Begriff selbst an. Da aber sprachlich betrachtet aus dem Begriff des Rechtsguts kaum inhaltliche Vorgaben an den Gesetzgeber abgeleitet werden können, ist ein starres Festhalten an der ursprünglichen Begriffsbedeutung weder erforderlich noch zielführend. Die geäußerte Kritik mag zwar eine berechtigte Kritik an der Weiterverwendung des Begriffs trotz inhaltlicher Brüche sein; die dahinterstehenden Begründungszusammenhänge vermag dieser Ansatz jedoch nicht zu entkräften. Für die Beantwortung der Frage, ob der Gesetzgeber inhaltlich auf den Schutz bestimmter Positionen beschränkt ist, ist sie nicht weiterführend.¹⁴⁸ Gleiches gilt für die Kritik, das Rechtsgutskonzept könne sein systemkritisches nur Potenzial entfalten, wenn Wertungen von außen an ihn herangetragen würden.¹⁴⁹

Der Vorwurf der fehlenden Leistungsfähigkeit adressiert auch die jeweiligen dahinterstehenden Definitionen. Gerade in umstrittenen Fällen liefern die angebotenen Definitionen keine klaren Abgrenzungskriterien.¹⁵⁰ Diese Kritik geht mit der Forderung nach eindeutigen Ergebnissen jedoch an der Leistungsfähigkeit eines abstrakten Rechtsgrundsatzes vorbei.¹⁵¹ Mit dem Versuch, den gesamten

¹⁴⁴ *Frisch*, in: FS Stree und Wessels, 69, 72 f.

¹⁴⁵ *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 657.

¹⁴⁶ Hierzu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 5, 113 ff., 236 ff.; s. auch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 13 f.

¹⁴⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht lehnte eine Bindung der Gesetzgebung an einen materiellen Rechtsgutsbegriff ab, s. BVerfGE 120, 224, 241 f.; s. ferner *Appel*, Verfassung und Strafe, 340 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 145 ff.; mit deutlichen Worten *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 658.

¹⁴⁸ Für die Unerheblichkeit der ursprünglichen Verwendung s. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 343; vgl. ferner *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 279.

¹⁴⁹ *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 35.

¹⁵⁰ Vgl. zur Kritik an den Definitionen auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 344 ff.

¹⁵¹ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 63; zustimmend *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 17; zur notwendigen Abstraktheit oberster Rechtsprinzipien s. auch *Roxin*, GA 2013, 433, 440.

Legitimationsumfang der Strafgesetzgebung zu beschreiben, ist aufgrund der hohen Abstraktheit notwendigerweise eine gewisse Unbestimmtheit verbunden. Der Anspruch an einen solchen abstrakten Grundsatz kann daher niemals sein, für alle denkbaren Fälle klare Ergebnisse zu liefern, sondern vielmehr gerade in den schwierigen Grenzfällen Argumentationshilfen anzubieten.¹⁵²

Für die Annahme eines verbindlichen materiellen Gehalts kommt es allein auf den Begründungszusammenhang und seine verfassungsrechtliche Verankerung an. Die Beantwortung der Frage, ob die Rechtsgutslehre darüber hinaus sinnvolle und vernünftige Ansätze für rechtspolitische Forderungen bieten kann, wird hier nicht weiter verfolgt.¹⁵³

1. Herleitung eines materiellen Gehalts

Die Herleitung inhaltlicher Vorgaben geschieht heute überwiegend unter Heranziehung der Aufgabenbestimmung des Staates im Bereich des Strafrechts, welcher wiederum ein bestimmtes staatstheoretisches Verständnis zu Grunde gelegt wird.¹⁵⁴

Hassemer sieht das Rechtsgut als zentralen Aspekt eines Gerechtigkeitspostulats, welches er – neben Zweckmäßigkeitserwägungen – als notwendigen Bestandteil der Strafwürdigkeit eines Verhaltens ansieht.¹⁵⁵ Den materiellen Gehalt des Rechtsguts wiederum entwickelt er aus der Aufgabe des Strafrechts, welche er – einer liberalen aufklärerischen Staatskonzeption folgend – in dem Schutz menschlicher Interessen begründet sieht.¹⁵⁶ Die Folge dieses personalen Rechts-

¹⁵² So auch *Hassemer*, in: FS Arthur Kaufmann, 85, 91; vgl. ferner *AK-ders.*, vor § 1 Rn. 288 zum Bezug der „definitivische[n] Strategie“ zur „Fundamentalität ihres Gegenstandes“: Anstelle einer deduktiven Ableitung aller Einzelfälle aus einem obersten Begriff materialisiere sich der Rechtsgutsbegriff „von unten“, nicht zuletzt über die Kritik am Pflichtverletzungsgrundsatz; *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 65, 70 f.

¹⁵³ Dazu grundlegend *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 203 ff.; *AK-ders.*, vor § 1 Rn. 196 ff.; s. ferner auch *Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 63, 79 ff., 84; *Rudolphi*, in: FS Honig, 151, 157; trotz aller Kritik auch *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 657.

¹⁵⁴ *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 243 ff., 273; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7.

¹⁵⁵ *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 187, 196, 293. Begrenzt wird das Prinzip des Rechtsgüterschutzes durch weitere Kriterien der Gerechtigkeit, welche *Hassemer* der „Formalisierung der Strafrechtspflege“ zuschreibt (a.a.O., Rn. 203). Zu diesen Kriterien zählt er die Grundsätze der Sozialschädlichkeit (Rn. 204), des Tatstrafrechts (Rn. 205), der Subsidiarität (Rn. 206), der Verhältnismäßigkeit und Schuldangemessenheit von Strafrechtsfolgen (Rn. 207), der Freiheit (Rn. 208), der Toleranz und der Wahrung der Menschenwürde (Rn. 209), sowie der Bestimmtheit und des Verbots der Rückwirkung von Strafnormen (Rn. 210). Ergänzend nimmt er Bezug auf das „Erfordernis innerer Schlüssigkeit des Systems strafrechtlicher Gebote und Verbote“ (Rn. 211).

¹⁵⁶ *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 274 ff.; andere Modelle wären etwa die „Einübung der Normanerkennung“ oder der „Stärkung sozialetischer Handlungswerte“, a.a.O. Rn. 293.

gutsverständnisses ist, dass das menschliche Interesse in den Mittelpunkt der Frage rückt, ob eine Position strafrechtlich schutzwürdig ist. Sogenannte Universalrechtsgüter erkennt er nur dann mittelbar als schützenswert an, wenn sie sich auf „menschliche Interessen“ zurückführen lassen.¹⁵⁷

Ähnlich formuliert *Roxin*, die Aufgabe des Strafrechts sei es, seinen „Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlichen garantierten Grundrechte zu sichern“¹⁵⁸. Als Rechtsgüter bezeichnet er dann auch „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [...], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.“¹⁵⁹

Abweichungen in der Aufgabenbeschreibung führen so auch zu abweichenden Vorstellungen über die Grenzen der Strafgesetzgebung.¹⁶⁰ Schon diese inhaltlichen Unterschiede erschweren es, daraus konkrete Vorgaben für die Gesetzgebung herzuleiten. *Frisch* hat nicht ganz Unrecht, wenn er angesichts der Abhängigkeit vom jeweiligen Gesellschaftsmodell dem Rechtsgutsbegriff allenfalls noch eine gewisse Mahnfunktion für die Überprüfung von möglicherweise mit den derzeitigen Wertvorstellungen nicht mehr vereinbaren Strafnormen zusteht.¹⁶¹

Neben den inhaltlichen Abweichungen lassen sich aber auch unterschiedliche Antworten auf die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit ausmachen – auf diese kommt es nun für die Zwecke dieser Untersuchung entscheidend an.

2. Kriminalpolitische Forderung oder rechtliche Verbindlichkeit?

Einigkeit besteht inzwischen darüber, dass sich die Verbindlichkeit nur aus einer verfassungsrechtlichen Herleitung der Vorgaben ergeben kann.¹⁶² Für rein vorpositive Inhalte ohne jeden verfassungsrechtlichen Bezugspunkt bleibt kein Raum.¹⁶³ Vorpositive, naturrechtliche Erwägungen können damit allenfalls von

¹⁵⁷ *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 176 ff.

¹⁵⁸ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7; so auch in der Fortführung *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7.

¹⁵⁹ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7; so fortgeführt in *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7; ähnlich *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 65, 66.

¹⁶⁰ So *AK-Hassemer*, vor § 1 Rn. 243 ff. für die Aufgaben „Rechtsgüterschutz“, „Stärkung sozialer Handlungswerte“ und „Einübung in Normanerkennung“.

¹⁶¹ *Frisch*, in: FS Stree und Wessels, 69, 72.

¹⁶² *Appel*, Verfassung und Strafe, 357 ff.; *Böse*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 89; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, 39 f.; *Kudlich*, JZ 2003, 127, 128; *Roxin*, in: FS Hassemer, 573, 577; *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 65 f.; *LK-Weigend*, StGB, Band 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 5 f.

¹⁶³ Zum Ansatz *Schünemanns*, die vorpositiven Inhalte als Grundlage der Verfassungsgebung in Deutschland zu beschreiben, s. sogleich in B. III. 2. a).

kriminalpolitischer Bedeutung sein.¹⁶⁴ Effektive Grenzen der Strafgesetzgebung lassen sich ihnen nicht entnehmen.

Vertreter*innen der Rechtsgutslehre wird zuweilen vorgeworfen, sich auf ebene kriminapolitische Ebene zurückzuziehen, sobald ihr Rechtsgutsverständnis wegen fehlender Verbindlichkeit angegriffen wird.¹⁶⁵ Tatsächlich lässt sich den einzelnen Ausführungen nicht immer entnehmen, in welchem Maße Verbindlichkeit für die eigenen Vorgaben beansprucht wird.¹⁶⁶ So betont etwa *Hassemer* stets die kriminapolitische Dimension seiner Ausführungen.¹⁶⁷ Das eingangs erwähnte Zitat¹⁶⁸ legt allerdings einen verfassungsrechtlichen Kontext nahe. Auch *Roxin* positioniert sich nicht eindeutig. So führt er aus, dass sich die Vertreter*innen eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs „in erster Linie an den Gesetzgeber“ wenden und „kriminapolitische Postulate auf[stellen], ohne für ihre Vorschläge [...] in allen Fällen verfassungsrechtliche Verbindlichkeit beanspruchen zu wollen.“¹⁶⁹ Aus der Formulierung „ohne [...] in allen Fällen“ wird aber bereits deutlich, dass es durchaus auch andere, nämlich verbindliche Fälle geben kann. Seine Aufforderung an das Bundesverfassungsgericht, eine Bestimmung für verfassungswidrig zu erklären, wenn die „Annahme, dass [sie] dem Rechtsgüterschutz diene, schlechthin nicht vertretbar“ sei,¹⁷⁰ lässt schließlich doch eine verfassungsrechtliche Dimension seiner Ausführungen erkennen. Nicht weiter hilft schließlich auch die Vorstellung von verfassungsrechtlich vorgegebenen, aber rechtlich nicht erzwingbaren Inhalten.¹⁷¹

Wenn aber die Verbindlichkeit der Vorgaben begründet wird, finden sich im Wesentlichen zwei Ansätze. Zum einen wird versucht, die Grundlagen der Rechtsgutstheorie selbst in den Verfassungsrang zu heben, indem sie als Grund-

¹⁶⁴ S. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 339: „Ist der Begriff in seiner materiellen Dimension nicht verbindlich, hat er lediglich einen gewissen heuristischen Wert und eine (begrenzte) Funktion als ‚Gewissen‘ der kriminapolitisch Tätigen.“ Ablehnend aber schließlich *ders.*, Verfassung und Strafe, 390 Fn. 317; die kriminapolitische Dimension der materiellen Rechtsgutslehre betont zudem *Rudolphi*, in: FS Honig, 151, 157.

¹⁶⁵ So etwa *Appel*, Verfassung und Strafe, 339; s. auch *Engländer*, ZStW 2015, 616, 618 f.

¹⁶⁶ Mit deutlichen Worten *Appel*, Verfassung und Strafe, 351 ff., der diesen Umstand als „Lebenslüge“ der Rechtsgutslehre bezeichnet; s. ferner *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchhardt (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 53, 60, insbes. Fn. 44; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 172 f.

¹⁶⁷ *Hassemer*, in: FS Arthur Kaufmann, 85 ff.; NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 115, 119a.

¹⁶⁸ Abschnitt B. 6.

¹⁶⁹ *Roxin*, in: FS Hassemer, 573, 584 f.

¹⁷⁰ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 94; so auch in der Fortführung *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 94.

¹⁷¹ So *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 65, 79 f.; s. ferner *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 94, wonach die Ergebnisse der Rechtsgutstheorie „[i]n den meisten Fällen [...] verfassungsrechtlich fundierte kriminapolitische Postulate sind, die der Gesetzgeber beachten muss, die ihn aber nicht zwingen.“

lage der Verfassungsgebung dargestellt werden. Zum anderen werden – in der Regel recht unspezifisch – verfassungsrechtliche Grundsätze in Bezug genommen, in die sich die Vorgaben der Rechtsgutslehre integrieren ließen. Beide Ansätze vermögen nicht zu überzeugen.

a) *Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag als Vorbedingung des Grundgesetzes*

Schünemann schlägt vor, die staatsrechtlichen Überlegungen der Aufklärungsphilosophie nicht nur als rechtshistorische Wurzeln eines materiellen Rechtsgutskonzepts anzusehen, sondern sie zugleich als der (Straf-)Gesetzgebung vorgegebene Grundlagen heranzuziehen.¹⁷² Die Grundgedanken des Gesellschaftsvertrags hätten sich in den letzten 250 Jahren „immer wieder behauptet“¹⁷³ – zwar in unterschiedlicher Ausprägung, aber durchaus mit „einer starken gemeinsamen Basis“¹⁷⁴. Anders als *Amelung* sieht *Schünemann* in der Begriffsentwicklung durch *Birnbaum* eine weitgehend konsequente Fortführung des Versuchs, einen materiellen Verbrechensbegriff zu beschreiben. Diese „konzeptionelle Basis des Gesellschaftsvertrages“¹⁷⁵ sei dem Grundgesetz vorausgesetzt gewesen. Hieraus lasse sich – „direkt oder in einer (historisierend gelockerten) Anlehnung“¹⁷⁶ – ein der Disposition des Gesetzgebers entzogener Verbrechensbegriff entwickeln.

Die vorpositiv begründeten Inhalte der Rechtsgutslehre sollen auf diesem Weg mit Verfassungsrang ausgestattet werden. Der Umstand, dass der heute mit ihm verbundene Inhalt des Rechtsgutsbegriffs sich gerade nicht unmittelbar aus den Erkenntnissen der Aufklärungsphilosophie entwickelt hat,¹⁷⁷ heißt zwar nicht zwangsläufig, dass dem Rechtsgut heute nicht ein solcher Gehalt entnommen werden kann, da Begriffe auch eine Umdeutung erfahren können. Allerdings hat dieser Umstand Auswirkungen auf die Argumentation, der liberale, systemkritische Rechtsgutsgehalt stelle eine vom Grundgesetz vorausgesetzte konzeptionelle Grundlage dar: Für das Bejahen einer verfassungsrechtlich relevanten Vorbedingung sind die damalige Lesart und eine konsistente historische Entwicklung eben doch von Bedeutung. Nachträglich hineininterpretierte Inhalte können hierzu nicht herangezogen werden. Dies gilt erst recht für die von *Schünemann* vorgeschlagene „historisierend gelockerte“ Anlehnung an die Grundgedanken des Gesellschaftsvertrags.

¹⁷² Zum Folgenden *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtstheorie, 133, 137 ff.

¹⁷³ *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtstheorie, 133, 138.

¹⁷⁴ *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtstheorie, 133, 138.

¹⁷⁵ *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtstheorie, 133, 143.

¹⁷⁶ *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtstheorie, 133, 141.

¹⁷⁷ S. oben B. I. 7.

Engländer hat in Auseinandersetzung mit dieser Argumentation zudem treffend auf die Heterogenität der verschiedenen Gesellschaftsvertrags-Konzeptionen hingewiesen.¹⁷⁸ Bereits die von *Schünemann* vorausgesetzte Idee der Begrenzung der übertragenen Staatsgewalt wird nicht von allen geteilt – deutlich wird dies bei *Hobbes*, der dem einmal geschaffenen Staat gerade keine Grenzen mehr vorgeben will.¹⁷⁹ Einer Beschränkung auf die *Feuerbach*'sche (auf die Konzeption *Kants* aufbauende¹⁸⁰) Argumentationslinie ist gleich zweierlei zu entgegen: Erstens ging *Feuerbach* selbst nicht von der Verbindlichkeit des Verbrechensbegriffs für die Gesetzgebung aus.¹⁸¹ Zweitens steht der Nachweis aus, die Mütter und Väter des Grundgesetzes hätten gerade diese Konzeption in ihren Beratungen und vorausgesetzt.¹⁸² Nach *Dreier* lassen sich zwar auffällige Übereinstimmungen zwischen *Kants* Staatskonzeption und dem demokratischen Verfassungsstaat der BRD ausmachen. Er warnt allerdings vor einer Überinterpretation,¹⁸³ habe sich doch „bislang noch fast jede Epoche [...] ‚ihren‘ Kant geformt“¹⁸⁴.

Schließlich kann es nicht überzeugen, ohne Rückgriff auf Verfassungsgrundsätze, sondern nur aus einem Gedankenexperiment über einen fiktiven Vertrag, geschlossen von fiktiven Vertragsparteien, konkrete Grenzen für die Strafgesetzgebung abzuleiten.¹⁸⁵ Als historische und konzeptionell vorausgesetzte Basis wären diese Grundsätze zudem nicht nur der Gesetzgebung, sondern sogar der Verfassung selbst vorgegeben. Für unveränderliche und gleichwohl verbindliche Vorgaben an die Gesetzgebung besteht aber im Geltungsbereich des Grundgesetzes jenseits der von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG erfassten Grundsätze weder Raum noch ein Bedürfnis.¹⁸⁶

b) Bezugnahmen auf verfassungsrechtliche Grundsätze

Zuweilen wird das Rechtsgutskonzept in bestehende verfassungsrechtliche Grundsätze integriert oder mit ihnen gleichgesetzt. Diese Ansätze bleiben in ihrer Begründung allerdings in der Regel vage; statt eigenständiger verfassungsrecht-

¹⁷⁸ *Engländer*, ZStW 2015, 616, 622 f.

¹⁷⁹ *Hobbes*, *Leviathan*, part 2, Chap. 20, 165 f.

¹⁸⁰ So *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 33 f.; s. aber auch *Naucke*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 101, 114, der den „Versuch, Kant in die Lehre von der Nützlichkeit des gesetzlichen Strafens zu überführen“ als „gründlich gescheitert“ beschreibt.

¹⁸¹ S. dazu bereits die Nachweise in Abschnitt B. Fn. 32.

¹⁸² *Engländer*, ZStW 2015, 616, 630 f.; kritisch auch *Dreier*, JZ 2004, 745, 753 f.; *Werkmeister*, ARSP 2023, 409, 410 f.

¹⁸³ *Dreier*, JZ 2004, 745, 753 ff.

¹⁸⁴ *Dreier*, JZ 2004, 745, 753.

¹⁸⁵ Vgl. *Engländer*, ZStW 2015, 616, 623.

¹⁸⁶ Zum Übergang der unveräußerlichen Menschenrechte in positives Verfassungsrecht s. bereits B. II.

licher Herleitungen werden Verfassungsgrundsätze benannt, aus denen sich die Forderungen der jeweiligen Rechtsgutstheorie ergeben würden, wobei der Zusammenhang zwischen Verfassungsgrundsatz und den konkreten materiellen Anforderungen an den Rechtsgutsbegriff im Dunkeln bleibt.¹⁸⁷ Bezugnahmen auf die „Prinzipien des sozialen Rechtsstaats und der Demokratie“¹⁸⁸ bleiben so verfassungsrechtlich im luftleeren Raum stehen. Ebenfalls ohne eigenständige verfassungsrechtliche Herleitung kommen Begründungswege aus, die auf die Kompatibilität von Rechtsgutslehre und verfassungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, abstellen, etwa: „Das strafrechtliche Rechtsgut ordnet sich in das verfassungsrechtliche Übermaßverbot zwanglos ein.“¹⁸⁹ Dabei wird nicht immer deutlich, auf welcher Ebene die Vorgaben der Rechtsgutslehre Eingang in die Prüfung erhalten sollen. Vorgeschlagen wird sowohl der legitime Zweck – die Rechtsgutslehre liefere mit dem zu schützenden Gut einen Bezugspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung –,¹⁹⁰ als auch die Angemessenheit.¹⁹¹ Eine eindeutige Positionierung erfolgt jedoch nicht überall.¹⁹² Mit diesen Ansätzen werden zwar mögliche Anknüpfungspunkte dafür geliefert, an welcher Stelle Vorgaben der Rechtsgutslehre in die verfassungsrechtliche Prüfung von Strafnormen einfließen könnten, jedoch nicht, warum dies auch geschehen sollte. Die verfassungsrechtliche Relevanz der Vorgaben selbst bleibt unbegründet.¹⁹³

Nicht eindeutig benannt wird zudem, was aus dem Fehlen eines geschützten Rechtsguts folgen soll. *Roxin* erklärt dazu, ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei nicht in jedem Fall anzunehmen, wenn eine Handlung bestraft werde, die kein Rechtsgut verletze. In einigen Fällen könne aber die Abwägung zur Unverhältnismäßigkeit führen.¹⁹⁴ Unklar bleibt in diesem Fall jedoch, welcher Maßstab außerhalb rechtsgutsschützender Handlungen für diese Abwägung herangezogen und zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit führen soll.¹⁹⁵

¹⁸⁷ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 46 f.

¹⁸⁸ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 318.

¹⁸⁹ *Hassemer*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 57, 60.

¹⁹⁰ *Schönke/Schröder-Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 10a; s. ferner *Hassemer*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 57, 60, der auf die „strafrechtliche Tradition“ abstellt, nach welcher der anerkannte Zweck zur Rechtfertigung einer Strafnorm eben in dem Schutz eines Rechtsguts bestehe.

¹⁹¹ *Kudlich*, JZ 2003, 127, 130; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 165 f.; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 49.

¹⁹² S. *Roxin*, in: FS Hassemer, 573, 586: „Der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt für die Unzulässigkeit solcher Strafvorschriften ist das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abzuleitende Übermaßverbot“.

¹⁹³ Kritisch daher auch *Engländer*, ZStW 2015, 616, 624.

¹⁹⁴ *Roxin*, GA 2013, 433, 451.

¹⁹⁵ *Kudlich*, JZ 2003, 127, 130; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 165 f.; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 49.

IV. Fazit

Die Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs erfolgte nicht linear. Der Begriff passte sich den jeweiligen gesellschaftlichen Strukturen und Gegebenheiten an und konnte so in die eine oder andere Richtung verstärkt werden. Den aufklärerischen Gehalt der Rechtsverletzungslehre *Feuerbachs* konnte die Rechtsgutstheorie kaum wieder erreichen.¹⁹⁶ Die Anknüpfung an menschliche Interessen durch *Hassemer* kommt dem Verständnis als Rechtsverletzung noch am ehesten nahe, ist jedoch nicht in der Lage, den für eine gesetzgeberische Verbindlichkeit erforderlichen Rückhalt in der Verfassung darzulegen. Weder der Versuch, die vorpositiven Inhalte der Rechtsgutstheorie über das Konstrukt der historischen Grundlage des Grundgesetzes mit Verfassungsrang auszustatten, noch unspezifische Inbezugnahmen von Verfassungsgrundsätzen sind in der Lage, die verfassungsrechtliche Relevanz der Inhalte des Rechtsgutsbegriffs zu begründen. Verbindliche Grenzen der Strafgesetzgebung lassen sich ihnen, zumindest mit den bisherigen Begründungsansätzen, nicht entnehmen.

¹⁹⁶ Vgl. auch *Papageorgiou*, Schaden und Strafe, 92 f.

C. Verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte

Auf der Suche nach materiellen Grenzen der Strafgesetzgebung ist der Fokus von der Rechtsgutsdebatte und anderen vorpositiven Begrenzungskonzepten zu lösen und stattdessen auf originär verfassungsrechtliche Herleitungen zu richten. Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung von Strafnormen als schwerwiegende Grundrechtseingriffe gerät zunächst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den Blick. Betrachtet man allerdings die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts, lässt sich der Eindruck weithin fehlender effektiver Grenzen für die Strafgesetzgebung kaum vermeiden.¹ Angesichts dessen überrascht es nicht, dass aus der (Strafrechts-)Wissenschaft weitere Versuche unternommen werden, alternative Begrenzungskonzepte verfassungsrechtlich herzuleiten. Diese gehen von einem strengeren Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes² über systemtheoretische Begründungen³ bis hin zur Auslegung der Grenzen der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG.⁴ Während allgemeine verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte mit der Problematik konfrontiert sind, dass sie für alle Regelungsmaterien gleichermaßen Geltung beanspruchen, adressieren strafrechtsspezifische verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte gerade die Besonderheiten des Instruments des Strafrechts, etwa durch die Untersuchung des ultima ratio-Grundsatzes.⁵

Der Schwerpunkt der Diskussion um die verfassungsrechtlichen Grenzen der Strafgesetzgebung liegt dennoch weiterhin beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser wird daher im Folgenden unter besonderer Berücksichtigung der bundesverfassungsgerichtlichen Maßstäbe näher beleuchtet (I.), bevor mit dem Ansatz *Hörnles*, die Schranken des Art. 2 I GG auszulegen, ein alternativer Vorschlag betrachtet wird (II.).

¹ S. dazu im Folgenden C. I. 2.

² *Appel*, Verfassung und Strafe, 577 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 351 ff.

³ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 350 ff.; kritisch *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 42 f.

⁴ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten.

⁵ S. die Beiträge von *Schünemann* und *Wohlers*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, 18 bzw. 54; s. ferner *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969; kritisch aber *Gär-ditz*, JZ 2016, 641, 644.

I. Verhältnismäßigkeit⁶

1. Zur differenzierten Bewertung von Verbots- und Sanktionsnorm

Bei der Überprüfung einer Strafnorm sind drei grundsätzlich separate Normenbestandteile⁷ und mit ihnen verbundene Grundrechtseingriffe zu unterscheiden:

Die reine Verhaltensnorm in Form der Verbotsnorm stellt zumindest einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG dar. Je nach Umständen des Einzelfalls können auch spezielle Grundrechte betroffen sein.⁸ Ihre verfassungsrechtliche Bewertung weist keine strafrechtlichen Besonderheiten auf.⁹ Im Falle einer Strafnorm wird ebene Verbotsnorm flankiert durch eine Sanktionsnorm, indem der Verstoß gegen die Verbotsnorm mit Strafe bedroht wird.¹⁰ Diese Sanktionsnorm wiederum greift auf zwei verschiedene Wege in Grundrechte ein: Die grundlegende Strafbewehrung (das „Ob“ der Strafe) enthält durch das in ihr zum Ausdruck kommende sozialetische Unwerturteil einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.¹¹ Die konkrete Ausgestaltung der angedrohten Strafe (das „Wie“ der Strafe) enthält einen zusätzlichen Grundrechtseingriff, der von der Art der angedrohten Strafe abhängt. Im Falle einer angedrohten Freiheitsstrafe ist der Eingriff an Art. 2 II S. 2 GG zu messen;¹² es gelten zudem die besonderen Anforderungen des Art. 104 I GG¹³.

⁶ Der folgende Abschnitt basiert auf einer früheren Veröffentlichung der Verfasserin, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 31 ff. Darin wurden zu Beginn des Dissertationsprojektes bereits erste Überlegungen skizziert.

⁷ Zu den normentheoretischen Grundlagen s. *Burghardt*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 59 ff.; *Renzikowski*, in: *FS Gössel*, 3 ff.

⁸ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 575; ausführlich *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 89 ff.: *ders.*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 83, 84.

⁹ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 569 f.; *Gärditz*, *JZ* 2016, 641, 642; *Lagodny*, *Vor den Schranken der Grundrechte*, 137.

¹⁰ Zu dieser Differenzierung bereits *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 79 ff., 171 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2022, § 2 Rn. 2 ff.; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 6, 55, 71 ff.; *ders.*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 83, 84; *Stächel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 111 ff.; kritisch *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 28 ff.; *Kudlich*, *JZ* 2003, 127, 129 f.; *Swoboda*, *ZStW* 2010, 24, 48. Neben diesen Eingriffen finden im Laufe eines Strafverfahrens noch weitere rechtfertigungsbedürftige Eingriffe statt: Die Entscheidung über die Strafverfolgung sowie der Strafausspruch im Einzelfall, BVerfGE 92, 277, 326; *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 172.

¹¹ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 172; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 96 ff., 115 16 ff.; *ders.*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 83, 84; *Stächel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 112 ff.; vgl. ferner BVerfGE 96, 245, 249 („dieses sozial-ethische Unwerturteil berührt den in der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten“); bestätigt in BVerfG NJW 2000, 418.

¹² BVerfGE 90, 145, 171; 153, 182, 259.

¹³ „Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter

Diese Differenzierung lässt sich, zugegebenermaßen nicht immer ganz konsequent, auch den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnehmen.¹⁴ Sie stößt aber auch auf Kritik: Sie sei nicht nur überflüssig, sondern führe zudem dazu, dass strafrechtliche Besonderheiten des Grundrechtseingriffs verloren gingen.¹⁵ *Burghardt* hat zudem zutreffend dargelegt, dass die Differenzierung in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang eher in Zusammenhängen auftauche, „die eine verfassungsrechtliche Kritik von Kriminalisierungsentscheidungen des Gesetzgebers tendenziell erschwert haben.“¹⁶

Zuzustimmen ist der Kritik darin, dass die Bewertung der Sanktionsnorm nicht isoliert von der Verhaltensnorm erfolgen kann.¹⁷ In dem strafbewehrten Verbot liegt schließlich der Bezugspunkt für das in der Sanktionsnorm zum Ausdruck kommende sozialetische Unwerturteil begründet. Wenn hierin der Grundrechtseingriff liegt, muss sich auch die Rechtfertigung dazu verhalten.¹⁸ Insofern kann auch die Sanktionsnorm in spezielle Grundrechte eingreifen, wenn die strafrechtliche Sanktion die Ausübung des entsprechenden Grundrechts verhindert oder erschwert.¹⁹ Entscheidend ist aber, dass die Verbotsnorm selbst keine strafrechtlichen Besonderheiten aufweist. Daraus folgt, dass aus dem Befund der Verfassungswidrigkeit der Sanktionsnorm nicht unmittelbar auf die Verfassungswidrigkeit der Verbotsnorm, sowie andersherum aus der Verfassungskonformität einer Verbotsnorm nicht auf die Verfassungskonformität der flankierenden Sanktionsnorm geschlossen werden kann. Nicht jedes verfassungskonforme Verbot lässt sich in der Konsequenz ohne Weiteres mit Strafe

Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.“

¹⁴ Eine ausführliche Entscheidungsanalyse findet sich bei *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 55 ff.; s. ferner *Burghardt*, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 59, 64 ff.

¹⁵ *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 53, 72 f., 75; *Burghardt*, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 59, 64 ff.; *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 184, 192 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 91; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 28 ff.; *Kudlich*, JZ 2003, 127, 129; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 48; vgl. auch *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 164, der in Bezug auf die Überlegungen *Lagodnys* kritisiert, es fehle „die gedankliche Zusammenführung dessen, was er analytisch getrennt hat“.

¹⁶ *Burghardt*, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 59, 74.

¹⁷ Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 578; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 161; anders *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 288 ff., der die Rechtfertigung des Eingriffs durch die Sanktionsnorm im Hinblick auf die Strafzwecke untersucht. Einen Bezug zur Verhaltensnorm stellt er nur insofern her, als dass er als Voraussetzung für alle Strafzwecke ein zugrundeliegendes menschliches Verhalten benennt, woraus er die Verfassungswidrigkeit bloßer Besitzdelikte ableitet, a.a.O., 321 ff.

¹⁸ Dazu näher in D. III. 2.

¹⁹ S. auch BVerfGE 110, 226, 254 ff.: dort wurde die drohende Sanktionierung als Argument für einen Eingriff in Art. 12 GG herangezogen.

versehen. Stattdessen wird auf der Ebene der Sanktionsnorm (in Form des „Ob“ der Strafe) die Frage gestellt, ob die Verbotsnorm *gerade mit dem Mittel des Strafrechts* gesichert werden darf. In der Tat ist eine solche Differenzierung aber nur dann sinnvoll, wenn für die Bewertung der Sanktionsnorm ein eigenständiger, über die Bewertung der Verbotsnorm hinausgehender, verfassungsrechtlicher Maßstab bereitgestellt wird.²⁰ Die strafrechtsspezifische Eingriffsintensität würde tatsächlich verlorengehen, wenn man sie bei der Prüfung der Verbotsnorm außen vor ließe und sich bei der Bewertung der Sanktionsnorm mit dem Hinweis auf den gesetzgeberischen Spielraum in Bezug auf die Pönalisierungsentscheidung begnüge. Die Gefahr, die strafrechtsspezifischen Besonderheiten verfassungsrechtlich nicht fassen zu können, liegt damit aber nicht in erster Linie an der separaten Bewertung von Verhaltens- und Sanktionsnorm,²¹ sondern an einer unzureichenden Berücksichtigung der Besonderheiten des mit der Sanktionsnorm einhergehenden Grundrechtseingriffs.²² Eine eigenständige Bedeutung wird dem bislang kaum zugemessen.²³ Die Entwicklung eines eigenständigen Maßstabs zur Bewertung der Sanktionsnorm wird daher in Kapitel D. im Fokus stehen.

Folgt man dieser Differenzierung, so sind die hier relevanten Fragen nach den materiellen Grenzen des Strafrechts bei der Bewertung der Sanktionsnorm, und zwar im Rahmen der Frage des „Ob“ der Strafe, zu verorten: Hier ist zu beantworten, ob sich der Einsatz von Strafrecht als Regulierungsinstrument von anderen Regelungsmaterien in verfassungsrechtlich relevanter Hinsicht unterscheidet und bejahendenfalls, wann Verhaltensnormen gerade auch mit dem Mittel des Strafrechts gesichert werden dürfen.

2. Die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts

Bei der näheren Betrachtung bisheriger verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu den strafgesetzgeberischen Grenzen lässt sich eine erhebliche Diskrepanz zwischen allgemein aufgestellten Maßstäben und ihrer Anwendung im Einzelfall beobachten.²⁴

So spricht das Bundesverfassungsgericht einerseits davon, dass das Strafrecht die „schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion“²⁵ sei und es Aufgabe des Strafrechts sei, „die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schüt-

²⁰ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 28, 31; Hoyer, in: FS Roxin II, 723, 733.

²¹ So aber Swoboda, ZStW 2010, 24, 50.

²² Vgl. auch Burghardt, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 59, 74, f., der auf das bisher ungenutzte „strafrechtslimitierende Potential“ einer solchen Differenzierung hinweist.

²³ Vgl. aber das abw. Sondervotum Graßhof, BVerfGE 90, 199, 200; s. ferner BVerfGE 110, 226, 254 ff.

²⁴ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 31; Swoboda, ZStW 2010, 24, 48.

²⁵ BVerfGE 90, 145, 172.

zen²⁶, es werde „als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich“²⁷ sei. Insofern erscheint es nur konsequent, wenn das Gericht fortführt, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit komme „gesteigerte Bedeutung für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein sozialetisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht“²⁸, von diesem Mittel dürfe der Staat „nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen.“²⁹

Geht es andererseits in die konkrete Prüfung, so folgt bereits auf der Stufe des legitimen Zwecks eine erste Relativierung:

„Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage verbindlich festzulegen. Das BVerfG kann diese Entscheidung nicht darauf prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; es hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht [...]“³⁰

In seiner Entscheidung zum einvernehmlichen Geschwisterinzest setzte sich das Bundesverfassungsgericht zudem mit einer möglichen Einschränkung legitimer Zwecke durch die Vorgaben der Rechtsgutstheorie auseinander: Diese stelle „keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären“³¹. Die Annahme eines überpositiven Rechtsgutsbegriff gerate zudem in Widerspruch mit den Befugnissen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.³² Zwar führt das Bundesverfassungsgericht in ebenjener Entscheidung auch aus, dass Strafrecht „als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt“³³ werde. Soweit daraus der Schluss gezogen wird, die verfassungsrechtliche Bewertung von Strafnormen könne nicht „ohne Anleihen bei der Rechtsgutstheorie“³⁴ durchgeführt werden, oder der Argumentationsweise Widersprüchlich-

²⁶ BVerfGE 27, 18, 29.

²⁷ BVerfGE 120, 224, 239 f.

²⁸ BVerfG NJW 2020, 2953, 2954; s. auch BVerfGE 120, 224, 239 f.; zum Vorwurf sozial-ethischen Fehlverhaltens s. auch BVerfGE 95, 96, 140; 96, 245, 249; 110, 1, 13; 133, 168, 198; BVerfG NJW 2000, 418.

²⁹ BVerfGE 39, 1, 47.

³⁰ BVerfG NJW 2020, 2953, 2954; s. auch BVerfGE 120, 224, 240.

³¹ BVerfGE 120, 224, 242.

³² BVerfGE 120, 224, 242.

³³ BVerfGE 120, 224, 240.

³⁴ NK-Hassemer/Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 119d; vgl. auch *Hefendehl*, GA 2007, 1, 2: Prinzipien wie die Verhältnismäßigkeit seien ohne den von ihm sog. „Angelpunkt des Rechtsgutsbegriffs schlicht nicht anwendbar“; sowie *Schünemann*, ZIS 2016, 654, Fn. 44, mit dem Vorwurf, das Bundesverfassungsgericht habe die Vorgaben der Rechtsgutstheorie zwar zunächst ausdrücklich verworfen, anschließend jedoch Argumente herangezogen,

keit attestiert wird,³⁵ wird übersehen, dass das Gericht den Rechtsgutsbegriff in seiner formalen Funktion als Beschreibung der ratio legis einer Norm durchaus anerkennt.³⁶

Den Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit sind nennenswerte Anforderungen an die Strafgesetzgebung kaum zu entnehmen. Angesichts des erheblichen Beurteilungsspielraums, den das Gericht der Gesetzgebung grundsätzlich für Prognosefragen zugesteht,³⁷ ist es nicht überraschend, dass ernstzunehmende Einschränkungen auf diesen Ebenen bisher nicht vorgenommen wurden. Geeignet ist ein Gesetz danach etwa, solange es nicht „objektiv ungeeignet“³⁸, (bzw. „schlechthin ungeeignet“³⁹) ist. Das wird sich für Sanktionsnormen kaum belegen lassen.⁴⁰

Auch die Angemessenheit führt nach Lesart des Bundesverfassungsgerichts nicht zu einer effektiven Begrenzung der Strafgesetzgebung. Zwar betont das Gericht, dass diese Prüfungsstufe durch das Gericht voll überprüfbar sei.⁴¹ Allerdings führt es an dieser Stelle mit der Absolutheit und Lückenlosigkeit von Strafantrohungen zwei neue Bewertungsmaßstäbe ein, die das vorherige Bekenntnis zum Einsatz des Strafrechts als ultima ratio bedeutungslos erscheinen lassen: So führte das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Geschwisterinzeß aus, dass „die Strafnorm [...] gerade in Grenz- und Übergangssituationen“ Wirkungen entfalten könne; „ihr Gewicht“ gewinne sie auch „durch die Absolutheit, mit der sie die umfassende und situationsunabhängige Beachtung einfordert“⁴². In der Cannabis-Entscheidung bewertete das Bundesverfassungsgericht die umfassenden Strafnormen als geeignet, um das gesetzgeberische Ziel, den „unerlaubten Umgang mit Cannabisprodukten lückenlos mit Strafe zu bedrohen“⁴³, zu erreichen.

Etwilige Korrekturen der umfassenden, im Einzelfall aber ggf. unangemessenen, Strafdrohung lassen sich nach dem Bundesverfassungsgericht auch noch

die sich leicht in diese hätten integrieren lassen; s. ferner *Joeks/Jäger*, StGB, 13. Aufl. 2021, Vor § 1 Rn. 7 mit der Folgerung, „dass in Wahrheit das Rechtsgüterschutzprinzip diesen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszufüllen hat und nicht umgekehrt“.

³⁵ *Noltenius*, ZJS 2009, 15, 17; vgl. auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 13.

³⁶ S. zu diesem Missverständnis auch *Wilfert*, Strafe und Gesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 173.

³⁷ BVerfGE 30, 250, 263 f.; 25, 1, 12 f.; 16, 147, 181; zustimmend *SK-Jäger*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 23; zum empirischen Kenntnisstand der Wirkung von Strafnormen in Bezug auf den verschiedenen Strafzwecken s. *Bachmann/Goeck*, in: Brunhöber u. a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 37, 47 ff.; s. ferner *Gärditz*, JZ 2016, 641, 645.

³⁸ BVerfGE 17, 306, 317.

³⁹ BVerfGE 19, 119, 126 f.

⁴⁰ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 29 f.

⁴¹ BVerfGE 90, 145, 185; 92, 277, 326 ff.

⁴² BVerfGE 120, 224, 251.

⁴³ BVerfGE 90, 145, 182.

auf prozessuaalem Wege vorzunehmen. Ist ein sozialetisches Unwerturteil angesichts des geringen Unwerts des in Rede stehenden Verhaltens als unangemessen zu bewerten, käme noch immer eine prozessuale Lösung im Wege der Einstellung oder des Absehens von Strafe in Betracht.⁴⁴

Eine solche Korrektur im Wege der Rechtsanwendung im Einzelfall kann aber allenfalls dann in Betracht kommen, wenn es auch gerade die individuellen Umstände des Einzelfalls sind, welche das sozialetische Unwerturteil als unangemessen erscheinen ließen. Lassen sich diese Umstände hingegen für bestimmte Fallgruppen verallgemeinern, ist die prozessuale Lösung nicht überzeugend. Mit der Einstellung wird lediglich ein weiterer Grundrechtseingriff vermieden; die Unangemessenheit des in der Strafnorm zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kann dadurch nicht korrigiert werden.⁴⁵ Soweit der Wortlaut eine entsprechende Auslegung zulässt, kann die Korrektur im Wege einer verfassungskonformen Auslegung erfolgen – so geschehen im Hinblick auf die Strafdrohung der Geldwäsche nach § 261 II Nr. 1 StGB (dazu sogleich). Im Übrigen wäre die Strafnorm in Teilen als verfassungswidrig zu beurteilen.

Angesichts dieser Einschränkungen überrascht es nicht, dass materielle Strafnormen in der Vergangenheit kaum einmal als unverhältnismäßig (im Sinne des Übermaßverbots) bewertet wurden. In den seltenen Fällen, in denen dies geschah, waren fast ausnahmslos Normen des Nebenstrafrechts betroffen, welche zudem überwiegend in spezielle Grundrechte eingriffen, etwa in Art. 5 GG⁴⁶ oder in Art. 12 GG.⁴⁷ Die Prüfung betraf jedoch jeweils die Verbotsnorm.⁴⁸ Zur Begründung der Verfassungswidrigkeit wurden mithin gerade keine strafrechtlichen Besonderheiten herangezogen.

Zwei Ausnahmen sind an dieser Stelle hervorzuheben.

Im Jahr 2009 beurteilte das Bundesverfassungsgericht die uneingeschränkte Strafdrohung des § 261 II Nr. 1 StGB (Geldwäsche) für Strafverteidiger*innen als einen unangemessenen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 I S. 1 GG. Gerade die Strafdrohung wurde zur Begründung des Eingriffs herangezogen.⁴⁹ Dieser Eingriff sei im Hinblick auf die Annahme des Honorars nur angemessen, sofern die Verteidiger*innen sichere Kenntnis von der deliktischen Herkunft des Geldes hätten; § 261 II Nr. 1 StGB sei entsprechend verfassungskonform auszulegen.⁵⁰

⁴⁴ BVerfGE 50, 205, 213; 90, 145, 189 ff.

⁴⁵ Abw. Sondervotum *Sommer*, BVerfGE 90, 212, 224 ff.; gegen die prozessuale Lösung sprächen danach zudem die erheblich voneinander abweichenden Einstellungspraxen der Bundesländer; s. ferner *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 185 ff.; *Gärditz*, *Der Staat* 2010, 331, 362; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 515 f.

⁴⁶ BVerfGE 30, 336 zum Vertrieb jugendgefährdender Schriften.

⁴⁷ BVerfGE 53, 135 zum Verkehrsverbot von Lebensmitteln.

⁴⁸ BVerfGE 50, 205, 213; 90, 145, 189 ff.

⁴⁹ So auch in BVerfGE 17, 306 („Mitfahrerzentrale“): Hier wurde bereits die objektive Ungeeignetheit des Verbots zur Erreichung des verfolgten Zwecks festgestellt.

⁵⁰ BVerfGE 110, 226, 266 ff.

Für Aufsehen sorgte ferner das Urteil des Zweiten Senats aus dem Jahr 2020, mit welchem die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gem. § 217 StGB a.F. für verfassungswidrig erklärt wurde.⁵¹ Zum ersten Mal wurde damit nach über 70 Jahren seit Inkrafttreten des Grundgesetzes eine materielle Strafnorm des Kernstrafrechts wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot für nichtig erklärt. Auch hier waren allerdings keine strafrechtlichen Besonderheiten ausschlaggebend; entscheidend war vielmehr, dass bereits die Verbotsnorm das allgemeine Persönlichkeitsrecht Sterbewilliger verletzte, aus dem sich nicht nur ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben ergebe, sondern darüber hinaus das Recht, dafür die Hilfe hierzu bereiter Dritter in Anspruch zu nehmen. Dieses Recht werde durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nach § 217 StGB faktisch unmöglich gemacht, weshalb das Verbot unangemessen sei.⁵²

Die Bilanz des Bundesverfassungsgerichts ist gleichwohl ernüchternd.⁵³ Von einer gesteigerten Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die Bewertung von Strafnormen bleibt kaum etwas übrig; der Einsatz des Strafrechts als ultima ratio wird überlagert von neuen Maßstäben der Allgemeinheit und Lückenlosigkeit. Als effektive Grenze der Strafgesetzgebung eignet sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach dieser Lesart nicht.

3. Gesetzgebungskritische Potenziale des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

In der Literatur finden sich verschiedene Vorschläge, wie das gesetzgebungskritische Potenzial des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Begründung effektiverer Grenzen für die Strafgesetzgebung fruchtbar gemacht werden könnte.

Auf der Stufe des legitimen Zwecks der Sanktionsnorm schlägt *Appel* drei Einschränkungen im Hinblick auf die grundsätzlich freie Entscheidung des Gesetzgebers für die mittels Strafrecht zu schützenden Positionen vor: Aus der Akzessorietät der Sanktionsnorm ergebe sich, dass diese überhaupt auf eine Verhaltensnorm bezogen sein müsse; die Strafbegründungsschuld gebiete ferner, dass die Sanktionsnorm und die damit bezweckte Rehabilitierung nur dieser Verhaltensnorm dienen dürfe; die Verhaltensnorm müsse schließlich ihrerseits verfassungsgemäß sein.⁵⁴ Für inhaltliche Anforderungen an die Sanktionsnorm ist davon insbesondere die zweite Einschränkung von Bedeutung, die Zustimmung verdient: Der formelle Gehalt des Schuldprinzips verlangt einen hinreichenden Verantwortlichkeitszusammenhang zwischen Schuldvorwurf und beschuldigter

⁵¹ BVerfGE 153, 182.

⁵² BVerfGE 153, 182, 286 ff.

⁵³ So auch *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 184, 208; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 83; s. ferner *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 87; *Swoboda*, *ZStW* 2010, 24, 46 ff.

⁵⁴ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 577 ff.

Person.⁵⁵ Auch die Verortung auf der Stufe des legitimen Zwecks ist überzeugend. Sie gewährleistet die abwägungsfeste Garantie des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips, dass eine Strafbewehrung stets individuelle Verantwortlichkeit voraussetzt.⁵⁶ Ebenfalls auf der Stufe des legitimen Zwecks schließt *Kaspar* mit dem Argument der mangelnden Unterscheidbarkeit von Fällen des bloßen „Verbotenseins“ den Schutz des öffentlichen Friedens aus, solange nicht andere (individuelle oder kollektive) Rechtsgüter betroffen seien.⁵⁷

In Bezug auf die prognosegeprägten Stufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit lassen sich effektive Einschränkungen für die Sanktionsnorm hingegen kaum begründen. *Hörnle* weist zutreffend darauf hin, dass sich für die Geeignetheit immerhin ein Kausalzusammenhang zwischen dem strafbewehrten Verhalten und dem geschützten Gut begründen lassen müsse.⁵⁸ Auch *Kaspar* gesteht der Gesetzgebung einen erheblichen Spielraum zu, merkt aber angesichts der verfassungsrechtlichen Bindung der Gesetzgebung gem. Art. 1 III GG an, dass man „diesen Gedanken nicht verabsolutieren“⁵⁹ solle. *Appel* erhebt darüber hinaus einen „Anspruch an Rationalität und Widerspruchsfreiheit sozialer Wirklichkeitserfassung“ an das gesetzgeberische Handeln und kommt so zum Ausschluss der Geeignetheit, wenn der Zweck der Normrehabilitierung nicht erreicht werden kann, „weil etwa die Norm nicht mehr existiert oder die Nichtbefolgung ohnedies die Regel ist und der Prozeß der Normrehabilitierung von vornherein leerläuft.“⁶⁰ Ausgehend von der Annahme, dass Strafrecht (zumindest auch) ein kommunikatives Element enthält,⁶¹ lässt sich diese Einschränkung aber auch bezweifeln. Als Ausdruck einer gesellschaftlichen Missbilligung bestimmter Verhaltensformen als Unrecht können selbst als „symbolisches Strafrecht“⁶² kritisierte Normen dieser Funktion weiterhin nachkommen. Die massenhafte Nichtbefolgung einer Norm mag Anlass sein, diese auf ihren kriminalpolitischen Nutzen zu prüfen oder etwaige Defizite in der Rechtsanwendung zu ermitteln; sie führt aber nicht ohne Weiteres zur Verfassungswidrigkeit der Sanktionsnorm.

Zuweilen wird vorgeschlagen, die Vorgaben der Rechtsgutslehre immerhin auf der Ebene der Angemessenheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen zu lassen.⁶³ Allerdings ist nicht ersichtlich, warum in der bloßen Verletzung vor-

⁵⁵ *Appel*, Verfassung und Strafe, 578.

⁵⁶ Näher dazu in Kapitel D, insbesondere Abschnitt II.

⁵⁷ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 435.

⁵⁸ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 37.

⁵⁹ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 399.

⁶⁰ *Appel*, Verfassung und Strafe, 579.

⁶¹ *Gärditz*, JZ 2016, 641, 645; *Hassemer*, in: FS Roxin I, 1001, 1012 ff.; *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, 34 ff.; *dies./von Hirsch*, GA 1995, 261, 272 ff.

⁶² Zum Begriff des symbolischen Strafrechts, der Kritik hieran, sowie der „Kritik an der Symbolismuskritik“ *Hassemer*, in: FS Roxin I, 1001 ff.

⁶³ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 214, 222 ff.; *Kudlich*, JZ 2003, 127, 130; *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 161 ff.; *Swoboda*, ZStW 2010, 24, 49.

positiver Vorgaben ein abwägungsrelevanter Aspekt liegen sollte. Es mag zutreffen, dass Verletzungen bestimmter Interessen, die auch als Rechtsgüter im materiellen Sinne anerkannt werden, besonders schwer wiegen – das tun sie jedoch nicht aufgrund der vorpositiven Herleitung, sondern aufgrund der Bedeutung, die ihnen für das gesellschaftliche Zusammenleben heute zukommt. Dass sich dieselbe Bedeutung gewissermaßen parallel auch über die Rechtsgutslehre herleiten lässt, ist für die Interessensabwägung nicht entscheidend.

Eine solche Interessenabwägung führt *Kaspar* für einige Beispiel-Konstellationen durch. Er kommt so auf der Ebene der Angemessenheit zum Ausschluss des strafrechtlichen Schutzes von Moralvorstellungen⁶⁴ sowie von autonomen Selbstschädigungen, worunter er auch Fälle der täterschaftlichen Einbeziehung Dritter fasst.⁶⁵

Insgesamt ist aber zu konstatieren, dass auch die gesetzgebungskritischeren Vorschläge zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur begrenzte Aussagekraft im Hinblick auf allgemeine Grenzen der Strafgesetzgebung erzielen können. Das ist angesichts der Natur des Abwägungsprozesses nicht überraschend. Der Versuch, abwägungsfeste Grenzen zu begründen, sollte daher sinnvollerweise bereits auf der Stufe des legitimen Zwecks ansetzen, um bereits vor Beginn der Abwägung eine ernstzunehmende Filterfunktion sicherzustellen.⁶⁶

II. Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit

Einen solchen abwägungsfesten Weg schlägt *Hörnle* ein. Zwar kritisiert sie die Fokussierung der deutschen Strafrechtswissenschaft auf den Begriff des Rechtsguts,⁶⁷ kommt jedoch am Ende zu ähnlichen Ergebnissen wie die personale Rechtsgutslehre, insbesondere zur Unzulässigkeit bloßen Gefühlsschutzes mit den Mitteln des Strafrechts.⁶⁸

Ausgangspunkt ihrer Überlegung ist die alleinige Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung. Da jede Strafnorm zumindest in Art. 2 I GG der Normadressat*innen eingreife, seien Strafgesetze, wie jeder andere staatliche Eingriff auch, an der Schrankentrias des Art. 2 I GG – Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung, Sittengesetz – zu messen. In Bezug auf die verfassungsmäßige Ordnung stellt *Hörnle* fest, dass diese für die gesetzgebende Gewalt keine inhaltlichen Vor-

⁶⁴ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 436 ff.

⁶⁵ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 457 ff.

⁶⁶ S. auch *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 184, 201 f.; vgl. auch *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 655 f., der die Anforderungen des von ihm konkretisierten verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebots ebenfalls als dem Abwägungsprozess vorgelagert einordnet und daher auf der Prüfungsstufe des legitimen Zwecks verortet.

⁶⁷ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 17 ff.

⁶⁸ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 41 ff.; s. zur personalen Rechtsgutslehre auch 68 ff.

gaben bereithalte.⁶⁹ Daraus schließt sie, der Gesetzgeber müsse sich grundsätzlich an der Schranke des Sittengesetzes und an den Rechten anderer orientieren. Dem Sittengesetz komme allerdings kaum noch eine Bedeutung zu; in Betracht komme allenfalls eine Inbezugnahme der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG als eine das Sittengesetz konkretisierende, moralische Norm.⁷⁰ Damit blieben für die Gesetzgebung die Rechte anderer „wesentliche materielle Vorgabe für das Strafrecht.“⁷¹ Was als Recht im Sinne dieser Vorgabe zu verstehen ist, legt *Hörnle* bereichsspezifisch aus. Im Hinblick auf die Regelungsmaterie des Strafrechts müsse es sich angesichts der drohenden Kriminalstrafe um ein „gewichtiges Interesse“ handeln.⁷² Im Interesse eines zurückhaltenden Einsatzes von Kriminalstrafe erfolgt eine weitere Einschränkung auf sog. Sicherheitsinteressen.⁷³ Angesichts dieses Ansatzes verwundert es nicht, dass *Hörnle* im Ergebnis durchaus mit den Vorstellungen der personellen Rechtsgutslehre übereinstimmt. Nicht ganz deutlich wird, ob die entwickelten Vorgaben nun als verfassungsrechtlich verbindlich eingeordnet werden. Soweit sie auf die verschiedenen Perspektiven – die Herstellungsperspektive der Gesetzgebung einerseits, die Ausführungsperspektive der Rechtsanwendung andererseits⁷⁴ – abstellt, könnte dies auf eine bloße Orientierungsfunktion für die Gesetzgebung hindeuten. An anderer Stelle werden die Schranken der Sittenwidrigkeit und der Rechte anderer allerdings als „Rahmen für gesetzgeberische Entscheidungen“⁷⁵ bezeichnet; bei Verfehlung des Maßstabs wird davon gesprochen, die entsprechenden Strafnormen seien nicht zu rechtfertigen.⁷⁶ Das wiederum spricht für eine verfassungsrechtliche Relevanz der Vorgaben. Von einem solchen Verständnis wird im Folgenden ausgegangen. Die Frage der Rechtfertigung wäre nicht sinnvoll zu stellen, wenn der vorgegebene Begründungsweg nur einer von mehreren möglichen Ansätzen wäre; stattdessen setzt sie voraus, dass *nur* der vorgegebene Begründungsweg zur Rechtfertigung herangezogen werden kann. Das lässt sich aber nur mit einer Verbindlichkeit der Vorgaben auch aus einer Überprüfungsperspektive erreichen.

Die These der Bedeutungslosigkeit eines nicht normierten Sittengesetzes als Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit verdient Zustimmung.⁷⁷ Dafür

⁶⁹ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 48.

⁷⁰ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 52 ff., 62 ff.

⁷¹ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 65.

⁷² *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 74.

⁷³ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 76 ff.

⁷⁴ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 48.

⁷⁵ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 468.

⁷⁶ S. explizit die Kapitelüberschrift A. II, sowie in der zusammenfassenden Darstellung der Untersuchungsergebnisse, *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 467 ff.

⁷⁷ Von Mangold/Klein/Starck-*Starck*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 41; *Kunig/Kämmerer* fordern sogar, die Schrankentrias teleologisch auf ein Schrankenduo zu reduzieren, s. von Münch/Kunig-*Kunig/Kämmerer*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 48; da die Rechte anderer bereits von der verfassungsmäßigen Ordnung umfasst seien, handle es sich

spricht zum einen die hohe Normierungsdichte innerhalb der deutschen Rechtsordnung, welche die weitere Schranke einer ungeschriebenen subjektiven Präferenz schlicht überflüssig macht.⁷⁸ Zum anderen stehen die Pluralität gesellschaftlicher Lebensentwürfe und die weltanschauliche Neutralität des Staates einer verbindlichen ungeschriebenen Sozialmoral entgegen.⁷⁹ Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spielte das Sittengesetz mit Ausnahme der Entscheidung zu § 175 StGB a.F. im Jahr 1957⁸⁰ keine tragende Rolle.⁸¹ Zum letzten Mal überhaupt in einer Senatsentscheidung mit dem Sittengesetz befasst hat sich das Gericht im Jahr 1978.⁸²

Zuzustimmen ist auch der Annahme, die verfassungsmäßige Ordnung als Gesamtheit aller formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmenden Rechtsnormen⁸³ könne insofern keine inhaltlichen Vorgaben für die Gesetzgebung bereithalten, als dass der Bestand des positiven Rechts (jenseits von Vorgaben an eine gewisse Systemkonsistenz) inhaltliche Anhaltspunkte für erst noch zu erlassene Gesetze nicht vorgebe.

Allerdings erscheint der Schluss, den *Hörnle* daraus zieht, nicht zwingend. Die Annahme, die Gesetzgebung müsse sich angesichts der fehlenden Orientierungspunkte der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung stattdessen an den Schranken des (zu vernachlässigenden) Sittengesetzes und der Rechte anderer orientieren,⁸⁴ würde letztlich dazu führen, dass die Rechtfertigung eines Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit (wohlgemerkt bezüglich jeder Regelungsmaterie, nicht nur des Strafrechts) strengeren Anforderungen unterliegen würde als die Rechtfertigung in Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt. Das ist nicht nur mit dem Charakter als „Auffanggrundrecht“⁸⁵ schwerlich vereinbar,

sogar „der Sache nach um eine einzige (Mono-)Schranke“; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 231; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 161: „Die einzige überzeugende Lösung besteht darin, die benannte Schranke des Sittengesetzes jedenfalls heute für faktisch ‚funktionslos‘ anzusehen.“

⁷⁸ *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009, § 168 Rn. 82; Dreier-*ders.*, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 59; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 15; Epping/Hillgruber-Lang, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 24.

⁷⁹ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 59.

⁸⁰ BVerfGE 6, 389, 434.

⁸¹ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 59; von Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 I Rn. 36.

⁸² So von Münch/Kunig-Kunig/Kämmerer, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 49. Die Entscheidung aus dem Jahr 1978 betraf das TSG, s. BVerfGE 49, 286, 300.

⁸³ Grundlegend dazu das BVerfG im sog. Elfes-Urteil BVerfGE 6, 32, 37 f.; so auch die ganz herrschende Meinung im Schrifttum, s. *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009, § 168 Rn. 83; Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 39 („heute fast zum Allgemeingut gewordene [...] Deutung“), 100. EL März 2023; Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 53.

⁸⁴ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 48, 51 f.

⁸⁵ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 26 ff.; *Eifert*, in: Herdegen/Masing/

sondern widerspricht zudem der ganz herrschenden Lesart der verfassungsmäßigen Ordnung als einfacher Gesetzesvorbehalt.⁸⁶

Naheliegender scheint es, dass der Umstand, dass sich der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung in Bezug auf die Gesetzgebung kaum inhaltlichen Vorgaben entnehmen lassen, zum gegenteiligen Schluss führen muss, dass nämlich die Gesetzgebung einen deutlich weiteren Spielraum hat.⁸⁷ Selbstverständlich darf auch die (Straf-)Gesetzgebung zum Schutze der Rechte anderer tätig werden. Darauf ist sie jedoch nicht beschränkt. Vielmehr ist die einzige Voraussetzung, dass die formellen und materiellen Verfassungsvorgaben eingehalten werden. Ganz ohne Vorgaben bleibt die Gesetzgebung dabei freilich nicht: In materieller Hinsicht sind die grundgesetzlichen Grundentscheidungen, darunter das Rechtsstaatsprinzip, sowie die ungeschriebenen elementaren Verfassungsprinzipien zu berücksichtigen.⁸⁸ An dieser Stelle sei etwa auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und – gerade für die Gesetzgebungsmaterie des Strafrechts – den Bestimmtheitsgrundsatz sowie das Schuldprinzip verwiesen.

Wäre der Erlass eines freiheitsbeschränkenden Gesetzes ausschließlich zum Schutz der Rechte anderer (bzw. des Sittengesetzes) zulässig, so wäre schließlich die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung für jede Maßnahme der staatlichen Gewalt überflüssig. Wenn jede (verfassungsgemäße) Norm bereits den Rechten anderer dienen müsste, träfe dies auch auf die spätere Normanwendung zu. Freiheitsbeschränkende Maßnahmen zum Schutze der Rechte anderer würden den Anwendungsbereich des Tätigwerdens innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung somit vollständig miterfassen. Nach der herrschenden Auffassung ist es hingegen gerade andersherum, dass nämlich die Rechte anderer vollständig kodifiziert sind und dieser Schranke – ebenso wie der des Sittengesetzes – neben der verfassungsmäßigen Ordnung kein eigener Anwendungsbereich mehr zukommt.⁸⁹

Auffällig ist schließlich noch ein weiterer Aspekt der Herleitung konkreter Grenzen für die (Straf-)Gesetzgebung: Die Rechte anderer legt *Hörnle* bereichsspezifisch für die Gesetzgebungsmaterie des Strafrechts restriktiv aus. Speziell für das Strafrecht werden so eigene strafrechtsimmanente Vorgaben gemacht, ohne dass deren verfassungsrechtliche Relevanz begründet wird. So wird die eigentlich verfassungsrechtlich orientierte Herleitung durchbrochen: Die Begren-

Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 18 Rn. 39 ff.; Sachs-Rixen, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 10; Gröpl/Windthorst/von Coelln-Windthorst, GG, 5. Aufl. 2022, Art. 260b f.

⁸⁶ BVerfGE 6, 32, 37 f., 41; 80, 137, 153; *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, 308; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 13; Sachs-Rixen, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 90.

⁸⁷ S. auch *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 156, Fn. 363.

⁸⁸ *Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 40, 100. EL März 2023.

⁸⁹ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 52; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 14.

zung der *Strafgesetzgebung* wird letztlich mit der Materie des Strafrechts selbst begründet. Damit soll nicht gesagt werden, dass sich die Aufgabenbeschreibung des Strafrechts gar nicht zur Konkretisierung gesetzgeberischer Vorgaben eignet; sie wird auch in dieser Arbeit eine Rolle in der Herleitung materieller Grenzen spielen. Entscheidend ist dafür aber eine Begründung ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz,⁹⁰ die den Ausführungen *Hörnles* in dieser Form nicht zu entnehmen ist.

III. Fazit

Entscheidend bei der Bewertung der Grenzen der Strafgesetzgebung ist ein verfassungsrechtlicher Maßstab. Im Grundsatz ist dem Bundesverfassungsgericht daher durchaus zuzustimmen: Vorpositive Erwägungen und Konzepte können keine hinreichende Verbindlichkeit für sich beanspruchen. Angesichts der Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch im Hinblick auf das Mittel des Strafrechts als schärfste staatliche Sanktion zuschreibt, fehlt es aber an einer substantziellen Auseinandersetzung mit einem solchen verfassungsrechtlichen Maßstab.

Den Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG kann ein solcher Maßstab nicht entnommen werden. Die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung auszublenden, lässt sich nicht mit den verschiedenen Perspektiven von Gesetzgebung und Gesetzanwendung begründen. Stattdessen führt die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung zu einem größeren Spielraum der Gesetzgebung im Sinne eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts. Die Gesetzgebung *kann* sich an den Rechten anderer orientieren, muss dies jedoch nicht, um ein materiell verfassungskonformes Gesetz zu erlassen.

Wenn ein verfassungsrechtlicher Maßstab gerade die Besonderheiten der Materie des Strafrechts berücksichtigen können soll, müssen diese zunächst einmal verfassungsrechtlich gefasst werden. Von anderen Regelungsmaterien unterscheidet sich das Strafrecht durch den strafrechtsspezifischen Schuldvorwurf. Diesem zunächst einmal deskriptiven Unterscheidungsmerkmal könnte über das Schuldprinzip auch verfassungsrechtliche Relevanz zukommen. Entscheidend kommt es daher im Folgenden darauf an, ob sich ein verfassungsrechtliches Schuldprinzip formulieren lässt, das Aussagen über einen strafrechtsspezifischen Maßstab zur verfassungsrechtlichen Bewertung von Strafnormen zulässt.

⁹⁰ Dass der Funktion des Strafrechts durchaus verfassungsrechtliche Relevanz zukommt, lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung mit der Beschreibung des Grundrechtseingriffs durch das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild begründen, s. dazu im Folgenden D. III., insbes. 1. c).

D. Das Schuldprinzip als strafrechtsspezifisches verfassungsrechtliches Begrenzungskonzept

„Nullum crimen sine culpa“ – Keine Strafe ohne Schuld. Was den einen als „im modernen Strafrecht selbstverständlich“¹, als „Herzstück des Strafrechts“² gar, erscheint, bezweifeln andere bereits im Grundsatz: Ist ein Schuldstrafrecht, das einen sozialetischen Tadel über die Bürger*innen ausspricht, noch zeitgemäß?³ Führen neurobiologische Erkenntnisse über Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse sogar dazu, dass wir uns von dem Konzept der Schuld und individueller Vorwerfbarkeit ganz verabschieden müssen?⁴ Zweifel am Schuldprinzip sind indes keine neue Erscheinung: *Stratenwerth* prognostizierte bereits 1977 die Ablösung des Schuldprinzips durch andere Prinzipien im Umgang mit abweichendem Verhalten „in mehr oder minder absehbarer Zeit“⁵. Auch unter denjenigen, die am Schuldprinzip festhalten, besteht keineswegs Einigkeit über dessen konkreten Inhalt: Insbesondere die Frage, ob Schuld einen über die formale Zurechnung hinausgehenden materiellen Bestandteil aufweist, der eine Beziehung der handelnden Person zur verletzten Norm (über den bloßen Normbruch hinaus) erfordert, wird unterschiedlich beurteilt.⁶

Die Frage der Schuld im Strafrecht ist sowohl strafrechtsdogmatisch und -theoretisch als auch verfassungsrechtlich relevant. Dabei lassen sich für die verschiedenen Dimensionen der Schuld durchaus Unterschiede ausmachen. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip ist insbesondere nicht strikt vom Unrechts tatbestand getrennt, im Gegenteil: Mit den Anforderungen an die objektive und

¹ BVerfGE 5, 22; 9, 167 mit Verweis auf BGHSt 2, 194.

² *Bung*, in: FS Kargl, 2. Aufl. 2020, 65, 71.

³ *Kritisch Appel*, Verfassung und Strafe, 425 f.; dass der Schuldspruch in einem freiheitlichen Strafrecht überhaupt ein sozialetisches Unwerturteil enthalten könne bestreitet *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 206; zum Vorschlag, den Schuld- durch einen Unrechtsvorwurf zu ersetzen s. *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49 ff.; s. auch bereits *dies.*, Tatproportionale Strafzumessung, 152; zu den Aporien, die mit dem Element des Tadels untrennbar verbunden sind, s. ferner *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Band 1, 266 ff.; zur Unmöglichkeit, Strafe und Tadel zu trennen, aber *Frister*, in: FS Frisch, 533, 553; vgl. auch *Kühl*, in: FS Eser, 149, 154; zur Legitimität des Elements des Tadels aber noch *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, 261, 272 ff.

⁴ *Roth*, in: FS Lampe, 43 ff.; *Singer*, Ein neues Menschenbild?, 65.

⁵ *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 7.

⁶ So etwa *Kindhäuser*, ZStW 1995, 701, 708; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, 128 ff.

subjektive Zurechnung sind bereits zentrale Bestandteile des Unrechtstatbestands betroffen. Der verfassungsrechtliche Schuld-begriff ist also einerseits enger, weil sich nicht zwangsläufig sämtliche Ausprägungen des strafrechtlichen Schuldprinzips auch unmittelbar verfassungsrechtlich herleiten lassen, andererseits aber auch weiter, da er Unrechtselemente enthält, die in der strafrechtlichen Handhabung typischerweise vom Schuld-begriff getrennt werden.⁷

Im Folgenden werden zunächst einige grundlegende Begrifflichkeiten und Entwicklungen der strafrechtsinternen Schuld-diskussion beleuchtet, bevor die verfassungsrechtliche Dimension des Schuldprinzips untersucht wird. Hierzu werden in einem ersten Schritt die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts als bedeutsamen Interpreten des Verfassungsrechts betrachtet. Anschließend wird aus der verfassungsrechtlichen Eingriffsdimension des staatlichen sozial-ethischen Unwerturteils eine verfassungsrechtliche Lesart des Schuldprinzips als Mindestvoraussetzung für die Rechtfertigung des strafrechtsspezifischen sozial-ethischen Unwerturteils vorgeschlagen.

I. Der strafrechtliche Schuld-begriff

Der Begriff der Schuld wird gesetzlich zwar mehrfach verwendet (im Allgemeinen Teil etwa §§ 17, 20, 29, 35 I, 46 I, 46b II Nr. 2, 57a I Nr. 2, 57b, 74b I Nr. 1 StGB) oder vorausgesetzt (§§ 19, 21 StGB), allerdings an keiner Stelle definiert. Auch § 20 StGB trifft – anders als zuweilen vorgebracht⁸ – keine Aussage dergestalt, dass Schuld stets die Fähigkeit einer Person erfordere, das Unrecht der Tat einzusehen und danach zu handeln. Vielmehr bezieht sich § 20 StGB nur auf Personen, die sich in einem der aufgeführten pathologischen Zustände befinden und beschreibt für diese Personengruppe die einschränkende Voraussetzung für den Ausschluss ihrer Schuld, dass sie aufgrund dieses Zustands bei Begehung der Tat auch unfähig gewesen sein müssen, „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“. Damit ergibt sich aus § 20 StGB für die Annahme der Schuld-fähigkeit nicht etwa die erforderliche positive Feststellung des Anders-Handeln-Könnens, sondern im Wesentlichen das Fehlen eines pathologischen Zustandes. Für Personen außerhalb der aufgeführten pathologischen Zustände trifft § 20 StGB keine Aussagen.⁹

⁷ Hörnle, in: FS Tiedemann, 325, 340. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 425, Die strikte Trennung von Schuld und Unrecht wird allerdings auch in Frage gestellt, s. dazu Simmler, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, 29 ff.; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 493 f.

⁸ LK-Schöch, StGB, Band 1, 12. Aufl. 2007, § 20 Rn. 14.

⁹ Hassemer, ZStW, 2009, 829, 852; Herzberg, ZStW 2012, 12, 24 f.; Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 72; Schroth, in: FS Roxin II, 705, 714; anders aber R. Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 112 ff.; für die Ableitung eines Umkehrschlusses auch Frister, in: FS Frisch, 533, 535.

1. Überblick über die Entwicklung des strafrechtlichen Schuld begriffs seit dem späten 19. Jahrhundert

Der strafrechtliche Schuld begriff hat in seiner Geschichte bereits einige, nicht immer gradlinige, Wandlungen durchlaufen, die an dieser Stelle nicht in ihrer Gesamtheit nachgezeichnet werden können. Die folgende Darstellung konzentriert sich daher auf einige grundlegende Meilensteine bei der Entwicklung verschiedener Grundgedanken und Konzepte, die den Schuld begriff geprägt haben und auch heute noch eine Rückbeziehung insbesondere später anzustellender verfassungsrechtlicher Maßstäbe auf den Begriff der Schuld ermöglichen.

Insbesondere von *Liszt* prägte die Kategorie der Schuld als subjektive Voraussetzung der Strafbarkeit – die subjektive Beziehung der Täter*innen zum Erfolg –, während der Unrechtsgehalt rein objektiv bestimmt wurde. Damit erschöpfte sich die Schuld vollständig in den beiden Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit.¹⁰ In dem von ihm zunächst Zurechnungsfähigkeit, später Schuldfähigkeit genannten Aspekt erkannte er eine von der Schuld zu trennende Voraussetzung der Schuld selbst.¹¹ Die von *von Liszt* geprägte und u.a. von seinem Schüler *Radbruch* fortgeführte Kategorisierung wird heute als psychologische Schuldlehre bezeichnet.¹²

Ihre Ablösung wurde eingeleitet von *Frank*, der den engen, ausschließlich auf Vorsatz und Fahrlässigkeit bezogenen Schuld begriff in seinem 1907 erschienenen Beitrag „Über den Aufbau des Schuld begriffs“¹³ kritisierte und damit als Begründer der normativen Schuldlehre gilt. Er beschrieb „begleitende Umstände“, die das Maß der Schuld nicht nur mildern, sondern die Schuld auch ganz ausschließen könnten.¹⁴ Auch die Zurechnungsfähigkeit sah er als Bestandteil der Schuld an.¹⁵ Neben der Erweiterung des Schuld begriffs um die Elemente der Zurechnungsfähigkeit und der begleitenden Umstände, prägte *Frank* die Diskussion insbesondere durch die Zusammenfassung dieser Elemente unter dem Begriff der Vorwerfbarkeit.¹⁶ Obgleich der Aspekt des Vorwurfs im Zusammenhang mit dem Schuld begriff zu diesem Zeitpunkt keineswegs neu war, gewann er doch durch diese Begrifflichkeit eine neue Qualität und Anschlussfähigkeit.¹⁷

¹⁰ *Von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1888, 160 ff., insbes. 163; s. dazu auch *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 38 ff.; *SK-Stein*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, § 15 Rn. 11.

¹¹ *Von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1888, 149.

¹² *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 42, 50.

¹³ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, im Folgenden zitiert aus dem Sonderausdruck aus der Festschrift der juristischen Fakultät Giessen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana, Gießen 1907.

¹⁴ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, 5 f.

¹⁵ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, 8 f.

¹⁶ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, 11.

¹⁷ S. die Einordnung durch *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 102.

Allein der Satz „Schuld ist Vorwerfbarkeit.“¹⁸ fand sich fast 50 Jahre später im Jahr 1952 wörtlich in einer grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum Schuldbegriff¹⁹ und gehört bis heute zu den Grundannahmen über Schuld.²⁰ *Frank* führte weiter aus: „[E]in verbotenes Verhalten ist jemandem zur Schuld anzurechnen, wenn man ihm einen Vorwurf daraus machen kann, daß er es eingeschlagen hat.“²¹ Damit wurde die Schuld Anknüpfungspunkt für ein (Un-)Werturteil.²² Bedeutsam für die weitere Entwicklung dürfte auch die grundsätzliche Absage an den Versuch gewesen sein, einen einheitlichen Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit zu finden, und stattdessen verschiedene gleichrangige Schuld-elemente nebeneinanderzustellen.²³

Goldschmidt schuf schließlich die Grundlage für die Lehre der Zumutbarkeit, indem er 1913 in seinem Vortrag „Der Notstand, ein Schuldproblem“ erstmals die dogmatische Begründung für die schuldausschließende Wirkung der Entschuldigungsgründe lieferte.²⁴ Während Rechtfertigungs- und persönliche Strafausschließungsgründe ihren inneren Grund in einem „objektiv überwiegenden und berechtigten Interesse“²⁵ hätten, läge der innere Grund der Entschuldigungsgründe in einem „subjektiv überwiegenden und gebilligten Motiv“²⁶. Dies führe dazu, dass „dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, sich dem Pflichtmotiv zu fügen“.²⁷ Damit erhielt die Schuld ein selbstständiges normatives Element. *Freudenthal* war es schließlich, der dieses Element als Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens konkretisierte.²⁸ Sowohl *Goldschmidt* als auch *Freudenthal* gingen dabei von der Vorstellung aus, das normative Schuld-element sei notwendige individuelle Voraussetzung jeder Bestrafung, auch im Fall von Vorsatz-taten.²⁹ Hiergegen richtete sich u.a. die Kritik von *Liepmann*, der den

¹⁸ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, 11.

¹⁹ S. dazu sogleich, 51 f.

²⁰ *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, Vor §§ 19–21 Rn. 2; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, StGB, 30. Aufl. 2023, Vorbemerkung zu §§ 13 ff. Rn. 23; *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 17 Rn. 526; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 404; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 635; als „zumindest ungenau“ kritisiert die Formulierung *Schönke/Schröder-Eisele*, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn. 114; kritisch auch *NK-Puppe*, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. Rn. 7.

²¹ *Frank*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, 11.

²² *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 102.

²³ So *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 103.

²⁴ *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, zitiert nach dem Sonderabdruck aus der „Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht“, Jahrgang 1913, 3. und 4. Heft, Wien 1913.

²⁵ *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, 34.

²⁶ *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, 34.

²⁷ *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, 34.

²⁸ *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, 7 f., 10.

²⁹ *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, 10; *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922, 7, 15 ff.

Ausnahmecharakter des strafrechtlichen Notstandsprinzips betonte und vor einer Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses warnte, das zu einer „Auslöschung und Verweichlichung der staatsbürgerlichen Pflichten“³⁰ führen könne. *Wegner* reagierte auf *Liepmanns* Kritik, indem er auf das „Können des Durchschnittsmenschen“³¹ abstellte und so den Weg für eine generalisierende Zumutbarkeitslehre bereitete.

Eine bedeutsame Entwicklung nahm der Schuld begriff schließlich mit der Entkopplung der Schuld von den Komponenten Vorsatz und Fahrlässigkeit, die in der Arbeit *Paul Merkels* ihren Anfang nahm. Er kritisierte insbesondere, dass selbst ein auf Verwirklichung eines Straftatbestands gerichteter Vorsatz noch nicht zwangsläufig das Unwerturteil der Schuld ausmache, sondern dies erst durch das Bewusstsein bzw. die Möglichkeit des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit oder Sittlichkeit der Folgen der Willensbetätigung geschehe. Vorsatz und Fahrlässigkeit seien daher keine Schuldarten;³² stattdessen sei „die Schuld ein Artmerkmal vorsätzlicher und fahrlässiger Taten“³³. Der Schuldvorwurf, den er als „Unwerturteil [...], das der seelischen Beschaffenheit beigelegt wird, durch die ein Mensch zu einem Tun bestimmt wird, dessen Folgen unrechtmäßig oder unsittlich sind“³⁴ beschrieb, könne nur für vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten vorgebracht werden.³⁵ Kern seines Schuld begriffs war das Merkmal des (möglichen) Unrechtsbewusstseins.³⁶

Ihren Platz in der Tatbestandsmäßigkeit erlangten Vorsatz und Fahrlässigkeit durch die finale Handlungslehre, die von *Welzel* begründet und kontinuierlich fortentwickelt wurde. Im nunmehr fast ausschließlich normativen Schuld begriff verblieben die Elemente der Zurechnungsfähigkeit, der Entschuldigungsgründe und des Unrechtsbewusstseins. Zusammengefasst begriff *Welzel* Schuld als „„Dafür-Können“ des Täters für seine rechtswidrige Willensbildung“³⁷.

Bis heute prägend ist die bereits erwähnte Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen aus dem Jahr 1952, in welcher dieser den Schuldvorwurf wie folgt beschrieb:

„Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte

³⁰ *Liepmann*, ZStW 1922, 706, 713; kritisch auch *Grossmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 11 ff.

³¹ *Wegner*, JR 1925, 578, 581 f.

³² So noch ausdrücklich, *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 10.

³³ *R. Merkel*, ZStW 1922, 229, 338.

³⁴ *R. Merkel*, ZStW 1922, 229, 340.

³⁵ *R. Merkel*, ZStW 1922, 229, 241.

³⁶ *R. Merkel*, ZStW 1922, 229, 338 ff.

³⁷ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, 138; s. auch *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, 128 f., zum „persönlichen Dafürkönnen“ im Sinne einer „sittlichen Verantwortlichkeit“.

entscheiden können. [...] Wer weiß, daß das, wozu er sich in Freiheit entschließt, Unrecht ist, handelt schuldhaft, wenn er es gleichwohl tut.“³⁸

Mit dem funktionalen Schuldbegriff wurde schließlich eine neue Begriffsrichtung eingeschlagen, deren Grundgedanke in der Verknüpfung des Schuldvorwurfs mit den Strafzwecklehren bestand, und zwar überwiegend mit der Lehre der positiven Generalprävention. Während *Roxin* den normativen Schuldbegriff grundsätzlich beibehält³⁹ und um zweckorientierte präventive Erwägungen (unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Verantwortlichkeit) ergänzte, ersetzte *Jakobs* den normativen Schuldbegriff vollständig durch eine generalpräventive Zwecksetzung. Schuld werde danach leitend von dem Zweck bestimmt, das „durch das deliktische Verhalten gestörte Ordnungsvertrauen“ zu stabilisieren.⁴⁰ Die hierdurch ausgelöste Ent-Individualisierung des Schuldbegriffs ist neben dem Vorwurf fehlender Maßstäbe für die Höhe der Sanktion auch heute noch der Hauptkritikpunkt des vollständig funktionalisierten Schuldbegriffs nach *Jakobs*.⁴¹ Gleichwohl hat die Idee der Zwecksetzung auch im Bereich der Schuld die Diskussion nachhaltig beeinflusst. Dass der Staat mit dem Instrument der Strafe überhaupt einen gesellschaftlichen Zweck verfolgen und sich dann auch für die Begründung und Bemessung der sanktionsbestimmenden Schuld an diesem messen lassen muss, ist im verfassungsrechtlichen Kontext rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriffe⁴² nicht von der Hand zu weisen; Strafe verfolgt keinen Selbstzweck.⁴³ Die erhebliche Grundrechtsrelevanz des Strafens dürfte es allerdings auch gebieten, den Begriff der Schuld grundsätzlich von der Person her zu denken, da jede Ent-Individualisierung auch die Gefahr einer Instrumentalisierung in sich trägt. *Roxin* entgeht dem Einwand der Instrumentalisierung, indem er die Präventionszwecke (präventive Sanktionsnotwendigkeit) lediglich in Ergänzung zu (bzw. verschränkend mit) einem empirisch-normativ⁴⁴ verstandenen Schuldbegriff zur Anwendung bringt: Schuld sei danach zwar notwendige, nicht

³⁸ BGHSt 2, 194, 200 f.

³⁹ Aus diesem Grund wird sein Ansatz z.T. nicht dem funktionalen Schuldbegriff zugeschrieben, s. etwa *Brüning*, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht, 225.

⁴⁰ *Jakobs*, Schuld und Prävention, 31; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 476 ff.; für eine präventive Ausrichtung des Schuldbegriffs auch *Krümpelmann*, GA 1983, 337, 343 ff.

⁴¹ *Brüning*, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht, 225; *NK-Paeffgen/Zabel*, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu §§ 32 ff. Rn. 218; *Roxin* spricht gar von einer der Generalprävention eigenen „Tendenz zum Terror“, s. *ders.*, JuS 1966, 377, 380; s. auch *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 35; *Schroth*, in: FS *Roxin* II, 705, 716; zur Wandlung der Zwecksetzung bei *Jakobs* s. aber auch *NK-Paeffgen/Zabel*, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu §§ 32 ff. Rn. 217.

⁴² *Eifert* etwa charakterisiert die umfassend verstandene allgemeine Handlungsfreiheit als „Recht auf Rechtfertigung“, s. *ders.*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 18 Rn. 70.

⁴³ Vgl. auch BVerfGE 39, 1, 46.

⁴⁴ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 46.

aber hinreichende Bedingung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.⁴⁵ Den normativen Kern des Schuldvorwurfs beschreibt er als „unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“⁴⁶. Grundlage dieses Vorwurfs sei aber ein erfahrungswissenschaftlicher Befund: Normative Ansprechbarkeit erfordere, dass der Täter „bei der Tat seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war“⁴⁷, was anzunehmen sei, wenn „die (sei es freie, sei es determinierte) psychische Steuerungsmöglichkeit, die dem gesunden Erwachsenen in den meisten Situationen gegeben ist, im konkreten Fall vorhanden war.“⁴⁸ Gleichwohl wird die von *Roxin* selbst stark hervorgehobene empirische Grundlage auch bezweifelt.⁴⁹

Inzwischen hat sich eine Vielzahl verschiedener Schuldverständnisse herausgebildet. In der Regel dient dabei als Anknüpfungspunkt weiterhin ein normativer Schuld begriff, dessen zentraler Bestandteil der Aspekt der Vorwerfbarkeit ist. Der Vorwurf in Gestalt des Anders-Handeln-Könnens hat sich trotz z.T. starker Kritik in unterschiedlicher Ausprägung bis heute gehalten. Unter der Bezeichnung „sozialer Schuld begriff“ wird der normative Vorwurf darauf gestützt, dass „der Täter in der konkreten Handlungssituation unrechtmäßig gehandelt hat, obwohl ihm von der Rechtsordnung die Fähigkeit zugeschrieben werden durfte, sich in der Tatsituation entsprechend den Anforderungen der jeweiligen Verhaltensnorm motivieren zu lassen“.⁵⁰ Der Vorwurf bedient sich dabei letztlich eines generalisierenden Vergleichsverfahrens des abweichenden Täterverhaltens mit dem mehrheitlich normkonformen Verhalten anderer Menschen in einer vergleichbaren Situation.⁵¹ Auch *Roxins* empirisch-normatives Konzept der normativen Ansprechbarkeit trifft weiterhin auf Zustimmung.⁵²

Aufbauend auf einem generalpräventiven Begriffsverständnis werden zunehmend auch die kommunikativen Elemente der Strafe selbst, und damit zusammenhängend auch der Schuld in den Blick genommen (sog. diskursiver Schuld begriff⁵³). Insbesondere der Zusammenhang zwischen Schuld vorwurf und Demokratie wird dadurch betont. *Kindhäuser* etwa stellt diesen Zusammenhang her, indem er Schuld als ein Defizit an kommunikativer Loyalität einordnet.⁵⁴

⁴⁵ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 3; zustimmend *Rudolphi*, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 69, 73.

⁴⁶ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 36; so auch in der Fortführung *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 36.

⁴⁷ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 36.

⁴⁸ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 36.

⁴⁹ *Hoyer*, in: FS Roxin II, 723, 728 f.

⁵⁰ MüKo-Radtke, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, Vorbemerkung zu § 38 Rn. 22.

⁵¹ MüKo-Radtke, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, Vorbemerkung zu § 38 Rn. 22; s. dazu auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 427 ff.

⁵² *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 20 Rn. 2; *R. Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. 2014, 131 f.; *ders.*, in: FS Roxin II, 737, 752 ff., allerdings mit dem Hinweis der Unvereinbarkeit mit § 20 StGB, a.a.O., 759; *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 718 ff.

⁵³ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 21 Rn. 14.

⁵⁴ *Kindhäuser*, ZStW 1995, 701, 725 ff.

Eine weitere Konsequenz dieses kommunikativen Begriffsverständnisses ist, dass Schuld nicht mehr verstanden wird als etwas, was man *haben* kann,⁵⁵ sondern dass stattdessen der Prozess der gesellschaftlichen *Zuschreibung* von Schuld in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt.⁵⁶ Schuld umfasst danach diejenigen Voraussetzungen, unter denen eine Person für rechtswidriges Verhalten strafrechtlich verantwortlich, ihr der Rechtsverstoß also zum Vorwurf gemacht werden kann.

Obgleich sich die aus der finalen Handlungslehre hervorgegangene grundsätzliche Dreiteilung von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld und damit auch die Trennung von Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre gehalten hat, wird diese strikte Trennung zumindest der Idee nach von manchen wieder gelockert. So hat der Vorsatz in Teilen erneut Eingang in die Kategorie der Schuld gefunden, indem ihm zuweilen eine Doppelfunktion als subjektives Unrechtselement und Gegenstand des Schuldvorwurfs zugestanden wird.⁵⁷

2. Die verschiedenen Dimensionen des Schuldbegriffs

Zurückgehend auf *Achenbach* wird der Schuldbegriff in der Regel nach drei Funktionen unterschieden: Die sog. Idee der Schuld,⁵⁸ die in dem Satz „Keine Strafe ohne Schuld“ zum Ausdruck kommt, beschreibt er als „überpositives Regulativ von materialer Struktur“⁵⁹ unabhängig von der konkreten Dogmatik des positiven Rechts. Abgeleitet aus übergeordneten Prinzipien, etwa rechtsphilosophischer oder soziologischer Art, sei Schuld als „Grundlage und Grenze“⁶⁰ staatlichen Strafens zu begreifen. Damit wird sie zum Ausgangspunkt für die Kernfragen der Legitimität staatlicher Strafgewalt. Von ihr strikt zu trennen seien die beiden rechtsanwendungsbezogenen Funktionen der Schuld: Die Strafbegründungsschuld beschreibt die Voraussetzungen, unter denen eine Person für ein rechtswidriges Verhalten individuell strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann; die davon zu unterscheidende Strafzumessungsschuld benennt die Umstände, die für die konkrete Bemessung der Strafhöhe heranzuziehen sind.⁶¹

⁵⁵ So noch *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 219, der von einer „dinghafte[n] Qualität“ der Schuld ausgeht: „Schuld ist dem Wortsinn nach etwas, das man ‚haben‘ kann.“

⁵⁶ *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 245 ff.

⁵⁷ *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, StGB, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 34; *Simmler*, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, 199; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 160; vgl. auch *SK-Stein*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, § 15 Rn. 20.

⁵⁸ S. dazu auch *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 706.

⁵⁹ *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 3.

⁶⁰ *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 3.

⁶¹ *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 4 f.; *ders.*, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 135, 136; *Schönke/Schröder-Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn. 107 ff.; *SK-Rogall*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 3.

Diese strikte Trennung der drei Funktionen wird aber zuweilen auch bezweifelt: So wird etwa die eigenständige Funktion der Schuldidee z.T. abgelehnt, da diese bereits in der Strafbegründungsschuld zum Ausdruck kommen müsse.⁶² Auch die strikte Trennung von Strafzumessungs- und Strafbegründungsschuld wird zuweilen in Zweifel gezogen.⁶³

Die Zuordnung verschiedener Diskussionsfelder zur jeweiligen Funktionsstufe erfolgt nicht ganz einheitlich und hängt insbesondere davon ab, welche Voraussetzungen an die individuelle Verantwortlichkeit gestellt werden. Besonders deutlich wird dies bei der Frage der Willens- und Entscheidungsfreiheit. Während *Achenbach* selbst diese Frage in der übergeordneten Idee der Schuld verortet sah,⁶⁴ ließe sie sich bei Beurteilung des Anders-Handeln-Könnens als eine Voraussetzung des individuellen Schuldvorwurfs auch auf der Ebene individueller Verantwortlichkeit und damit im Rahmen der Strafbegründungsschuld verorten.⁶⁵ Mittlerweile hat sich insbesondere die strafbegründende Funktion des Schuldbegriffs zunehmend materialisiert.⁶⁶

Damit ist eine weitere begriffliche Unterscheidung angesprochen, die mit den soeben genannten verschiedenen Funktionen eng verknüpft ist: die Differenzierung nach dem formellen und einem möglichen materiellen (bzw. „materialen“⁶⁷) Gehalt der Schuld. Dabei bezieht sich der formelle Gehalt auf die positiv-rechtlichen Voraussetzungen individueller Verantwortlichkeit in Form der Strafbegründungsschuld gestellt werden.⁶⁸ Der materielle Gehalt hingegen beschreibt die unausgesprochene⁶⁹ Grundlage der formellen Schuld, die in den Zurechnungsmodalitäten selbst nicht gesondert zum Ausdruck kommt, aber den inneren Grund des Vorwurfs beschreibt, der sich je nach Begründungszusammenhang unterscheiden kann: Das Anders-Handeln-Können, die normative Ansprechbarkeit, die Erforderlichkeit zur Stabilisierung des gestörten Ordnungsvertrauens.⁷⁰

⁶² MüKo-Radtke, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, Vorbemerkung zu § 38 Rn. 15; vgl. auch *Roxin*, in: FS Bockelmann, 279, 280.

⁶³ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 151 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 55 f.

⁶⁴ *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 3; so auch *Schönke/Schröder-Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn. 107.

⁶⁵ Vgl. MüKo-Radtke, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, Vorbemerkung zu § 38 Rn. 15; vgl. auch *Roxin*, in: FS Bockelmann, 279, 280; kritisch hierzu *Achenbach*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 135, 136.

⁶⁶ S. dazu bereits *Roxin*, in: FS Bockelmann, 279, 280; kritisch hierzu *Achenbach*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 135, 136.

⁶⁷ *Kindhäuser*, ZStW 1995, 701.

⁶⁸ *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 6 ff.; s. auch *Kindhäuser*, ZStW 1995, 701.

⁶⁹ *Kindhäuser*, ZStW 1995, 701, 702.

⁷⁰ S. zum Begriff der materiellen Schuld auch *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, § 19 Rn. 18 ff.

Der materielle Schuld begriff kann auf zwei verschiedene Arten verstanden werden: Zum einen auf eine rein deskriptive Art, die lediglich den Ist-Zustand des positiven Rechts einheitlich zu beschreiben und zu verknüpfen versucht. Seine Berechtigung hätte ein teleologisches Grundkonzept in dem Nutzen, den es für die Zwecke der Auslegung und Systematik aufweisen würde; Kritik an bestehenden Vorschriften oder rechtspolitische Forderungen ließen sich hieraus nicht ableiten.⁷¹ Zum anderen im Sinne eines legitimationsorientierten Begriffsverständnisses, das auch gleichzeitig die Voraussetzungen für einen legitimen Schuldvorwurf beschreibt und eine Beziehung zwischen Norm und Normadressat*innen herstellt.⁷² Ein solches Verständnis ließe sich von einer übergeordneten Schuld-idee kaum noch trennen.

3. Kritik am Schuld begriff

Ein konstanter Kritikpunkt gegen den Schuld begriff wird aus einer deterministischen Perspektive vorgebracht: Echte Willens- und Entscheidungsfreiheit sei nicht existent oder – so der agnostische Ansatz⁷³ – könne zumindest nicht bewiesen werden.⁷⁴ Individuelles Verhalten könne demnach nie als das Ergebnis einer freien Entscheidung angesehen werden, sodass auch ein hieran anknüpfender Schuldvorwurf verfehlt sei. Zunächst als philosophischer Streit geprägt,⁷⁵ erfahren diese Ansätze seit einiger Zeit Unterstützung von neueren Erkenntnissen der Hirnforschung.⁷⁶ Insbesondere diejenigen, die im Sinne des BGH ein „Anders-Handeln-Können“ zum Kern des Schuldvorwurfs zählen,⁷⁷ werden durch die neurowissenschaftlichen Zweifel an einem freien Willen und echten Entscheidungs-Alternativen zum konkreten Zeitpunkt der jeweiligen Handlung herausgefordert.⁷⁸ Der Umgang mit diesem Problem differiert: So wird zum Teil auf empirischer Ebene entgegnet, dass die Neurowissenschaft selbst noch nicht habe

⁷¹ Achenbach, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 135, 136.

⁷² Zur Terminologie s. Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 369; zu materiellen Schuldverständnissen s. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, 197 ff., Kindhäuser, ZStW 1995, 701, 711 ff.

⁷³ S. für einen Überblick Frister, in: FS Frisch, 533, 538 ff.

⁷⁴ SK-Rogall, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 6.

⁷⁵ Dazu Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl. 1965, 7 ff.; R. Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. 2014, 7 ff.; Schrader, Über Schuld und Durchschnittsmenschen, 27 ff.

⁷⁶ Roth, in: Gestrich/Wabel (Hrsg.), Freier oder unfreier Wille?, 37, 39 ff.; Singer, Ein neues Menschenbild?, 65; s. auch den Überblick bei Grothe, in: Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 35 ff.

⁷⁷ Nicht betroffen ist damit von vornherein Jakobs funktionaler Schuld begriff: „Mit der Normgeltung korrespondieren Zuständigkeit und Unzuständigkeit, nicht aber Freiheit und Kausalität“, s. Jakobs, in: Schleim/Spranger/Walter (Hrsg.), 243, 252 (Hervorh. i.O.).

⁷⁸ Schroth, in: FS Roxin II, 705, 708 ff.

beweisen können, dass Willensfreiheit *nicht* existiere.⁷⁹ Andere wiederum begeben sich auf eine normative⁸⁰ bzw. psychologische Ebene und stellen darauf ab, dass das Erleben als willensfrei den Schuldvorwurf rechtfertige,⁸¹ dass es von vornherein nur auf die normative Willensfreiheit ankomme, die unsere Rechtsordnung voraussetze,⁸² oder erklären „das individuelle Können [...] zu einer staatsnotwendigen Fiktion.“⁸³ Der Versuch des sozialen Schuldbegriffs, dem Einwand der fehlenden Beweisbarkeit des Anders-Handeln-Könnens mit einer vergleichenden Betrachtung des „Durchschnittsmenschen“ zu entgehen, ist allerdings zu Recht kritisiert worden: Zum einen lassen sich aus den Fähigkeiten Vieler keinerlei Rückschlüsse auf die Fähigkeiten Einzelner (zumal im konkreten Tatzeitpunkt⁸⁴) ziehen.⁸⁵ Zum anderen ist auch nicht zu erklären, wie der Nachweis des Anders-Handeln-Könnens im Hinblick auf den Durchschnittsmenschen gelingen soll.⁸⁶

Schließlich gibt es Stimmen, die auf den Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens ganz verzichten wollen. So bringt *Achenbach* vor, die Voraussetzung für das Verhängen einer Strafe ließe sich allein aus der präventiv geprägten Deutung der individuellen Zurechnungsmerkmale herleiten; auf die Beantwortung der (empirisch unzugänglichen) Frage des Anders-Handeln-Könnens käme es gar nicht an.⁸⁷ Diese inhaltliche Kritik verbindet er zudem mit einer sprachlichen. Zunächst forderte er nur für den Bereich der Strafzumessungs- und begründungsschuld, ganz auf den Begriff der Schuld zu verzichten.⁸⁸ In späteren Ausführungen plädiert er für einen umfassenden Verzicht auf den Begriff: Es sei schlicht nicht möglich, den ungenauen Begriff in einer Weise zu verwenden, die von den

⁷⁹ *Hillenkamp*, in: Gestrinch/Wabel (Hrsg.), *Freier oder unfreier Wille?*, 72, 83 ff.; *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 708 f.; vgl. auch *SK-Rogall*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 30.

⁸⁰ S. etwa zu den zwei verschiedenen Welten der Naturwissenschaft als „die Welt der Erscheinungen“ einerseits und der normativ strukturierten Gesellschaft als „die Welt der Person“ andererseits *Jakobs*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Hrsg.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 243 ff.

⁸¹ *Burckhardt*, in: *Kick/Schmitt* (Hrsg.), *Schuld*, 57, 70 f.; *ders.*, in: FS Lenckner 1998 S. 3 ff.; kritisch *Ellscheid/Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II*, Band 1, 266, 268; *Herzberg*, in: FS Merkel, 371, 373, 384 ff.; *Hillenkamp*, in: *Gestrinch/Wabel*, *Freier oder unfreier Wille?*, 72, 87 f.; *Hoyer*, in: FS Roxin II, 723, 730; *R. Merkel*, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 120 f.

⁸² *Kindhäuser*, in: FS Hassemer, 761, 762; kritisch zu diesem Ausweg aber *SK-Rogall*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 129, der ausführt, dass auch ein normativer Schuldbegriff auf die grundsätzliche Steuerbarkeit des eigenen Verhaltens angewiesen sei.

⁸³ *Kohlrausch*, in: FS Güterbock, 1910, 1, 26; kritisch *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 715.

⁸⁴ *SK-Rogall*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 14.

⁸⁵ *LK-Rönnau*, Band 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 320.

⁸⁶ *SK-Rogall*, StGB, Band 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 19 Rn. 14.

⁸⁷ *Achenbach*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 135, 140.

⁸⁸ *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechtssystematischen Schuldbegriffs*, 220 f.

Lesern oder Zuhörern losgelöst von ihren jeweiligen Vorverständnissen aufgegriffen werde.⁸⁹ Die fortgesetzte Begriffsverwendung sei „wesentliche Quelle für die hundertfachen Mißverständnisse, welche die Diskussion über dieses Thema so belasten.“⁹⁰

Im Ergebnis ähnlich fordert *Hörnle*, nicht nur auf den Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens, sondern auch auf den Begriff der Schuld insgesamt zu verzichten.⁹¹ Dabei geht sie davon aus, dass Strafurteile als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Rechtfertigung bedürfen; der Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens sei nur dann legitim, wenn die Annahme tatsächlich auch auf einer „zutreffenden Beschreibung der Situation zum Tatzeitpunkt“⁹² beruhe. Dies könne aber nicht gesichert festgestellt werden.⁹³ Sie tritt daher dafür ein, den Begriff der Schuld vollständig aus der Strafrechtsdogmatik zu streichen. Dies bedeute aber nicht, dass Kriminalstrafe an sich ihre Legitimität einbüße: Stattdessen sei der Vorwurf auf die objektiv und subjektiv zurechenbare Verwirklichung von Unrecht zu beziehen; Unrechts- statt Schuldvorwurf also.⁹⁴ Für die Berechtigung eines solchen Vorwurfs formuliert sie schließlich weitere Voraussetzungen. Zu ihrer Umsetzung schlägt sie entsprechende Änderungen der einschlägigen Strafnormen und der Prüfungsreihenfolge vor.⁹⁵

Es ist allerdings zu bemerken, dass auch *Hörnle* normative Ansprechbarkeit (bzw. normative Kompetenz⁹⁶) zur Bedingung für einen entsprechenden Unrechtsvorwurf erhebt. Auch wenn sie ausdrücklich betont, sich damit von dem „Denkfehler vieler Autoren“⁹⁷ abzugrenzen, dass damit der Vorwurf auch inhaltlich ausgefüllt werden könne, so scheint doch in dem Aufstellen einer solchen Bedingung der Rest eines materiellen Schuldverständnisses begründet zu sein.⁹⁸ Denn auch nach dem von ihr beschriebenen Unrechtsvorwurf wird dieser nicht allein durch die Verwirklichung von Unrecht ausgelöst; hinzutreten müssen mit der von ihr sog. normativen Kompetenz weitere Voraussetzungen. Vorgeworfen wird aber auch nach „klassischem“ Schuldverständnis nicht das schuldhafte Verhalten, sondern die Verwirklichung von Unrecht, ebenfalls unter bestimmten Voraussetzungen. *Roxin* fasst hierzu treffend zusammen: „Schon im Begriff des ‚Vorwurfs‘ steckt ein Schulselement“⁹⁹. Die Forderung, den Schuldvorwurf durch einen Unrechtsvorwurf zu ersetzen, scheint daher in erster Linie auf einer

⁸⁹ *Achenbach*, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 135, 137.

⁹⁰ *Achenbach*, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 135, 137.

⁹¹ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf.

⁹² *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, S. 13.

⁹³ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, S. 29.

⁹⁴ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49 ff.

⁹⁵ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 72 f.

⁹⁶ *Hörnle* Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 71.

⁹⁷ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 71.

⁹⁸ So auch *Roxin*, GA 2015, 489, 501.

⁹⁹ *Roxin*, GA 2015, 489, 501.

begrifflichen Ebene verankert zu sein.¹⁰⁰ Inhaltlich geht sie über die berechtigte Kritik an der inhaltlichen Ausgestaltung des Vorwurfs in Form des Anders-Handeln-Könnens und eine Neufassung des Vorwurfs nicht hinaus. Das Aufstellen einer Voraussetzung für einen Vorwurf dürfte schließlich auch seinen Inhalt prägen: Der unter die Voraussetzung bestimmter individueller Eigenschaften oder Fähigkeiten gestellte Vorwurf, Unrecht verwirklicht zu haben, kann auch inhaltlich so umformuliert werden, dass das Unrecht *trotz* dieser Fähigkeiten (hier: normative Kompetenz) begangen wurde. Die normative Kompetenz wird damit zwangsläufig Teil des inhaltlichen Vorwurfs, der damit letztlich nicht weit entfernt ist von *Roxins* Ausführungen zu normativer Ansprechbarkeit.¹⁰¹

Zu denken geben soll an dieser Stelle aber ein anderer Punkt: *Hörnle* stützt ihre Überlegungen auf die Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher Eingriffe, nimmt also eine grundsätzlich abwehrrechtliche und somit potenziell freiheitssichernde Perspektive ein. Naheliegender wäre daher die Vermutung, das Verwerfen des Schuldvorwurfs in Form des Anders-Handeln-Könnens mangels verfassungsrechtlicher Rechtfertigung würde sich für die betroffenen Personen positiv auswirken – *Hörnle* selbst kritisiert an *Roxins* Ansatz, dass sich die von ihm vorgenommene „Fiktion von Freiheit zur Zuschreibung strafrechtlicher Schuld [...] (mit sehr erheblichen Folgen) zu Lasten des Betroffenen“ auswirke.¹⁰² *Kindhäuser* formuliert noch deutlicher: „Die Zuschreibung von Schuldfähigkeit belastet den Täter; sie ist ja Voraussetzung seiner Bestrafung.“¹⁰³ Zu den von *Hörnle* geforderten Gesetzesreformen gehört aber auch die Streichung des § 21 StGB¹⁰⁴ und damit der Möglichkeit einer Strafmilderung jenseits der Defekte des § 20 StGB. Die zunächst freiheitssichernde Perspektive verkehrt sich damit zumindest in Teilen in ihr Gegenteil. Damit soll nicht der Eingriffscharakter des Schuldvorwurfs und damit seine grundsätzliche Rechtfertigungsbedürftigkeit bestritten werden; hierin ist *Hörnle* ausdrücklich zuzustimmen. Es wird aber deutlich, dass eine Abkehr vom Schuldgedanken – auch wenn sie aus einem freiheitssichernden Ansatz hergeleitet wird – stets mit dem Risiko einer Strafschärfung verbunden ist.¹⁰⁵

¹⁰⁰ *Roxin*, GA 2015, 489, 501.

¹⁰¹ S. dazu auch *Roxin*, GA 2015, 489, 500 ff.

¹⁰² *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 41 (Hervorh. i.O.).

¹⁰³ *Kindhäuser*, in: FS Hassemer, 761, 773.

¹⁰⁴ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 76 ff.; kritisch dazu *Grosse-Wilde*, Erfolgsgzurechnung in der Strafzumessung, 113 ff.

¹⁰⁵ S. auch *Frisch*, in: FS Kühl, 187, 205 f., der das Schuldstrafrecht als „die Freiheiten des Täters mehr schonendes Strafrecht“ beschreibt. Dabei scheint er allerdings davon auszugehen, dass sich der staatliche Eingriff im Falle eines Schuldstrafrechts nicht von solchen unterscheidet, die aus einem deterministischen Konzept resultierten; Schuld komme lediglich eine zusätzliche limitierende Funktion zu, a.a.O., 198. Das wiederum widerspricht der hier vertretenden Auffassung, dass im klassischen Schuldvorwurf des Anders-Handeln-Könnens ein eigenständiger Grundrechtseingriff und damit eine grundsätzlich rechtfertigungsbedürftige staatliche Maßnahme liegt.

4. Fazit

Trotz aller Unterschiede in den Einzelheiten des Begriffsverständnisses lässt sich festhalten, dass unter dem Begriff der Schuld die Voraussetzungen für die individuelle Vorwerfbarkeit von Unrecht zusammengefasst werden können.¹⁰⁶ Dabei wird die Vorstellung von Schuld als metaphysische Realität¹⁰⁷ zunehmend abgelöst von einem Verständnis, das Schuld als Ergebnis eines gesellschaftlichen Zuschreibungsprozesses begreift. In diesem Zusammenhang lassen sich sowohl positive Voraussetzungen (z.B. Schuldfähigkeit und potenzielles Unrechtsbewusstsein) als auch negative Voraussetzungen (das Fehlen von Entschuldigungsgründen) ausmachen.¹⁰⁸ Nicht zwingend erforderlich ist dafür ein materielles Begriffsverständnis dergestalt, dass sich die Voraussetzungen alle auf einen einheitlichen inneren Grund zurückführen lassen. Stattdessen lassen sich unter einem solchen Schuldverständnis verschiedene Aspekte der Fairness oder Zumutbarkeit unterbringen, die auch generalpräventive Aspekte in den Blick nehmen. Trotz der einleuchtenden Zweckgebundenheit von Strafe lässt sich der Anknüpfungspunkt allerdings nicht vollständig von der Person entkoppeln. Bei aller Plausibilität der kommunikativen Elemente geht es bei dem Begriff der Schuld, auch wenn man das Verhältnis von Person und Gesellschaft einbezieht, gerade um die Grenzen des gesellschaftlichen Zugriffs auf die Bewertung individuellen Verhaltens.¹⁰⁹

Ob man nun für diese Lesart auf den Begriff der Schuld verzichten muss, scheint hingegen nicht maßgeblich.¹¹⁰ Jedenfalls ist der Begriff der Schuld in diesem Fall nicht mehr als ein verkürztes Schlagwort für die Voraussetzungen der individuellen Vorwerfbarkeit von Unrecht.¹¹¹ Soweit der strafrechtliche Begriff der Schuld darüber hinaus in den Kontext der Legitimität von Strafe gestellt wird, ist zu bemerken, dass ein strafrechtsimmanentes Konzept von einer solchen Rolle in einem demokratischen Verfassungsstaat zwangsläufig überfordert sein muss.¹¹² Die Frage der Legitimität ist stattdessen verfassungsrechtlich zu beantworten. Leisten könnte die Beantwortung dieser Frage das verfassungsrechtliche Schuldprinzip¹¹³.

¹⁰⁶ Vgl. *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Band 1, 266, 275.

¹⁰⁷ *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, 178, dort auch bezeichnet als „geistig-seelische Wirklichkeit“.

¹⁰⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022 Rn. 624.

¹⁰⁹ S. auch *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 35.

¹¹⁰ Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 50.

¹¹¹ *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Band 1, 266, 275.

¹¹² S. auch *Achenbach*, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 9, der in einem solchen Verständnis eine Umgehung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung sieht.

¹¹³ Während im Strafrecht überwiegend die Rede vom Schuldprinzip ist, findet sich sowohl in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als auch im verfassungsrechtlichen

II. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in Rechtsprechung und Literatur

Verfassungsrechtliche Bedeutung erlangte das Schuldprinzip maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹¹⁴ Eine detaillierte und vor allem einheitliche Herleitung lässt sich den Entscheidungen jedoch nicht entnehmen. Trotz der unklaren Verankerung scheint das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in seinem formellen Gehalt überwiegend anerkannt zu sein;¹¹⁵ zum Teil ausdrücklich als verfassungsgewohnheitsrechtlicher Grundsatz,¹¹⁶ was die Frage nach seinen normativen Grundlagen insofern erübrigt. Das formelle Schuldprinzip erstreckt sich sowohl auf den der Strafbegründungsschuld entnommenen Aspekt individueller Verantwortlichkeit, welcher die Elemente der objektiven und subjektiven Zurechnung enthält,¹¹⁷ als auch auf die Strafzumessungsschuld. Beide werden zuweilen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gleichgesetzt.¹¹⁸ Zudem werden bestimmte Anforderungen an die Ermittlung des wahren Sachverhalts als Grundlage der Schuldfeststellung erfasst.¹¹⁹

Im Folgenden werden zunächst die Entwicklung des verfassungsrechtlichen Gehalts des Schuldprinzips durch das Bundesverfassungsgericht sowie der Umgang damit in der Literatur skizziert, bevor im darauffolgenden Abschnitt (III.) eine Lesart des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips als Mindestvoraussetzungen für die Rechtfertigung des mit dem sozioethischen Unwerturteil einhergehenden Grundrechtseingriffs entwickelt wird.

Schrifttum neben der Formulierung Schuldprinzip auch die Bezeichnung als Schuldgrundsatz. Das Bundesverfassungsgericht wechselt zum Teil sogar innerhalb einer Entscheidung, s. etwa BVerfGE 123, 267, 413; s. ferner die Zitate in Abschnitt D., Fn. 133. Im Folgenden wird, wenn es sich nicht um ein Zitat handelt, aus Gründen der Einheitlichkeit und aufgrund der strafrechtlichen Prägung der Begriff des Schuldprinzips verwendet.

¹¹⁴ Wolff, AöR 1999, 55, 56.

¹¹⁵ Grundlegend Appel, Verfassung und Strafe, 518 ff.; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 31 ff.; s. ferner sogleich in Abschnitt C. II. 2.

¹¹⁶ Wolff, AöR 1999, 55, 84.

¹¹⁷ Zur Voraussetzung vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens auch nach strafrechtsdogmatischer Entkopplung dieser Elemente vom Begriff der Schuld s. LK-Vogell/Bülte, Band 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 15 ff. Rn. 46; s. auch Ellscheid/Hassemer, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Band 1, 266, 274.

¹¹⁸ BVerfGE 34, 261, 266; 50, 125, 133; 73, 206, 253; 86, 288, 313; 92, 277, 327; 95, 96, 140; zur Uneinheitlichkeit in den bundesverfassungsgerichtlichen Ausführungen s. aber auch Wolff, AöR 1999, 55, 68; für eine Modifizierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Strafzumessungsschuld im Wege der Einschränkung des legitimen Zwecks s. Appel, Verfassung und Strafe, 524 ff.; für eine vollständige Ersetzung des Schuldprinzips durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ellscheid/Hassemer, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Band 1, 266, 281 ff.; Jakobs, Schuld und Prävention, 7 ff.

¹¹⁹ S. dazu sogleich in D. II. 1. b), insbesondere die Nachweise in Fn. 149.

1. Das Schuldprinzip in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

a) Normative Grundlagen

Die Kategorie der Schuld tauchte als verfassungsrechtlich relevante Kategorie zum ersten Mal in Form des Verschuldens bei einem deutschen Verfassungsgericht 1950 in einer Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs auf. Darin führte das Gericht aus, das Rechtsstaatsprinzip verlange,

„daß ein Strafübel grundsätzlich nur bei strafrechtlichem Verschulden des Täters verhängt werden darf, daß das Strafübel in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen muß und daß dort, wo die Tat Grade des Verschuldens und der Schwere aufweisen kann, dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit gelassen werden muß, die Strafe dem anzupassen.“ Zwar werde „[i]n aller Regel [...] die Einhaltung und Bemessung dieser Grundsätze Sache des Gesetzgebers sein. Wo er jedoch klar und offenkundig gegen sie verstößt, verstößt er zugleich gegen die Verfassung.“¹²⁰

Hierauf bezog sich der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1957 in einer Entscheidung, mit der es eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung auf Grundlage des § 175 StGB a.F. zurückwies, und formulierte fast wortgleich:

„Aus den allgemeinen Prinzipien des GG, insbes. dem Rechtsstaatsprinzip, folgt für das Strafrecht, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß. [...] [S]ie darf nach Art und Maß der Strafe gestellten Handlung nicht schlechthin unangemessen oder gar grausam sein [...]. Ein hiergegen verstoßendes Strafgesetz könnte nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein.“¹²¹

Während diese Strafzumessungsaspekte ohne Umschweife als rechtsstaatlich relevante Abwägungselemente anerkannt wurden, nahm der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts für andere Bestandteile der Schuld zunächst recht unspezifisch die besondere Bedeutung der Schuld im deutschen Strafrecht zur Kenntnis, indem es diese als sachlichen Differenzierungsgrund im Rahmen einer Gleichheitsprüfung (Art. 3 I GG) akzeptierte,¹²² oder – etwas deutlicher – unter Bezugnahme auf den Großen Senat für Strafsachen¹²³ ausführte:

¹²⁰ BayVerfGH, VerwRSpr 1951, 145, 150.

¹²¹ BVerfGE 6, 389, 439.

¹²² BVerfGE 5, 22, 25.

¹²³ Dieser hatte sich im Jahr 1952 mit der Frage zu befassen, ob zur schuldhaften Begehung einer Nötigung nach § 240 StGB auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehöre und ob behandelndfalls ein schuldhaftes Handeln auch dann angenommen werden könne, wenn das Fehlen des Bewusstseins auf Fahrlässigkeit beruhe. Der im Schrifttum bereits viel diskutierte Verbotsirrtum, der der vorgelegten Konstellation zu Grunde lag, war zum damaligen Zeitpunkt gesetzlich nicht geregelt. Erst im Zuge der Großen Strafrechtsreform wurde mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 10.7.1969 (BGBl. I, 717) zum 1.1.1975 der bis heute unveränderte § 17 StGB eingefügt. Zur ausführlichen Auseinandersetzung des Großen Strafsenats mit der Position des Reichsgerichts sowie zahlreichen Auffas-

„Es ist im modernen Strafrecht selbstverständlich, daß eine Bestrafung Schuld voraussetzt (BGHSt. 2, 194 [200] = NJW 52, 593) und daß dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen.“¹²⁴

In dieser Entscheidung wurde immerhin der Zweifelsatz in dubio pro reo „rechtsstaatlichem Denken“¹²⁵ zugesprochen; der konkrete Zusammenhang zwischen (strafrechtlicher) Schuld (konkreter: der Unzulässigkeit von Schuldvermutungen) und Rechtsstaatsprinzip blieb allerdings offen.¹²⁶ Den strafrechtlichen Schuldvorwurf formulierte das Gericht nur mittelbar, indem es den Vorwurf der Begehung einer Ordnungswidrigkeit davon abgrenzte. Bei der Ordnungswidrigkeit werde dem „Täter – der Idee nach – nicht Auflehnung gegen die staatliche Rechtsordnung in einem grundsätzlichen, mit fehlerhafter Persönlichkeitshaltung zusammenhängenden Sinne zur Last gelegt“; der Geldbuße fehle „der Ernst der staatlichen Strafe.“¹²⁷ Diese Formulierung, die eher in Richtung einer Vorstellung von Charakterschuld geht, wurde allerdings soweit ersichtlich nicht wiederholt.

Zu einer ausführlicheren Herleitung kam es schließlich im Jahr 1966 in einem Verfahren über eine Verfassungsbeschwerde gegen ein verhängtes Ordnungsgeld nach § 890 ZPO. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts gab der Verfassungsbeschwerde statt und stellte ausdrücklich fest, dass dem Grundsatz, dass Strafe Schuld voraussetze, Verfassungsrang zukomme und er im Rechtsstaatsprinzip begründet sei:

„Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit [...]. Die Idee der Gerechtigkeit fordert, daß der Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen. Die Strafe, auch die bloße Ordnungsstrafe, ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, daß sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe, auch mit der Ordnungsstrafe, wird dem Täter ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf setzt aber Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus. Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.“¹²⁸

sungen aus der Literatur s. BGHSt 2, 194, 199 ff. Zur Bezugnahme des Bundesverfassungsgerichts auf den Großen Strafsenat s. ferner *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 224 ff.; *ders.*, AöR 1999, 55, 79 ff.

¹²⁴ BVerfGE 9, 167, 169.

¹²⁵ BVerfGE 9, 167, 170.

¹²⁶ Das Gericht erklärte, dass es hierauf nicht ankomme, da es sich bei der zu prüfenden Vorschrift nicht um einen Straftatbestand, sondern um eine Ordnungswidrigkeit handele, s. BVerfGE 9, 167, 169 f.

¹²⁷ BVerfGE 9, 167, 171.

¹²⁸ BVerfGE 20, 323, 331.

Auch die Selbstverständlichkeit der Schuld als Voraussetzung von Strafe wurde noch einmal betont:

„Strafe setzt aber Schuld voraus. Dieser Grundsatz ist im modernen Strafrecht so selbstverständlich, daß der BGH in seinem Plenarbeschluß zur Frage des Verbotssirrtums von ihm als von einem ‚unantastbaren Grundsatz allen Strafens‘ spricht“¹²⁹.

Angesichts dieser expliziten (und erstmaligen) Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip erstaunt eine Entscheidung des Zweiten Senats keine drei Jahre später. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit der Zulässigkeit des rückwirkenden Ruhens der Verjährung bestimmter Taten für den Zeitraum vom 8. Mai 1945 bis zum 31. Dezember 1949 zu befassen. In seinem Beschluss vom 26. Februar 1969 sprach das Gericht zwar unter Bezugnahme auf die vorangegangene Entscheidung auch von einem „rechtsstaatlichen Grundsatz“. Allerdings nahm es anschließend eine weitergehende verfassungsrechtliche Rückanbindung vor:

„Dieser Grundsatz wurzelt in der vom GG vorausgesetzten und in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verfassungskräftig geschützten Würde und der Eigenverantwortlichkeit des Menschen“.¹³⁰

Eine nähere Begründung hierzu erfolgte nicht. Auch wird nicht deutlich, in welchem Verhältnis die verschiedenen Grundsätze zueinanderstehen.¹³¹

In der Folgezeit führte das Gericht das Schuldprinzip immer wieder in wechselnden Kombinationen und ohne erkennbare Leitlinie¹³² auf die drei Anknüpfungspunkte „Würde“, „Eigenverantwortlichkeit“ und „Rechtsstaatlichkeit“ zurück,¹³³ ohne jedoch das Verhältnis der Grundsätze untereinander oder zum Schuldprinzip insgesamt und seinen Anforderungen zu erläutern.

¹²⁹ BVerfGE 20, 323, 332 f.

¹³⁰ BVerfGE 25, 269, 285.

¹³¹ S. auch die Kritik von Hörnle, in: FS Tiedemann, 325, 327.

¹³² Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 387; s. aber auch Wolff, AöR 1999, 55, 77, nach dessen Einschätzung die „rotierende Heranziehung der Grundlagen [...]“ immerhin nicht „ganz ohne Struktur“ sei. So sei etwa Art. 1 I GG als Grundlage nur herangezogen worden, wenn es sich um eine Kriminalstrafe gehandelt habe.

¹³³ BVerfG NJW 1981, 1791, 1722: „Aus der Aufgabe des Strafprozesses [...] ergibt sich ferner, daß dem Strafprozeß von Verfassungen wegen die Aufgabe gestellt ist, das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, daß keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf [...] zu sichern“; BVerfG NJW 1990, 37, 38: „Nach dem den Bereich staatlichen Strafens wesentlich bestimmenden Schuldgrundsatz setzt jede Strafe Schuld voraus. Dieser Grundsatz hat Verfassungsrang; er ist an der Idee der Gerechtigkeit orientiert und findet seine Grundlage im Rechtsstaatsprinzip und in Art. 1 I GG“; BVerfGE 45, 187, 259 f.: „Nach dem Schuldgrundsatz, der aus Art. 1 I und Art. 2 I GG (Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, müssen Tatbestand und Rechtsfolge – gemessen an der Idee der Gerechtigkeit – sachgerecht aufeinander abgestimmt sein“; BVerfGE 90, 145, 173: „Im Bereich des staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip, das seine Grundlage in Art. 1 I GG findet [...] und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten abzuleiten ist, daß die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen“; BVerfGE 95, 96, 130 f.: „Für den Be-

Nachdem sich die gemeinsame Nennung aller drei Grundlagen zu Beginn des 21. Jahrhunderts weitgehend durchgesetzt zu haben schien,¹³⁴ stellt ausgerechnet die erste ausführlichere Herleitung seit dem Beschluss 1966 wieder eine Abweichung hierzu dar: Im sog. Lissabon-Urteil stellte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2009 Art. 1 I GG in den Mittelpunkt der Herleitung. Dazu führte es aus:

„Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrund. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten [...]. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne [...]. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG [...]. Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist.“¹³⁵

In jüngerer Zeit fallen außerdem Entscheidungen auf, in denen überhaupt keine Rückanbindung mehr an konkrete Verfassungssätze erfolgt. Stattdessen dient das Schuldprinzip darin selbst vermehrt als Anknüpfungspunkt für weitere Grundsätze, insbesondere in Bezug auf eine materielle Wahrheitserforschungspflicht.¹³⁶ Aus der Reihe fällt schließlich ein Beschluss aus dem Jahr 2019, in dem die zweite Kammer des Ersten Senats ganz ohne Verweis auf frühere Entscheidungen die Anforderungen des Schuldprinzips als in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt bezeichnet, als normative Grundlage jedoch lediglich „Art. 1 I GG i.V.m. 20 III GG“ nennt¹³⁷ – nur vier Tage, nachdem die zweite Kammer des Zweiten Senats erneut auf die „Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 I GG und Art. 2 I GG) und [das] Rechtsstaatsprinzip“¹³⁸ abgestellt hatte.

reich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen in dem Grundsatz aufgenommen, daß keine Strafe ohne Schuld verwirkt wird. Dieser Grundsatz wurzelt zugleich in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verfassungskräftig geschützten Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten hat“.

¹³⁴ BVerfG NVwZ 2003, 1504, 1504; BVerfGE 109, 133, 171; 110, 1, 13; BVerfGE 117, 71 90; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 21.9.2020 – 2 BvR 660/20, BeckRS 2020, 25709.

¹³⁵ BVerfGE 123, 267, 413.

¹³⁶ So insbesondere zur materiellen Wahrheitserforschungspflicht BVerfGE 133, 168, 199; BVerfG NStZ 2014, 528, 529; BVerfG NJW 2020, 2461; BVerfG NJW 2021, 2269, 2271.

¹³⁷ Dies ausgerechnet in folgendem Satz: „Die Anforderungen des strafrechtlichen Analogieverbotes (Art. 103 II GG) und des Schuldprinzips (Art. 1 iVm Art. 20 III GG) sind in der Rechtsprechung des BVerfG [...] geklärt“ (BVerfG, NVwZ 2019, 1509). In BVerfG NJW 2019, 2837 Rn. 35 knüpft das Gericht hingegen wieder an die Trias Würde, Eigenverantwortlichkeit und Rechtsstaatlichkeit an.

¹³⁸ BVerfG NJW 2019, 2837 Rn. 35.

Die Herleitung des Schuldprinzips durch das Bundesverfassungsgericht ist damit wieder nahezu bei derselben pauschalen Selbstverständlichkeit angelangt, die bereits zu Beginn seiner Auseinandersetzung mit ihm stand. Soweit noch eine normative Anbindung erfolgt, lässt sich eine einheitliche Linie nicht erkennen, was wohl nicht zuletzt auf die unterschiedliche Handhabung durch die beiden Senate (bzw. die Kammern der Senate) zurückgeführt werden kann. Dabei erscheint es gar nicht abwegig, dass in verschiedenen Fallkonstellationen auch unterschiedliche normative Grundlagen im Fokus stehen; dass etwa die Frage der Zulässigkeit einer lebenslangen Freiheitsstrafe insbesondere unter dem Aspekt der Menschenwürde¹³⁹ betrachtet wird, ist nicht verwunderlich. Auch die starke Anbindung an Art. 1 I GG im Lissabon-Urteil lässt sich möglicherweise mit dem Bedürfnis erklären, die Materie des Strafrechts der supranationalen Kompetenz vorzuenthalten. Die Inkonsistenz ergibt sich aber insbesondere aus späteren, fast schon beliebig erscheinenden Inbezugnahmen bestimmter Entscheidungen (und gleichzeitig dem Nichtzitieren Anderer) für Konstellationen, in denen dieser Fokus gerade nicht zwingend oder gar besonders naheliegend ist.

b) Die Funktionen und Anwendungsfälle des Schuldprinzips nach dem Bundesverfassungsgericht

Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lassen sich verschiedene Funktionen und Anwendungsfälle des Schuldprinzips entnehmen.¹⁴⁰

Am deutlichsten auszumachen ist die strafzumessungsbegrenzende Funktion der Schuld, die sich dem Gericht zufolge mit dem Übermaßverbot deckt. Die Strafe muss danach im Einzelfall in einem gerechten Verhältnis zur Schuld und zur Rechtsgutsverletzung stehen.¹⁴¹

Für die Strafnorm bedeutet dies, dass der Strafrahmen genug Handlungsspielraum für das Gericht bereithalten muss; dies genüge dann aber auch im Regelfall.¹⁴² Normativ stehen in dieser Konstellation das Rechtsstaatsprinzip und der daraus abgeleitete Grundsatz materieller Gerechtigkeit (auch: „Idee der Gerechtigkeit“) im Fokus.¹⁴³ Sanktionsgrenzen werden ferner durch die Menschenwürde gesetzt, die insbesondere grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verbietet; Täter*innen dürfen nicht unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruch zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht werden.¹⁴⁴

¹³⁹ So etwa BVerfGE 45, 187, 245; BVerfG NJW 2007, 1933, 1934 f.

¹⁴⁰ S. auch *Wolff*, AöR 1999, 55 ff., der einen ersten wichtigen Beitrag zur Systematisierung der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen geleistet hat.

¹⁴¹ BVerfGE 6, 389, 439; 20, 323, 331; 45, 187, 228, 259 f.; 86, 288, 313; 95, 96, 140; 109, 133, 171; 110, 1, 13 f.; 120, 224, 254; 130, 1, 26; 133, 168, 197 f.; 140, 317, 344.

¹⁴² BVerfGE 6, 389, 439; 73, 206, 254; vgl. auch BVerfGE 50, 205, 214 f.

¹⁴³ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 50, 205, 215; 133, 168, 198.

¹⁴⁴ BVerfGE 45, 187, 228; 109, 133, 150.

Etwas weniger eindeutig wird die Situation für die Ebene, die die Legitimation von Strafe sowohl im Einzelfall als auch im Ganzen betrifft. Manche Aussagen betreffen die in der strafrechtlichen Diskussion im Vordergrund stehende Strafbegründungsschuld und die Voraussetzung individueller Vorwerfbarkeit¹⁴⁵ – darunter die Anforderungen an das (potenzielle) Unrechrechtsbewusstsein als Teil der Schuld¹⁴⁶ –, andere das Institut der Strafe selbst. Hier finden sich Aussagen zum Rückwirkungsverbot, das in der Menschenwürde sowie dem Schuldprinzip verankert sei,¹⁴⁷ sowie zur (Un-)Zulässigkeit von Schuldvermutungen.¹⁴⁸ Schließlich dient das Schuldprinzip dem Gericht als Ausgangspunkt für prozessuale Anforderungen an die Ermittlung des wahren Sachverhalts (materielle Wahrheitserforschungspflicht).¹⁴⁹

Unklar bleibt allerdings, in welchem Verhältnis diese verschiedenen Anwendungsfälle zueinanderstehen. Das Schuldprinzip erscheint nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seiner Gesamtheit eher als Sammelbegriff für generelle Gerechtigkeitserwägungen im Zusammenhang mit Strafnormen und -verfahren, denn als einheitlicher verfassungsrechtlicher Grundsatz mit einheitlicher normativer Grundlage.

Zunächst verwunderlich mag auch erscheinen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht in allen Fällen, in denen es das Schuldprinzip grundsätzlich für anwendbar hält, auch dieselben Anforderungen daraus herleitet. So hat es im Zusammenhang mit einer nach § 890 ZPO verhängten Ordnungsstrafe die Zulässigkeit eines Beweises des ersten Anscheins bestätigt.¹⁵⁰ Diese Abstufung innerhalb des Schuldprinzips stieß z. T. auf Kritik: Werde eine Maßnahme als strafähnlich eingestuft, müsse auch das Schuldprinzip in vollem Umfang gelten.¹⁵¹ Versteht man aber das Schuldprinzip gar nicht als einen einheitlichen Grundsatz mit einheitlicher Herleitung für mehrere Unterfälle, sondern als Oberbegriff für verschiedene Gerechtigkeitserwägungen und Rechtfertigungsanforderungen an Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit Strafe im weiteren Sinne, dann lassen sich durchaus unterschiedliche Stufen je nach Regelungsmaterie begründen. Aus dem Charakter eines Vorwurfs für vergangenes Verhalten würde sich dann die grundsätzliche Anforderung an objektiv und subjektiv zurechenbares Verhalten ergeben, um überhaupt eine Person individuell verantwortlich machen zu können;¹⁵² gleiches gilt für die Notwendigkeit, unter bestimmten Voraussetzun-

¹⁴⁵ Grundlegend BVerfGE 20, 323, 331 ff.; BVerfGE 95, 96, 140; 133, 168, 198.

¹⁴⁶ BVerfGE 95, 96, 140 ff., insbes. 142.

¹⁴⁷ BVerfGE 95, 96, 140.

¹⁴⁸ BVerfGE 133, 168, 199.

¹⁴⁹ BVerfGE 122, 248, 270; 130, 1, 26; 133, 168, 199; BVerfG NStZ 2014, 528, 529; BVerfG NJW 2020, 2461; BVerfG NJW 2021, 2269, 2271.

¹⁵⁰ BVerfGE 84, 82, 87 f.

¹⁵¹ *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 115. Den Vorwurf mangelnder Stimmigkeit äußert in diesem Zusammenhang auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 114 f.

¹⁵² S. dazu insbesondere BVerfGE 20, 323, 140.

gen von einer Bestrafung abzusehen, etwa weil ein Zustand bestand, in dem das Einhalten der Verhaltensvorschrift grundsätzlich nicht verlangt (Schuldunfähigkeit) oder im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände (Entschuldigung; unvermeidbar fehlendes Unrechtsbewusstsein) nicht zugemutet werden konnte. Die Anforderungen an die staatliche Beweisführung und die Ermittlung des wahren Sachverhalts ließen sich aber je nach Art des konkreten Vorwurfs durchaus differenzieren. Wollte der Staat ein sozialetisches Unwerturteil über eine Person aussprechen, so ließen sich aufgrund des erheblichen Grundrechtseingriffs eine vollständige Beweislast des Staates sowie ein besonders hoher Anspruch an die Ermittlung des wahren Sachverhalts begründen; für einen Vorwurf, der sich ohne diesen expliziten Tadel auf die Nichteinhaltung bestimmter Ordnungsregeln beschränkte und sich damit letztlich in dem Vorwurf mangelnder Normbefolgung erschöpfte, wären in dieser Hinsicht durchaus Abstriche denkbar.

c) Zusammenhang zwischen Schuldprinzip und sozialetischem Unwerturteil

Zum sozialetischen Unwerturteil führte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss aus dem Jahr 1969 aus:

„Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes, sozial-ethisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise. Der konkrete Inhalt dieses Unwerturteils ergibt sich aus Straftatbestand und Strafandrohung. Beide zusammen machen die Strafbarkeit im Sinne des Art. 103 II GG aus.“¹⁵³

Über den Aspekt der Bewertung eines Verhaltens als strafwürdiges Unrecht lässt sich auch ein Zusammenhang zwischen Strafzumessungsschuld und Unrechtsgehalt des mit Strafe bedrohten Verhaltens herstellen. Im Urteil vom 11. November 1986 heißt es:

„Zur Vermeidung unverhältnismäßiger Sanktionen wird es in der Regel genügen, daß der Gesetzgeber dem Richter die Verhängung schuldangemessener Strafen innerhalb eines entsprechenden Strafrahmens bei der Strafzumessung ermöglicht. Davon kann namentlich dort ausgegangen werden, wo der Deliktstatbestand präzise unzweifelhaft strafwürdiges Unrecht umschreibt und die Strafe nur noch vom Maß der individuellen Schuld im Einzelfall abhängt. Die Möglichkeit zur Verhängung milder Strafen würde aber dann nicht ohne weiteres genügen, wenn die weite Fassung eines Straftatbestandes zur Folge hätte, daß auch solche Verhaltensweisen pönalisiert werden, für welche die angedrohte Sanktion nach Art und Maß unverhältnismäßig wäre.“¹⁵⁴

Bereits das unter Strafe gestellte Verhalten muss somit nach Auffassung des Gerichts Mindestanforderungen an einen Unrechtstatbestand aufweisen. Der Grundsatz schuldangemessenen Strafens betrifft damit nicht nur die Strafzu-

¹⁵³ BVerfGE 25, 269, 286; s. auch BVerfGE 133, 168, 198: „Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein sozialetisches Fehlverhalten vorgeworfen“.

¹⁵⁴ BVerfGE 73, 206, 254.

messungsschuld, sondern bereits im Kern die Rechtfertigung der Strafnorm selbst. Dieselben Erwägungen, die im Rahmen der Bemessung der Strafzumessungsschuld mit der konkreten Strafe abgewogen werden müssen (Schwere der Tat und individuelles Verschulden), müssen daher bereits in der mit Strafe bedrohten Verhaltensnorm angelegt sein.

Dabei erkennt das Bundesverfassungsgericht auch einen graduellen Unterschied zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat an,¹⁵⁵ auch wenn es der Gesetzgebung bei der Grenzziehung einen erheblichen Spielraum zugesteht.¹⁵⁶

Schließlich differenziert das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip zwischen strafwürdigem Verhalten und bloßem Ungehorsam.¹⁵⁷ Strafwürdiges Unrecht liegt danach gerade nicht in jeder Überschreitung einer beliebigen Verbotsnorm. Der Gesetzgebung steht es daher nicht frei, jede denkbare Verhaltensnorm mit Strafe zu sichern.¹⁵⁸

2. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip in der Literatur

Die – zu dieser Thematik recht überschaubare – verfassungsrechtliche Kommentarliteratur verweist zur Beschreibung des Schuldprinzips überwiegend auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts:¹⁵⁹ Üblich sind die Hinweise darauf, dass Strafe Verantwortlichkeit voraussetze¹⁶⁰ und in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen müsse.¹⁶¹ Auch die Anforderungen an die Beweisführung (in Form des in dubio pro reo-Grundsatzes sowie der Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit), finden Erwähnung.¹⁶² Wenig erstaunlich ist angesichts der Bezugnahmen auf die bun-

¹⁵⁵ BVerfGE 9, 167, 171; 27, 18, 30; 96, 10, 27.

¹⁵⁶ Das Gericht könne nicht überprüfen, ob die gefundene Entscheidung die „zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung“ sei; es habe lediglich „darüber zu wachen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers materiell in Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung steht und auch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht“, BVerfGE 27, 18, 30. Gerade um die Begründung eines solchen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes soll es aber in D. III. gehen.

¹⁵⁷ BVerfGE 80, 244, 255 f.

¹⁵⁸ Wolff, AöR 1999, 55, 73 ff.

¹⁵⁹ So auch schon die Feststellung von Wolff, AöR 1999, 55, 56 f.; s. ferner Brodowski, Die Evolution des Strafrechts, 132.

¹⁶⁰ Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 13 Rn. 110.

¹⁶¹ Sachs-Degenhardt, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 55; Dreier-ders., GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 141; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 20 Rn. 148a; von Münch/Kunig-Kunig/Kotzur, GG, Band 1, Art. 1 Rn. 53, ohne allerdings das Wort Schuldprinzip zu verwenden; vgl. auch Enders, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, § 89 Rn. 81.

¹⁶² Sachs-Degenhardt, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 55; Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 13 Rn. 110; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, 17. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 148a.

desverfassungsgerichtlichen Ausführungen, dass auch der Ort der Ausführungen zwischen Art. 1 GG¹⁶³, Art. 20 GG¹⁶⁴, Art. 103 II GG¹⁶⁵ und allgemeinen Ausführungen zum Persönlichkeitsschutz¹⁶⁶ wechselt.

In Bezug auf den Gehalt des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips finden sich in der Literatur einige Systematisierungen der den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnommenen Anwendungsfälle.¹⁶⁷ Ausführlichere Überlegungen betreffen das Verhältnis zwischen Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dabei finden sich durchaus unterschiedliche Ansätze: von einer vollständigen Ersetzung des Schuldprinzips durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, bis hin zu einem Gleichlauf zumindest in Bezug auf die Strafzumessungsschuld, z.T. unter Einschränkung des legitimen Zwecks. *Lagodny* sieht im formellen verfassungsrechtlichen Schuldprinzip eine eigenständige, aus Prinzipienrelation geronnene Regel, nach welcher die Voraussetzung des Anders-Handeln-Könnens als Ergebnis einer verfassungsrechtlichen Abwägung stets bereits feststehe. Er fordert daher die Positivierung dieser Voraussetzung als eigenständiges Justizgrundrecht, vergleichbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz.¹⁶⁸

Überwiegend beschränken sich die Arbeiten allerdings auf die formelle Dimension des Schuldprinzips. Explizit ablehnend in Bezug auf einen möglichen materiellen Gehalt des Schuldprinzips äußert sich etwa *Stächelin*,¹⁶⁹ wobei leider nicht deutlich wird, ob er auch dessen verfassungsrechtliche Dimension mitdenkt. Dabei geht er zunächst davon aus, dass die Einschränkung der Strafgesetzgebung durch von verfassungsrechtlichen Erwägungen unabhängige Begründungen abzulehnen sei. Insofern ist ihm zuzustimmen. Vorpositive Erwägungen der Strafwürdigkeit nun über die Ebene der Schuld doch zu berücksichtigen, lehnt er aus zwei Gründen ab: Zum einen würde es die zuvor gefundenen Ergebnisse umstürzen, zum anderen sei es nicht erforderlich, da andere Wege zur Begrenzung der Gesetzgebung zur Verfügung stünden.¹⁷⁰ Beide Gründe scheinen aber nicht geeignet, gegen einen materiellen Gehalt des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips vorgebracht zu werden. Der erste Grund übersieht, dass die Ablehnung vorpositiver verbindlicher Vorgaben an die Gesetzgebung gerade nicht bedeutet, dass die Ergebnisse derartiger Begründungsversuche in jedem Fall abzulehnen sind, sondern lediglich ihr vorpositiver Begründungsweg. Entscheidend ist, dass die Herleitung sich auf verfassungsrechtliche Erwägungen stützen lässt.

¹⁶³ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 141; von Münch/Kunig-Kunig/Kotzur, GG, Band 1, Art. 1 Rn. 53.

¹⁶⁴ Jarass/Pieroth-Jarass, GG, 17. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 148a.

¹⁶⁵ Sachs-Degenhardt, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 55.

¹⁶⁶ Wobei *Enders*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 89 Rn. 81 an dieser Stelle lediglich auf die Verankerung im Rechtsstaatsprinzip verweist.

¹⁶⁷ *Appel*, Verfassung und Strafe, 109 ff.; *Wolff*, AÖR 1999, 55, 60 ff.

¹⁶⁸ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 397 ff.

¹⁶⁹ So etwa *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 243, 247 f.

¹⁷⁰ *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 243.

Wenn sich mittels verfassungsrechtlicher Begründung bestimmte Ergebnisse erzielen lassen, spricht nicht gegen den Befund, dass Ähnliches auch von Ansätzen gefordert wird, die in ihrer Begründung nicht überzeugen. Der zweite Grund, dass es verfassungsrechtliche Alternativen zur Herleitung von Beschränkungen gebe und die Annahme eines materiellen Gehalts daher unnötig sei, spricht weder für noch gegen einen materiellen Gehalt des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips. Stattdessen ist zu erwägen, diese verfassungsrechtlichen Alternativen gerade als Ausfluss des Schuldprinzips zu verstehen.

In Bezug auf die Grundlagen des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips sind bisher nur wenige eigenständige Überlegungen auszumachen. *Wolff* etwa zieht in Betracht, den Grundsatz *nulla poena sine culpa* als Verfassungsgewohnheitsrecht anzuerkennen.¹⁷¹ Daraus würde zwar immerhin eine verfassungsrechtliche Verankerung folgen, allerdings nur für die anerkannten und gefestigten Elemente. Als Ausgangspunkt für die Suche nach weiteren Inhalten eignet sich dieser Ansatz nicht. *Hörnle* hingegen schlägt vor, die verschiedenen normativen Anknüpfungspunkte des Bundesverfassungsgerichts auf die gemeinsame Grundlage des Menschenbildes des Grundgesetzes zurückzuführen.¹⁷² Auch diese Vorgehensweise bietet zwar den Vorteil eines einheitlichen Ausgangspunkts; ob sich nun aber gerade das Menschenbild des Grundgesetzes für einen Gewinn an Klarheit für daraus abzuleitende Erkenntnisse eignet, erscheint angesichts der Vagheit des Begriffs zumindest zweifelhaft.¹⁷³ Gleichwohl ermöglichen die von *Hörnle* ausgemachten Grundprinzipien der Eigenverantwortlichkeit und der materiellen Gerechtigkeit konkrete Schlussfolgerungen, so etwa, dass der Gehalt der §§ 17, 20 StGB sich mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Schuldprinzips decke.¹⁷⁴ In der Argumentation gehen die Überlegungen deutlich über den Stand der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion hinaus.

3. Fazit

Derzeitige Herleitungen des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips bestehen im Wesentlichen aus der Nennung verschiedener Verfassungsgrundsätze, ohne dass deren Beziehungen untereinander sowie zum Schuldprinzip selbst näher begründet werden. Dennoch ist der formelle Gehalt des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips weitgehend anerkannt. Die Voraussetzungen der individuellen Verantwortlichkeit in Form von vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten¹⁷⁵ für die Verhängung von Strafe wird ebenso wenig hinterfragt wie der Grundsatz *in dubio pro reo* oder die Unschuldsvermutung. Anders ist dies im Hinblick auf einen

¹⁷¹ *Wolff*, AöR 1999, 55, 84.

¹⁷² *Hörnle*, in: FS Tiedemann, 325, 334 ff.

¹⁷³ Zur Kritik an der argumentativen Heranziehung des Menschenbildes aufgrund seiner beliebigen Verwendungsmöglichkeiten s. im Folgenden III. 2. c), 99.

¹⁷⁴ *Hörnle*, in: FS Tiedemann, 325, 341 f.

¹⁷⁵ *LK-Vogel/Bülte*, Band 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 15 ff. Rn. 46.

möglichen materiellen Gehalt des Schuldprinzips, der eine Aussage über den Unrechtsgehalt des Vorwurfs ermöglichen würde. Ein solcher Gehalt wird überwiegend schon gar nicht thematisiert, und wenn doch, dann abgelehnt.

Ohne konkrete verfassungsrechtliche Konturierung des Schuldprinzips scheint die Beurteilung seines Inhalts aber kaum möglich. Diesem Unterfangen wird der folgende Abschnitt gewidmet sein.

III. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip als Mindestvoraussetzung für die Rechtfertigung des strafrechtsspezifischen staatlichen Fremdbildes

Auf der Suche nach einem möglichen materiellen Gehalt des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips erscheint es unumgänglich, zunächst die verfassungsrechtliche Dimension des Schuldvorwurfs selbst zu ergründen. Um diese präziser fassen zu können, soll im Folgenden zunächst die verfassungsrechtliche Besonderheit des damit einhergehenden Grundrechtseingriffs näher untersucht werden. Im Lichte der aufgefundenen Eigenheiten des Eingriffs sollen anschließend Mindestvoraussetzungen für seine Rechtfertigung formuliert werden.

Man könnte nun fragen, was diese Mindestvoraussetzungen mit dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip zu tun haben sollen. Für die Verortung der Untersuchungsergebnisse im materiellen Gehalt eines verfassungsrechtlichen Schuldprinzips spricht nach meinem Dafürhalten Folgendes:

Der individuelle strafrechtliche Schuldvorwurf ist maßgeblich geprägt von dem darin enthaltenen sozialetischen Unwerturteil. Dieses ist gerade exklusives Kennzeichen der Regelungsmaterie des Strafrechts und – wie im Folgenden gezeigt werden wird – als eigenständiger Grundrechtseingriff von verfassungsrechtlicher Relevanz. Die Anforderungen an diesen individuellen Schuldvorwurf werden traditionell mit dem Schuldprinzip beschrieben. Dieses lässt sich in zwei verschiedene Ebenen gliedern: Auf einer formellen Ebene setzt das Schuldprinzip zur Rechtfertigung eines Schuldvorwurfs die individuelle Verantwortlichkeit voraus. Die materielle Ebene bezieht den strafrechtsspezifischen Unrechtsgehalt des vorgeworfenen Verhaltens in den individuellen Vorwurf ein, der so das sozialetische Unwerturteil ergibt. Insofern unterscheidet sich das verfassungsrechtliche Schuldprinzip gerade vom Zuschnitt des strafrechtlichen Schuldprinzips.

Die Antwort auf die Frage, ob das verfassungsrechtliche Schuldprinzip einen materiellen Gehalt aufweist, kann aber nicht allein aus einer vorpositiven Idee der Schuld deduziert werden. Entscheidend ist vielmehr, ob sich ein solcher Gehalt verfassungsrechtlich herleiten lässt. Nach der hier vertretenen Auffassung kann dies über die Festlegung von Mindestvoraussetzungen für die Rechtfertigung des mit einem Unwerturteil verbundenen Grundrechtseingriffs geschehen. Für die Zuordnung zum Schuldprinzip ist nicht die argumentative Herkunft

dieser Mindestvoraussetzungen (Verhältnismäßigkeit, Grundrechte oder ein vor-konstitutionelles Schuldprinzip) entscheidend, sondern der Umstand, dass der Ansatz in der Lage ist, die Frage zu beantworten, die ein materieller Gehalt aufwerfen würde. Anstatt also die Frage zu beantworten, ob ein einheitliches verfassungsrechtliches Schuldprinzip existiert, wird im Folgenden versucht, mit Hilfe verfassungsrechtlicher Erwägungen diejenigen Fragen zu beantworten, die klassischerweise der Kategorie der materiellen Schuld zugeordnet werden. Schließlich stellt auch das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen zur Rechtfertigung des sozialetischen Unwerturteils ausdrücklich in einen Zusammenhang mit dem Schuldprinzip.

Aus der Beschreibung von Mindestvoraussetzungen folgt bereits, dass dieser Ansatz nicht geeignet sein kann, Maßstäbe für maß- oder gar sinnvolles Strafrecht zu benennen. Dies kann und soll auch nicht die Aufgabe eines verfassungsrechtlichen Ansatzes sein, der lediglich die äußersten Grenzen für den Spielraum der Gesetzgebung setzen kann, sondern ist dem rechtspolitischen Diskurs vorbehalten.¹⁷⁶ Weitere Einschränkungen der folgenden Ausführungen ergeben sich daraus, dass nur der Aspekt des sozialetischen Unwerturteils und auch dieser nur im Hinblick auf die generelle Möglichkeit der Berücksichtigung bestimmter Positionen mit den Mitteln des Strafrechts untersucht wird. Weitere Themenfelder, die im Hinblick auf diesen Grundrechtseingriff beleuchtet werden könnten, etwa Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeiten zu Präventionszwecken, oder Anforderungen der Unschuldsvormutung, sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

1. Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Dimension der Sanktionsnorm: Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Strafnormen greifen nicht nur durch die in ihnen enthaltenen Verhaltensnormen in die Grundrechte der davon potenziell Betroffenen ein. Mit ihnen einher geht auch eine Bewertung des verbotenen Verhaltens als sozialschädlich, und zwar mittels staatlichen Unwerturteils. Während die Verhaltensnorm zumindest einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG beinhaltet,¹⁷⁷ kann das staatliche Unwerturteil als eigenständiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht begriffen werden.¹⁷⁸ Dieser zweite Eingriff wird im Folgenden auf

¹⁷⁶ Gärditz, *Der Staat* 2010, 331, 362.

¹⁷⁷ Ausgeklammert werden an dieser Stelle diejenigen Stimmen, die den Umfang des Schutzgehalts der allgemeinen Handlungsfreiheit auf in ihrer Bedeutung besonders herausgehobene Handlungen beschränken möchten. Für einen Überblick s. *Eifert*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 18 Rn. 43 f.; *Epping*, *Grundrechte*, 9. Aufl. 2021, 298 ff.

¹⁷⁸ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 171; *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 53, 75; *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 15, 28; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 115 ff.; *Stöchelin*, *Strafgesetzege-*

der Grundlage des von *Britz*¹⁷⁹ im Jahr 2007 im Hinblick auf seinen Gewährleistungsgehalt konkretisierten Rechts auf Selbstdarstellung als Teil des in Art. 2 I GG normierten Persönlichkeitsrechts näher beleuchtet und für die Regelungsmaterie des Strafrechts fruchtbar gemacht. Mit dem Verständnis des staatlichen Unwerturteils als wirkmächtiges Fremdbild wird eine Beschreibung des Grundrechtseingriffs vorgeschlagen, die den Fokus nicht auf den Aspekt einer Ehr- bzw. Würdeverletzung, sondern stattdessen auf die beeinträchtigende Wirkung des Fremdbildes für die Möglichkeiten der Selbstentfaltung legt.

a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als innere Komponente des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 I GG

Art. 2 I GG beinhaltet das Recht auf die freie Entfaltung der eigenen („seiner“) Persönlichkeit. Darin lässt sich nicht nur das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit verankern, die die äußere Komponente der Entfaltungsfreiheit betrifft. Dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit kann zugleich eine innere Komponente einer auf Autonomie gerichteten grundrechtlichen Gewährleistung entnommen werden. Hierin liegt nach *Britz* das allgemeine Persönlichkeitsrecht verankert.¹⁸⁰ Für die folgende Betrachtung ist insbesondere das von ihr im Hinblick auf seinen Gewährleistungsgehalt konkretisierte Recht auf Selbstdarstellung von Interesse.¹⁸¹

Ausgangspunkt für diese Betrachtung ist der Wortlaut des Art. 2 I 1. Hs. GG: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“. Insbesondere aufgrund der Doppeldeutigkeit des Wortes „Entfaltung“ lässt sich in dieser Formulierung die Grundlage für zwei verschiedene Autonomiekomponenten verankern. Überwiegend wird Art. 2 I GG recht pauschal als allgemeine Handlungsfreiheit übersetzt, was einer äußeren Entfaltung der Persönlichkeit in Form eines realisierenden Vorganges entspricht. Diese auf Handlungsfreiheit fokus-

bung im Verfassungsstaat, 112 ff.; vgl. auch den Ansatz von *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 976, die ein im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankertes Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung herleiten; vgl. auch BVerfG NJW 2000, 418.

¹⁷⁹ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung. Dabei knüpft *Britz* an die Überlegungen von *Suhr* an, nach dessen Interpretation sich unter der Entfaltungsfreiheit verschiedene Aspekte der Entfaltung vereinen lassen, s. *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 78 ff.

¹⁸⁰ Für eine dogmatische Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 I GG auch von *Münch/Kunig-Künig/Kämmerer*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 52; vgl. auch *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 69, nach dem Art. 1 I GG insofern die Funktion einer „programmatische[n] Leit- und Auslegungsrichtlinie“ zukommt; von *Mangoldt/Klein/Starck-Starck*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 1, Rn. 57; s. aber auch *Nettesheim*, AöR 2005, 71, 104 f., der die wesentlichen Schutzgehalte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 1 I GG verankert sieht, darunter auch das Recht auf Selbstdarstellung. Insbesondere für die „für die menschliche Autonomie notwendigen Gehalte“ plädiert er für eine Rückverlagerung in Art. 1 I GG, s. a.a.O. Fn. 128.

¹⁸¹ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 36 ff.

sierte Interpretation von Art. 2 I GG ist jedoch nicht die einzig mögliche, möglicherweise nicht einmal die naheliegendste Lesart. Mit einem Verständnis von Entfaltung als konstituierendem Vorgang lässt sich auch eine innere Komponente im Wortlaut verankern, die Entfaltung als „schöpferisch-gestaltenden“¹⁸² Vorgang versteht. *Britz* hat in diesem Zusammenhang bereits gezeigt, dass sich in dieser Lesart des Art. 2 I GG zwei Komponenten freier Autonomie wiederfinden lassen, die auch in vorrechtlichen Konzeptionen autonomer Freiheit enthalten sind.¹⁸³ Autonomie erschöpft sich danach nicht in der Gewährleistung äußerer Handlungsfreiheit, sondern dient stattdessen dem Ziel, dass Individuen aus eigener Selbstbestimmung heraus nach einem eigenen Plan leben und sich verhalten können. Kern der darin enthaltenen inneren Autonomiekomponente ist nach *Britz* eine selbstreflexive Komponente:

„Je genauer sich das Individuum Rechenschaft darüber ablegt, als was es sich selbst begreift, desto genauer kann es sagen, inwiefern eine Handlung wirklich zu seiner Vorstellung von sich selbst passt, und desto mehr Autonomie haftet seinem Handeln demnach an.“¹⁸⁴

Damit wird das Verständnis einer Person zu ihrem eigenen gewählten Selbst zu einer Bedingung autonomen Verhaltens. Das Erfordernis der Selbst-Wahl bedeutet dabei keineswegs, dass die Wahl frei von äußeren und inneren Einflüssen zu geschehen hat; mit einem solchen Verständnis bliebe das Selbstbild letztlich nicht mehr als eine bloße Fiktion. Stattdessen ist die Wahl des eigenen Selbst vielfältigen Einflüssen ausgesetzt: Eigenen Fähigkeiten, aber auch äußeren Einflüssen, die für die betroffene Person unerreich- und unveränderbar sind. Zudem findet die Entfaltung von Persönlichkeit auch nicht im sozial isolierten Raum statt, sondern ist als kommunikativer Vorgang anzusehen, ist also sozial bedingt. Soziale Einflüsse, Fremdbilder und -erwartungen können das eigene Selbstbild beschränken und verändern. Damit ist aber auch verdeutlicht, dass die Entfaltungsfreiheit von vornherein nicht als von allen Einflüssen freizuhaltender Vorgang betrachtet werden kann: „Autonomie erweist sich demnach als graduelles Phänomen.“¹⁸⁵ Entscheidend bleibt aber das Vorhandensein von Wahlmöglichkeiten, wenngleich „immer nur innerhalb einer Bandbreite äußerlich determinierter Optionen“¹⁸⁶. Voraussetzung dafür ist, dass eine Person über das eigene Selbst *mitentscheiden* kann, indem sie sich aus „kritische[r] Distanz“¹⁸⁷ zu sich selbst und den verschiedenen Selbst- und Fremdwahrnehmungen verhalten kann. Das gewählte Selbst und damit auch die Persönlichkeit ist dann weniger ein bestehender

¹⁸² *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 18; s. auch bereits *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 91 f.

¹⁸³ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 7 ff., 16 ff.

¹⁸⁴ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 9.

¹⁸⁵ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 15; so auch *Rössler*, Der Wert des Privaten, 3. Aufl. 2018, 119.

¹⁸⁶ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 15.

¹⁸⁷ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 16.

oder gar fester Zustand, als ein Vorgang der stetigen Reflektion und Selbstvergewisserung. Dies darf allerdings nicht als materielle Voraussetzungen für Autonomie missverstanden werden, sondern ist als Gewährleistungsgarantie für einen für die Persönlichkeitsentfaltung erforderlichen Freiraum zu verstehen. Insofern ist diese Darstellung auch nicht mit den strafrechtlichen Diskussionen um die Frage der Willensfreiheit zu verwechseln. Bei der Beschreibung des Gewährleistungsinhalts aus Art. 2 I GG geht es um die *Ermöglichung* der Persönlichkeitsentfaltung, für die es nicht entscheidend darauf ankommt, in welchem Ausmaß die konkrete Entfaltung oder Entscheidung im Einzelfall von äußeren oder inneren Faktoren beeinflusst ist. Die eigene Persönlichkeit beschreibt danach das gewählte Selbst, ohne hieran qualitative Anforderungen zu formulieren: schlicht die eigene Identität zu einem bestimmten Zeitpunkt.¹⁸⁸

Die *Entfaltung* der eigenen Persönlichkeit nach Art. 2 I 1. Hs GG lässt sich somit als konstituierender, schöpferisch-gestaltender Vorgang begreifen, der sich in Reflektion und Kommunikation kontinuierlich fortsetzt, aber auch verändert und erneuert.

b) Das Recht auf Selbstdarstellung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die Eingriffsdimension von staatlichen Fremdbildern

Selbstdarstellung ist nach *Britz* ein Mittel zur Sicherung innerer Freiräume, die zur Gewährleistung der konstituierenden (inneren) Dimension der Entfaltungsfreiheit (i.e. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) erforderlich sind.¹⁸⁹ Gelingende Selbstdarstellung führe zu einer besseren Verankerung der eigenen Darstellung in den Fremdbildern Dritter, was gleichzeitig ein Abschwächen divergierender Fremdbilder und ihrer Einflüsse zur Folge habe.¹⁹⁰ Neben diesem unmittelbaren, stabilisierenden Effekt habe gelingende Selbstdarstellung noch einen weiteren, mittelbaren Effekt: Werde der eigenen Selbstdarstellung die Aussicht zugeschrieben, Fremdbilder zu beeinflussen, können Erwartungen Dritter und die Identität insgesamt als steuerbar wahrgenommen werden. Daraus ergeben sich wiederum Anreize, bestimmte Identitätsoptionen in Betracht zu ziehen, was zu einer Erweiterung des inneren Reflexionsfreiraums führe.¹⁹¹

Selbstdarstellung hat grundsätzlich zwei Komponenten, nämlich eine Sendeeine Empfangskomponente. Beide sind durch den Staat in der Regel nicht unmittelbar steuerbar. Während Erstere in erster Linie eine Leistung ist, die von Individuen selbst zu erbringen ist, ist auch der Vorgang der Wahrnehmung durch

¹⁸⁸ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 19.

¹⁸⁹ Zum Recht auf Selbstdarstellung s. auch Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 23, 72; *Eifert*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 109 ff.

¹⁹⁰ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 38 f.

¹⁹¹ *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 40.

andere Personen der unmittelbaren staatlichen Kontrolle entzogen. Das Recht auf Selbstdarstellung kann aber in spezifischen Gefährdungslagen, in denen die Wahrnehmung der gesendeten Darstellung durch besonders wirkmächtige Fremdbilder, etwa Vorurteile oder Stereotype, stark erschwert oder sogar ganz verhindert wird, staatliche Schutzmaßnahmen auslösen.¹⁹² Die staatliche Rolle wird sich in diesem Zusammenhang allerdings in der Regel darauf beschränken, Rahmenbedingungen für gelungene Selbstdarstellungen in wechselseitiger Kommunikation zwischen verschiedenen Personen zu schaffen.

Wenn der Gewährleistungsgehalt des Rechts auf Selbstdarstellung aber bereits den Staat zu Maßnahmen zum Schutz vor allzu intensiven (privaten) Fremdbildern verpflichten kann, so wird auf einer abwehrrechtlichen Ebene erst recht der Schutz vor wirkmächtigen staatlichen Fremdbildern zu verlangen sein.¹⁹³ Auch, ggf. sogar gerade, durch staatlich aufgezwungene Fremdbilder können die von Art. 2 I GG gewährleisteten Entfaltungsmöglichkeiten erschwert bzw. erheblich verringert werden, sodass hierin ein unmittelbarer Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als innere Komponente der Entfaltungsfreiheit aus Art. 2 I GG in Form des Rechts auf Selbstdarstellung zu sehen ist.¹⁹⁴

c) Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild

Nachdem die Feststellung getroffen ist, dass staatliche Fremdbilder einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen, stellen sich im Zusammenhang mit dem Fremdbild in Form des sozialetischen Unwerturteils allerdings weitere Fragen: Woraus ergibt sich das Unwerturteil und welchen konkreten Inhalt hat dieses bzw. der darin verankerte Vorwurf? In dem „klassischen“ Schuldvorwurf, sich für das Unrecht entschieden zu haben, obwohl man sich hätte für das Recht entscheiden können,¹⁹⁵ lassen sich zwei Aspekte ausmachen, die getrennt voneinander betrachtet werden können: Die *individuelle Verantwortlichkeit* für begangenes Unrecht in Gestalt des Anders-Handeln-Könnens sowie der Vorwurf, *Unrecht* begangen zu haben. Diese zwei Aspekte spiegeln sich in den zwei Dimensionen des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips wider: Der Vorwurf der individuellen Verantwortlichkeit erfordert die Voraussetzungen, die das formelle verfassungsrechtliche Schuldprinzip aufstellt, insbesondere also die Elemente der objektiven und subjektiven Zurechnung. Für den Vorwurf, *Unrecht* begangen zu haben, stellt sich sodann die Frage, ob sich hierfür Anforderungen aus einem materiellen verfassungsrechtlichen Schuldprinzip ergeben können.

¹⁹² Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 47 ff.

¹⁹³ Vgl. auch Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 122.

¹⁹⁴ Vgl. Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 32: „Die Beschädigung von Selbstverständnissen muss vermieden werden, um den Prozess der Selbstvergewisserung nicht zu beeinträchtigen“; s. auch a.a.O., 49 f.

¹⁹⁵ S. dazu bereits Abschnitt D.I.1., 51 ff.

Der Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens ist mit den bereits dargelegten Beweisschwierigkeiten von echten Handlungsalternativen im Tatzeitpunkt behaftet. Trotz aller Kritik hieran wird er in der strafgerichtlichen Rechtsprechungspraxis mit einer ähnlichen Selbstverständlichkeit behandelt wie das Schuldprinzip selbst.¹⁹⁶ Die Rechtspraxis täte in der Tat gut daran, auf diesen Vorwurf zu verzichten,¹⁹⁷ zumal er sich nicht in den Voraussetzungen der individuellen Verantwortlichkeit als Voraussetzung für die Strafbarkeit niederschlägt. Der Vorwurf der Verantwortlichkeit beinhaltet bereits alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Zurechnung eines Erfolges oder Verhaltens zu einer Person als Urheber*in sowie die weiteren Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit, insbesondere Schuldfähigkeit, (potenzielles) Unrechtsbewusstsein und die Abwesenheit besonderer Umstände, in denen die Normbefolgung aus persönlichen Gründen nicht (oder zumindest nicht unter Androhung von Strafe) verlangt werden kann.¹⁹⁸ Damit eignet sich der Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens schon auf einer deskriptiven Ebene nicht für eine Konkretisierung des Schuldvorwurfs. Zudem lassen sich mit ihm zudem weder der entschuldigende Notstand noch der entschuldigende Notwehrexzess erklären.¹⁹⁹ Der Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens ist bezogen auf die konkrete Tatsituation daher nicht nur mit tatsächlichen Legitimationszweifeln behaftet. Er ist schlicht überflüssig.²⁰⁰

Für die Zwecke dieser Arbeit kommt es allerdings nicht entscheidend darauf an, ob der individuelle Vorwurf nun in der freien Entscheidung für das Unrecht oder in der zurechenbaren Verwirklichung von Unrecht besteht. Denn das, worum es im Folgenden geht, und was gerade die Besonderheit der Regelungsmaterie Strafrecht ausmacht, ist in beiden Ansätzen enthalten: Das individuelle Verantwortlichmachen einer Person für begangenes *Unrecht* als Kern des sozioethischen Unwerturteils.²⁰¹

Der Unrechts-Aspekt ist allerdings in Bezug auf seinen konkreten Inhalt noch näher zu beleuchten. Denn die Bedeutung von *Unrecht* hat Einfluss auf die Intensität der damit verbundenen Wertung. Sollte die Kategorie des Unrechts etwa allein die Normübertretung an sich beschreiben, erschöpfte sich der damit verbundene Vorwurf letztlich in dem Vorwurf der mangelnden Normbefolgung. Eine eigenständige Aussage über den Unrechtsgehalt des vorgeworfenen Verhaltens folgte daraus nicht. Auch damit wäre ein staatliches Fremdbild und damit ein grundsätzlich zu rechtfertigender staatlicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbunden, allerdings in einer deutlich geringeren Intensi-

¹⁹⁶ Dies kritisiert auch *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 11 f.

¹⁹⁷ So auch *R. Merkel*, in: FS Roxin II, 737, 759; *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 711 f.

¹⁹⁸ *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 713 f.

¹⁹⁹ *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 56 f.; zustimmend *Schroth*, in: FS Roxin II, 705, 714.

²⁰⁰ Für einen strafrechtlichen Vorwurf ohne das Element der freien Willensbildung vgl. auch *Appel*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 325; s. ferner *Jakobs*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Hrsg.), 243, 251 f.

²⁰¹ So auch *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49 f.

tät, wodurch auch die Anforderungen an seine Rechtfertigung abzusenken wären.

Manche der bereits dargestellten Entscheidungen lassen eine solche Interpretation zu, legen sie sogar nahe: Besonders deutlich wird das in der auch vom Bundesverfassungsgericht mehrfach in Bezug genommenen Entscheidung des Großen Strafsenats von 1952, der das Begriffspaar *Recht und Unrecht* explizit in einen Zusammenhang mit dem *nach den Normen rechtlichen Gesollten* und der *Vermeidung des rechtlich Verbotenen* stellt. Entscheidend für die Einteilung in Recht und Unrecht wäre damit allein das Übertreten einer Verbotsnorm. Hierbei könnte man nun stehenbleiben: Unrecht wäre dann schlicht die Normübertretung, strafrechtliches Unrecht das unter Strafe Verbotene.

In einem Widerspruch dazu lesen sich Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1959 zum unterschiedlichen Regelungsgehalt von (Kern-)Strafrecht und Ordnungswidrigkeiten. Das Gericht bejahte zwar die Anwendung des Schuldprinzips insofern, als auch im Bereich der Ordnungswidrigkeiten ein schuldhaftes Handeln („und zwar in der Regel vorsätzlich“) Voraussetzung einer Ahndung sei; auch der Grundsatz „in dubio pro reo“ gelte hier. „Abstriche“ machte das Gericht aber im Bereich der materiellen Wahrheitserforschungspflicht, indem es behördliche „Schuldvermutungen“ und Entlastungsbeweispflichten von Betroffenen zuließ. In der Begründung stellte das Gericht u.a. darauf ab, dass es sich bei der in Frage stehenden Vorschrift um eine „reine Ordnungswidrigkeit“ handle und der Schuldvorwurf daher „die Sphäre des Ethischen“ nicht erreiche.²⁰² Der Ordnungsbuße fehle ferner der „Ernst der staatlichen Strafe“; es liege „bloßer Ungehorsam gegen ‚technisches‘, zeit- und verhältnisbedingtes Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung vor, auf den diese mit einer scharfen ‚Pflichtenmahnung‘“ antworte.²⁰³

Folgte man der Annahme, der Schuldvorwurf erschöpfe sich in dem Vorwurf mangelnder Normbefolgung, ließe sich auch nicht erklären, wie sich daraus überhaupt der zugleich von der Rechtsprechung formulierte Vorwurf besonders sozialschädlichen Verhaltens ableiten ließe. Dass sich dieses spezifische sozialetische Unwerturteil in den bisherigen Ausführungen zum individuellen Schuldvorwurf nicht verorten lässt, deutet auf einen anderen Ursprung hin.

In den Blick rückt damit die staatlich zugewiesene Aufgabe der Regelungsmaterie Strafrecht: Wenn schon der Begriff des Strafrechts mit einer bestimmten gesellschaftlichen Funktion untrennbar verknüpft ist, dann hat das auch Auswirkungen auf den Vorwurf der Übertretung einer Strafnorm. In dieser Aufgabenzuweisung dürfte auch die unterschiedliche Qualität des Fremdbildes einer strafrechtlichen Verurteilung im Gegensatz zu einer Verurteilung zu einer Geldbuße wegen des Begehens einer Ordnungswidrigkeit liegen.²⁰⁴ Das staatliche

²⁰² BVerfGE 9, 167, 171.

²⁰³ BVerfGE 9, 167, 171.

²⁰⁴ Zu den unterschiedlichen stigmatisierenden Wirkungen von Strafe und Ordnungswidrigkeit s. *Jung*, Was ist Strafe, 51.

Fremdbild einer strafrechtlichen Verurteilung ist damit entscheidend von der staatlichen Aufgabenzuweisung des Strafrechts und dem Begriff der Strafe geprägt. Dabei ist nicht die strafrechtliche Strafzweckdiskussion entscheidend.²⁰⁵ Bei der Bestimmung und Beschreibung des Eingriffs geht es nicht darum, welche Inhalte mit einem Schuldvorwurf verknüpft *sein sollten* oder *dürfen*, sondern welche im derzeitigen System mit ihm *verbunden sind*²⁰⁶ und damit zwangsläufig in Form des staatlichen Fremdbildes transportiert werden. Ebenso wenig sind daher an dieser Stelle die Fragen zu entscheiden, ob sich ein gesellschaftliches Konfliktlösungsrecht ganz ohne Tadel denken ließe,²⁰⁷ oder, ob sich an den Tadel überhaupt noch ein weiteres Übel in Form der Strafe anschließen muss.²⁰⁸

Ebert hat bereits auf die historische Verknüpfung des Begriffs der Strafe mit dem Element gesellschaftlicher Missbilligung hingewiesen.²⁰⁹ Auch die Rechtsprechung geht von einem „der Strafe innewohnende[n] sozialetische[n] Unwerturteil“²¹⁰ aus. Noch deutlicher führt das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2015 aus:

„Als Charakteristikum der Kriminalstrafe wird hier neben einem solchen Eingriff oder Übel mit dem Strafausspruch auch ein Tadel oder Vorwurf zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich um einen sozial-ethischen Vorwurf oder um eine besondere sittliche Missbilligung. Mit Strafe im Sinne des Grundgesetzes ist also nicht nur der Vorwurf irgendeiner Rechtsverletzung gemeint, sondern die Verletzung eines Teils des Rechts, das eine tiefere, nämlich eine sozial-ethische Fundierung besitzt“.²¹¹

In Bezug auf die Funktion des Strafrechts formuliert das Bundesverfassungsgericht, dass Strafrecht „als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt [wird], wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“²¹² Aus der

²⁰⁵ Es geht nicht um die Frage, *warum überhaupt* gestraft wird, sondern ob gerade ein bestimmtes Verhalten mit einer strafrechtlichen Sanktion belegt werden darf; s. dazu auch D. III. 2. c), insbes. 94; zur Akzessorietät der Strafzwecke s. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 442 f., 479 f.

²⁰⁶ *Kühl*, in: FS Eser, 249, 154.

²⁰⁷ Vgl. *Ellscheid/Hassemmer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Band 1, 266 ff.; treffend ist aber insofern die Einschätzung von *Kühl*, in: FS Eser, 149, 153: „Die historisch nachweisbare, sprachlich notwendige Verbindung von ‚Strafe‘ und ‚Strafrecht‘ mit einem ‚Missbilligungselement‘ oder mit ihrem ‚Tadelscharakter‘ besagt freilich [...] nichts gegen die Möglichkeit und ‚Wünschbarkeit‘ eines ‚wertneutralen Schutzrechts‘; – nur ‚Strafrecht‘ sollte dieses Schutzrecht nicht mehr genannt werden.“

²⁰⁸ S. etwa *Günther*, in: FS Lüderssen, 205, 219; kritisch aber *Kühl*, in: FS Eser, 149, 160 f.

²⁰⁹ *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2003, 230.

²¹⁰ BGH NJW 2000, 1427, 1429; s. ferner BGHSt 6, 46, 52 ff.; 41, 292, 302; BGH NJW 2003, 1261, 1262.

²¹¹ BVerfGE 140, 317, 345 f.

²¹² BVerfGE 88, 203, 258; 96, 10, 25; 120, 224, 239 f.; vgl. auch BVerfGE 27, 18, 29: Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens.

Aufgabenzuweisung des Strafrechts als ultima ratio für Fälle besonders sozial-schädlichen Verhaltens folgt eine besonders negative Bewertung des unter Strafe verbotenen Verhaltens.²¹³ Mehrfach betont das Gericht zudem den mit der Strafe einhergehenden Vorwurf sozialemischen Fehlverhaltens.²¹⁴ In der strafrechtlichen Sanktionsnorm steckt damit ein Vorwurf, der über das bloße Übertreten einer Verbotsnorm hinausgeht. In dem Fremdbild der Sanktionsnorm bestätigt sich somit das zuvor bereits untersuchte Verhältnis zwischen Schuldprinzip und sozialemischem Unwerturteil.²¹⁵ *Strafwürdiges Unrecht* ist danach mehr als das bloße Übertreten einer Verbotsnorm.

Strafrecht dient also gerade nicht der Ahndung jeder beliebigen Normübertretung. Aus der Aufgabenzuweisung folgt vielmehr der Vorwurf einer besonderen Sozialschädlichkeit des Verhaltens. Der Unrechtsgehalt des staatlichen Schuldvorwurfs geht damit über den Vorwurf mangelnder Normbefolgung hinaus. Hieraus ergibt sich der strafrechtsspezifische Vorwurf in Form des sozial-ethischen Unwerturteils als staatliches Fremdbild.

d) Die Zuordnung einer Norm zur Regelungsmaterie des Strafrechts

Da die Zuordnung einer Norm zum Regelungsbereich des Strafrechts entscheidend die Intensität des staatlichen Vorwurfs im Falle ihrer Missachtung prägt, stellt sich zwangsläufig auch die Frage nach den Zuordnungskriterien. Könnte man den Anforderungen des Schuldprinzips zum Beispiel durch eine einfache Verlagerung einer Strafnorm in einen anderen Regelungszusammenhang entgegen? Damit ist auch die Frage angesprochen, was Strafrecht eigentlich ausmacht: Woran lässt sich erkennen, dass eine Sanktionsnorm auch ein sozialemisches Unwerturteil enthält? Dabei geht es nicht um die Anwendbarkeit des *Schuldprinzips schlechthin*, sondern um die Anforderungen, die sich gerade aus dem Aspekt des sozialemischen Unwerturteils ergeben. Denn auch außerstrafrechtliche staatliche Vorwürfe für vergangenes Verhalten, die ohne ein solches Unwerturteil auskommen, sind an Mindestvoraussetzungen im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit des Verhaltens im Sinne einer objektiven und subjektiven Zurechnung geknüpft.²¹⁶

Mit dem Bundesverfassungsgericht lässt sich Strafe dergestalt beschreiben, dass sie ein staatliches repressives Übel darstellt, das als Schuldausgleich für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten dient.²¹⁷ Damit sind zwei Aspekte an-

²¹³ S. auch *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 96 f. Zur Sonderrolle, die alle drei Gewalten dem Strafrecht als Konfliktlösungsmechanismus zuschreiben s. auch *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 976.

²¹⁴ BVerfGE 95, 96, 140; 96, 245, 249; 110, 1, 13; 133, 168, 198; BVerfG NJW 2000, 418.

²¹⁵ S.o., Abschnitt C. II. 1. c).

²¹⁶ S.o., Abschnitt C. II. 1. b).

²¹⁷ BVerfGE 20, 323, 331; 105, 135, 153 f.; 109, 133, 173; so auch *Heger*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, Band 2, „Strafrecht“, 1249, 1253; kritisch im Hinblick auf die Vagheit der Begrifflichkeiten aber *Appel*, Verfassung und Strafe, 425 f.

gesprochen, nämlich einerseits die Rechtsfolge eines staatlichen Übels, andererseits die Zielrichtung der Reaktion auf bestimmtes (nämlich rechtswidriges und schuldhaftes) vergangenes Verhalten, und zwar in Form eines Vorwurfs. Hier zeigt sich eine gewisse Selbstverständlichkeit, schon den Begriff der Strafe selbst mit einem Vorwurf zu verknüpfen.

aa) Das staatliche Übel als strafrechtsspezifische Rechtsfolge

Zunächst ist dem Bundesverfassungsgericht darin zuzustimmen, dass der strafrechtsspezifische Vorwurf auch von den Rechtsfolgen eines Normverstößes geprägt wird,²¹⁸ im Falle des Strafrechts also durch das bestehende Sanktionensystem²¹⁹ und dem damit zumindest auch verbundenen Ziel des Schuldtausgleichs.²²⁰ Damit ist in das bestehende Sanktionensystem des Strafrechts weiterhin ein Vergeltungscharakter eingeschrieben – trotz Berücksichtigung präventiver Aspekte in § 46 I S. 2, II StGB für die Strafzumessung.²²¹ Die konkreten Charakteristika der strafrechtlichen Rechtsfolge sind allerdings nicht ganz unumstritten. Dass die bloße Beschreibung als staatlich beabsichtigte Übelszufügung als Reaktion auf einen Normbruch nicht ausreicht, wird bereits an der damit nicht leistbaren Abgrenzung zum Ordnungswidrigkeitenrecht deutlich.²²² Auch Ansätze, die allein auf den Vorwurfscharakter der Strafe abstellen, können nicht erklären, warum sich dem Vorwurf in der Regel²²³ noch ein echtes Übel anschließen muss.²²⁴

Der Fokus auf den Schuldtausgleich hilft hingegen dann nicht weiter, wenn gerade Konstellationen außerhalb des strafrechtlichen Sanktionensystems beurteilt werden sollen und es an entsprechenden Bemessungsvorgaben fehlt. *Greco* schlägt eine weitere Qualifizierung des strafrechtlichen Übels vor: Klassische Strafen würden sich gerade durch den Eingriff in *angeborene* Rechte wie die Freiheit von solchen Übeln unterscheiden, die lediglich *erworbene* Rechte betreffen, etwa rein finanzielle Rechte. Als Eingriff in ein angeborenes Recht könne auch die Geldstrafe angesehen werden, da sie gem. § 43 StGB in Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden könne; anders als die Geldbuße, für die eine solche Umwandlung gerade nicht möglich sei.²²⁵ In der Tat ist die Entziehung angebo-

²¹⁸ S. auch BVerfGE 25, 269, 286; 27, 18, 29, wonach sich das sozialetische Unwerturteil aus der Kombination von Straftatbestand und Strafdrohung ergibt.

²¹⁹ BVerfGE 96, 245, 248; vgl. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 451 f.

²²⁰ BVerfGE 109, 133, 173; *Heger*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, Band 2, „Strafrecht“, 1249, 1253 f.

²²¹ Vgl. auch BVerfGE 110, 1, 13 („Das dem Täter auferlegte Strafübel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen; es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“); 133, 168, 198.

²²² Vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, 425; *Greco*, GA 2015, 503, 509 f. Der Abgrenzung ist auch dadurch nicht geholfen, die Übelszufügung als „harte Behandlung“ zu bezeichnen, so etwa *Zürcher*, Legitimation von Strafe, 30.

²²³ Mit Ausnahme der Möglichkeiten des Absehens von Strafe nach § 46b I S. 4 StGB und § 60 StGB, oder der Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB.

²²⁴ *Greco*, GA 2015, 503, 510 f.

²²⁵ *Greco*, GA 2015, 503, 512 f.

rener Rechte aus repressiven Gründen von besonderer Intensität, die Rückschlüsse auf die Schwere des damit verbundenen Vorwurfs ermöglicht. Allerdings kann diese Begriffsbildung nicht so weit gehen, dass einer Sanktion selbst bei formaler Zuordnung der Norm zur Materie des Strafrechts der Strafcharakter abgesprochen würde, wenn sie lediglich erworbene Rechte beträfe. Dass diese Problematik nicht nur hypothetischer Natur ist, zeigen die Diskussionen um die Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe, die u.a. als sozial ungerecht kritisiert wird.²²⁶ Ein aktueller Regierungsentwurf sieht zwar lediglich die Halbierung der Ersatzfreiheitsstrafe durch eine Veränderung des Umrechnungsschlüssels vor;²²⁷ damit dürfte die Diskussion aber nicht beendet sein. Verlöre nun aber die Geldstrafe im Falle der vollständigen Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe ihren Strafcharakter? Ich meine: nein. Naheliegender scheint mir, dass zwar die Eingriffsbefugnis in angeborene Rechte den zugrundeliegenden Vorwurf intensiviert, dass es aber maßgeblich auf die formale Bezeichnung als Strafe ankommt. Ein solch formaler Ansatz scheint zunächst recht beliebig, lässt sich aber mit der Charakterisierung des Grundrechtseingriffs als *Fremdbild* durchaus plausibel begründen. Wenn der Staat etwas „Strafe“ nennt, und dem Begriff der Strafe selbst bereits die Missbilligung immanent ist, so führt auch eine weitere Humanisierung des Sanktionensystems nicht zum Verlust des sozialetischen Unwerturteils.

Dem strafrechtlichen Sanktionensystem kommt insofern verfassungsrechtlich eine doppelte Relevanz zu: Zum einen in Form eines eigenständigen Grundrechtseingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG bzw. die Freiheit der Person nach Art. 2 II S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG; zum anderen fließt es durch den Vergeltungscharakter auch in das staatliche Unwerturteil im Falle einer Verurteilung ein und prägt damit die Intensität und Eigenheit des staatlichen Fremdbildes als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG.²²⁸

²²⁶ S. auch bereits NK-*Albrecht*, 5. Aufl. 2017, § 43 Rn. 2; *Köhne*, JR 2004, 453, 454 ff.

²²⁷ Regierungsentwurf der Bundesregierung vom 21.12.2022 zum Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Ueberarbeitung_Sanktionsrecht.pdf?jsessionid=C59DAC8E3A52C7A1E756E22A72ECEF4B.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am: 14.4.2023).

²²⁸ Vgl. auch das bereits mehrfach angegebene Zitat in BVerfGE 25, 269, 286: „Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes, sozial-ethisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise. Der konkrete Inhalt dieses Unwerturteils ergibt sich aus Straftatbestand und Strafandrohung. Beide zusammen machen die Strafbarkeit im Sinne des Art. 103 II GG aus“.

bb) Zum Zwecke des Schuldausgleichs

Es stellt sich sodann die Frage, ob man – in Bezug auf den zweiten vom Bundesverfassungsgericht herangezogenen Aspekt des Schuldausgleichs für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten – den Anforderungen des Schuldprinzips etwa dadurch entgegen gehen könnte, dass man bei der Schaffung neuer Strafnormen auf besondere objektive und subjektive Zurechnungserfordernisse von vornherein verzichtete, wodurch auch der konkrete Vorwurf weg von einer individuellen Verantwortlichkeit hin etwa zu einer rein kausalen (ggf. nicht einmal vorwerfbaren, d.h. mindestens fahrlässigen) Schadensverursachung reduziert würde. Hiergegen ist einzuwenden, dass auch der vereinzelte Verzicht auf Elemente der Verantwortlichkeit nicht unmittelbar zu einer Veränderung des mit einer Verurteilung einhergehenden sozialetischen Unwerturteils führt. Die staatlich zugewiesene Aufgabe des Strafrechts hängt nicht an einzelnen Tatbeständen. Zudem müsste im Falle einer Reform, durch welche Zurechnungserfordernisse erheblich reduziert werden,²²⁹ auch die Rechtsfolge an den abweichenden Zweck angepasst werden: Freiheitsentzug ließe sich als repressive Reaktion auf das bloße Ingangsetzen einer Kausalkette (unter Beachtung aller Sorgfaltspflichten), an deren Ende ggf. ein zu ersetzender Schaden entstanden ist, verfassungsrechtlich nur schwerlich rechtfertigen. Solange also sowohl das Sanktionensystem als auch die Gesamtfunktion von Strafrecht als Reaktion auf persönlich zu verantwortendes und sozialschädliches Unrecht erhalten bleibt, gilt das auch für die Qualität des Eingriffs in Form des staatlichen Fremdbildes, unabhängig davon, ob sich diese Voraussetzungen auch in der jeweiligen anzuwendenden Strafnorm niederschlagen haben. Stellt man konsequent auf die Charakterisierung des Eingriffs durch das Fremdbild ab, ließe sich das sozialetische Unwerturteil wohl nur mit einer vollständigen Umstrukturierung der Regelungsmaterie bewirken, zu der aufgrund des sprachlichen Zusammenhangs von Strafe und Missbilligung nicht zuletzt auch eine Umbenennung gehören müsste.²³⁰

Damit kann auch einem möglichen Vorwurf eines Zirkelschlusses begegnet werden, wie ihn etwa *Appel*²³¹ und *Frister*²³² in ähnlichen Zusammenhängen vorgebracht haben. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip erfordert nicht deshalb Verantwortlichkeit, weil die anwendbaren Strafnormen Verantwortlichkeit voraussetzen; das wäre in der Tat ein Zirkelschluss.²³³ Nicht weil bestehendes Strafrecht etwa Vorsatz oder Fahrlässigkeit als subjektive Zurechnungskomponente voraussetzt, entspricht das auch den Anforderungen des Schuldprinzips. Son-

²²⁹ S. etwa die von *Seelmann* diskutierten, aber abgelehnten, Vorschläge der Zurechnungsstreuung und Verantwortungshalbierung, *ders.*, in: Radtke/Müller/Britz/Koriath/Müller-Dietz (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 151, 156 ff.

²³⁰ Vgl. auch *Kühl*, in: FS Eser, 149, 153.

²³¹ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 114.

²³² *Frister*, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, 25.

²³³ Vgl. *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafe*, 18.

dern: Weil eine Person individuell verantwortlich gemacht wird für vergangenes Verhalten, müssen Mindestanforderungen an die Zurechnung dieses Verhaltens eingehalten werden. Ob es in einer Vorschrift, die ein Verbot enthält, allerdings um eine Verantwortlichmachung geht, kann nicht allein aus dem Vorhandensein von Zurechnungsregeln geschlossen werden. Denn die Abwesenheit von Zurechnungsregeln könnte dann nie einen Verstoß gegen die Vorgaben begründen, weil es schon an dem Vorwurf fehlte. Der Charakter eines Vorwurfs für vergangenes Verhalten resultiert zu erheblichen Teilen auch aus den Rechtsfolgen, die für einen Verstoß gegen eine Verhaltensvorschrift vorgesehen sind. Wird hier ein Übel auferlegt, das über andere Formen der Verhaltensregulierung und Verantwortungsteilung, etwa in Form von Schadensersatz oder sonstigen Ausgleichsinstrumenten, hinausgeht, erhält die Vorschrift (zumindest auch) einen Vergeltungscharakter und somit einen staatlichen Vorwurf. Welche Qualität der Vorwurf aufweist, hängt wiederum mit der jeweiligen Regelungsmaterie und ihren Eigenheiten zusammen.

e) *Die besondere Intensität des Eingriffs*

Mit einer strafrechtlichen Verurteilung wird nicht nur wertneutral festgestellt, dass die verurteilte Person die Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt hat. Strafrecht ist keine wertneutrale Regelungsmaterie. Indem der strafrechtliche Schuldvorwurf den Vorwurf der Verletzung elementarer Werte des Gemeinschaftslebens enthält, wird der verurteilten Person ein in besonderem Maße sozialschädliches Verhalten attestiert.²³⁴ Dieses sozialetische Unwerturteil ist ein besonders wirkmächtiges und intensives Fremdbild. Es ergeht im Namen des Volkes, also stellvertretend für die gesamte Rechtsgemeinschaft, zudem nach öffentlicher Hauptverhandlung;²³⁵ das Urteil ist ein äußerst Negatives; zudem ist es aufgrund des Anspruchs an die materielle Wahrheitserforschung²³⁶ mit einem besonderen Geltungsanspruch ausgestattet. Speichermechanismen, etwa die Eintragungen in das Bundeszentralregister, sorgen für eine Aufrechterhaltung des Fremdbildes in zeitlicher Hinsicht.²³⁷ Welche Intensität derartige Fremdbilder erreichen können, lässt sich besonders anschaulich im Rückblick auf mittlerweile gewandelte gesellschaftliche Werte erkennen; etwa in der zu Zeiten des § 175 StGB a.F. gängigen Bezeichnung schwuler Männer als „175er“.

Die soziale Bedeutung des Zuschreibungsprozesses kriminellen Verhaltens ist in der Kriminologie insbesondere durch Vertreter*innen des *Labeling Approach* beschrieben worden. Dieser Ansatz erklärt die Entstehung sogenannter sekun-

²³⁴ S.o. D. III. 1. c), insbes. 79 ff.

²³⁵ Kühl, in: FS Eser, 149, 155 f.

²³⁶ S.o. II. 1. b).

²³⁷ Zur erhöhten Eingriffsintensität s. auch Brunhöber, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafrechtsverfassungsrecht, 53, 75 f.; vgl. ferner mit einer etwas abweichenden Begründung Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969, 976; s. ferner Kühl, in: FS Eser, 149, 154; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 123.

därer Devianz mit den Effekten einer mit formeller Kontrolle einhergehenden Stigmatisierung²³⁸ und (sozialer) Exklusion sowie der Übernahme des erzeugten negativen Fremdbildes als Selbstbild, was wiederum eine Verhaltensänderung begünstigen kann.²³⁹ Der Zuschreibungsprozess beginnt dabei mit der Gesetzgebung und durchläuft über Anzeigeerstattung, polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren, Gerichtsverfahren, staatliche Verurteilung sowie schließlich die Strafvollstreckung verschiedene Stadien.²⁴⁰ Die mit der Zuschreibung einhergehenden nachteiligen Exklusionsdynamiken und damit auch Delinquenz steigernden Effekte können dabei nicht erst im Falle einer Verurteilung, sondern sogar bereits nach rechtlich folgenlosen Polizeikontakten entstehen.²⁴¹ Dabei kann die Öffentlichkeit des Kontakts einen verstärkenden Effekt haben.²⁴² Auch das Bundesverfassungsgericht geht bereits bei der öffentlichen Durchführung eines Strafverfahrens von einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus. Da eine nachhaltige Erinnerung der Bevölkerung an ein Verfahren die Resozialisierung²⁴³ erschweren könne und um eine vom Verfahren losgelöste Prangerwirkung zu verhindern, hielt es etwa die Untersagung von Ton- Fernseh- und Rundfunkaufnahmen einer Gerichtsverhandlung für mit dem Grundgesetz vereinbar, um eine weitere Verstärkung des Eingriffs zu verhindern.²⁴⁴ In einer wohl einmalig gebliebenen Formulierung sprach das Gericht gar davon, dass eine „kriminelle Bestrafung“ eine Person „zum Rechtsbrecher stempel[e]“²⁴⁵.

Die Eingriffsqualität des Fremdbildes entfällt auch nicht dadurch, dass es sich im Falle prozessordnungsgemäß zustande gekommener staatlicher Verurteilungen um prozessual „richtige“ Fremdbilder handelt. Denn auch wenn der Strafprozess im Vergleich etwa zum Zivilprozess einen höheren Anspruch an die Erforschung materieller Wahrheit hat, kann doch das Ergebnis immer nur eine Annäherung daran sein, zumal sich die Erkenntnisse von vornherein nur auf den für einen Straftatbestand relevanten Ausschnitt eines Geschehens beziehen. Auch Beweiserhebungs- und verwertungsverbote, Aussage- und Auskunftsverweigerungsrechte (nicht nur der Angeklagten) beschränken die Wahrheitsermittlung erheblich. Die Annäherung an eine materielle Wahrheit kann durch prozessuale Beweis- und Entscheidungsregeln zwar verstärkt werden, das Ergebnis bleibt aber trotz seines Anspruchs ein prozessuales.²⁴⁶ Zudem ereignet sich der

²³⁸ Zum Stigma der strafrechtsspezifischen sozialetischen Missbilligung s. *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 27; s. auch *Jung*, Was ist Strafe, 21, die das Stigma (neben Zwang und Verlust) als konstitutives Merkmal der Strafe beschreibt.

²³⁹ *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 25 ff.

²⁴⁰ Für einen Überblick s. *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 19 ff.; *Singelstein*, Diskurs und Kriminalität, 30 f.

²⁴¹ S. im Hinblick auf Jugendliche *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 43 f.

²⁴² *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 53 ff.

²⁴³ S. dazu auch BVerfGE 35, 202, 235 ff.

²⁴⁴ BVerfGE 103, 44, 68; 119, 309, 323.

²⁴⁵ BVerfGE 32, 98, 109.

²⁴⁶ S. dazu *Hassemer*, ZStW 121, 829, 832 ff., insbes. 837 f.; vgl. zum Begriff der forensischen Wahrheit auch *Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, § 261 Rn. 1 ff.

konstituierende Vorgang der Selbstentfaltung durch die stetige reflektierte Auseinandersetzung mit dem eigenen Selbst. Die Entfaltung ist nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossen, sondern ist ein kontinuierlicher Vorgang. Damit auch die Option auf Identitätsveränderung erhalten bleibt, muss der dafür erforderliche innere Freiraum grundsätzlich auch vor „richtigen“ Fremdbildern schützen, die sich aus bestimmten Informationen über eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt speisen.²⁴⁷

Zudem erschöpft sich das staatliche Fremdbild im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung eben nicht nur in der neutralen Feststellung eines bestimmten Verhaltens. Selbst ein reines Tatstrafrecht trifft zwangsläufig auch Aussagen und damit in gewissem Maße auch ein Werturteil über die Person, die sich entsprechend (nämlich rechtswidrig und schuldhaft) verhalten hat.²⁴⁸ Und schließlich enthält die staatliche Bewertung als sozialetisches Unrecht auch immer eine über die bloße Feststellung hinausgehende Wertungsebene, die sich mit dem materiellen Wahrheitsanspruch nicht fassen lässt und daher auch außerhalb der Einordnung als „wahr“ oder „unwahr“ zu verorten ist. Stattdessen wird es im Rahmen der Rechtfertigung dieses wertenden Fremdbildes um die anhand normativer Maßstäbe zu beantwortende Frage gehen müssen, ob das Verhalten, das prozessordnungsgemäß festgestellt wurde, auch mit einem solchen sozialetischen Unwerturteil belegt werden darf.

2. Mindestvoraussetzungen für die Rechtfertigung des staatlichen Fremdbildes

Der Eingriff wurde bislang anhand des individuellen Schuldvorwurfs beschrieben, der mit einer strafrechtlichen Verurteilung einhergeht. Die Ausführungen bezogen sich damit auf den staatlichen Eingriff in Form der individuellen Verurteilung. Wie bereits dargestellt, besteht der Schuldvorwurf aber aus verschiedenen Elementen: Zum einen in der individuellen Verantwortlichmachung einer bestimmten Person; dieser Zuschreibungsprozess erfordert für seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung die objektive und subjektive Zurechnung des Verhaltens bzw. Erfolges. Geltung beansprucht diese Voraussetzung nicht nur im Strafrecht, sondern für jede Zuschreibung von Verantwortlichkeit für vergangenes Verhalten, so etwa im Ordnungswidrigkeitenrecht.²⁴⁹ Zum anderen besteht der Schuldvorwurf in dem staatlichen Unwerturteil, das zwar im Wege der Zuschreibung ebenfalls individualisiert wird, das aber grundsätzlich ohne Ansehung der Person bereits aus der Missbilligung des unter Strafe verbotenen Verhaltens resultiert. Dieses Unwerturteil ist damit bereits in Form des vertypten

²⁴⁷ Zu dem Ansehen einer Person abträglichen Äußerungen s. Jarass/Pieroth-Jarass, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 44; vgl. zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 57.

²⁴⁸ Zürcher, Legitimation von Strafe, 172.

²⁴⁹ Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 384 f.

Unrechts in der Sanktionsnorm angelegt, ohne dass jemand gegen die zugrundeliegende Verhaltensnorm verstoßen haben muss.²⁵⁰ Es trifft grundsätzliche Aussagen über die Bewertung des verbotenen Verhaltens und über die Personen, die erwägen, gegen das Verbot zu verstoßen. Ebenso wie bereits die angedrohte Strafe in Form von Freiheits- oder Geldstrafe einen Eingriff zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit tatgeneigter Personen darstellt, schränkt auch das abstrakt-generelle sozioethische Unwerturteil bereits echte Entfaltungsoptionen immerhin tatgeneigter Personen ein.²⁵¹ Die Rechtfertigungsvoraussetzungen für diesen strafrechtsspezifischen Eingriff sind im Folgenden zu konkretisieren. Lässt sich ein solches Unwerturteil bezüglich einer Verhaltensweise im Einzelfall aus Gründen nicht rechtfertigen, die außerhalb der Person und ihrer individuellen Situation liegen, sondern die Verhaltensweise selbst betreffen, so ist bereits die zugrundeliegende Sanktionsnorm von diesem verfassungsrechtlichen Defizit betroffen. Die Voraussetzungen, die im Einzelfall an die Rechtfertigung des individuellen Unwerturteils angelegt werden, müssen daher auch an die Sanktionsnorm gestellt werden.²⁵²

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist grundsätzlich anhand der Schrankentriade des Art. 2 I GG zu messen. Da den Schranken der Rechte anderer und des Sittengesetzes keine eigenständige Bedeutung zukommt, bedeutet dies einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt.²⁵³ Abwägungsfeste inhaltliche Vorgaben für staatliche Eingriffe lassen sich dem Gesetzestext selbst nicht unmittelbar entnehmen.²⁵⁴ Allerdings könnten sich inhaltliche Anforderungen aus der Eigenheit des Eingriffs in Form des sozioethischen Unwerturteils selbst in Zusammenhang mit der besonderen Eingriffsintensität ergeben. Solche Einschränkungen des legitimen Zwecks wären nicht gänzlich ungewöhnlich,²⁵⁵ sondern wurden insbesondere im Zusammenhang mit der Berufs-

²⁵⁰ So auch BVerfG NJW 2019, 2837 Rn. 35; BVerfGE 90, 145, 173; 105, 135, 153; vgl. auch *Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 134 f.

²⁵¹ *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 184, 196; zum Eingriffscharakter bereits der Strafnorm aufgrund der damit verbundenen sittlichen Missbilligung auch *Graßhof* in ihrem abw. Sondervotum BVerfGE 90, 145, 200.

²⁵² S. dazu BVerfGE 90, 145, 172 ff.; 120, 224, 239 f.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 27; s. aber auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 106 ff., der zwar die verfassungsprozessuale Betroffenheit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes verneint, den materiellen Eingriffscharakter für diesen Zeitpunkt allerdings offenlässt, da in jedem Fall spätestens mit Anklageerhebung ein materieller Grundrechtseingriff vorliege, a.a.O., 108 f.; für die Verfassungsmäßigkeit dieser konkret-individuellen Maßnahme sei auch die Verfassungsmäßigkeit der abstrakt-generellen Ermächtigungsgrundlage zu prüfen, a.a.O., 108.

²⁵³ So die ganz h.M. zur Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, s. bereits C. II., 45; zur Ablehnung einer eigenständigen Bedeutung für die Schranken der Rechte anderer und des Sittengesetzes C. II., 43 ff.

²⁵⁴ Zur hier vertretenen Ablehnung einer Beschränkung der Gesetzgebung auf den Schutz der „Rechte anderer“ s. bereits C. II.

²⁵⁵ S. bereits *Gentz*, NJW 1968, 1602, 1603 mit weiteren Beispielen.

freiheit aus Art. 12 I GG (sog. Stufentheorie), den Wahlgrundsätzen aus Art. 38 I S. 1 GG (besondere, sachlich legitimierte Gründe²⁵⁶), dem Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG bei Anwendung der sog. „neuen Formel“²⁵⁷ und sogar des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (sog. Sphärentheorie²⁵⁸) entwickelt.²⁵⁹ Damit erscheint es nicht ausgeschlossen, aus der Eigenheit und Intensität des Eingriffs besondere Anforderungen an die mit ihm verfolgten Zwecke abzuleiten.²⁶⁰

Der Ausschluss bestimmter Verhaltensweisen auf der Ebene des legitimen Zwecks kann bei der verfassungsrechtlichen Bewertung von Strafnormen selbstverständlich nur als erster Grobfilter fungieren. Im konkreten Einzelfall spielt die weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit den Stufen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eine bedeutende Rolle. Insbesondere aber, wenn mehrere mögliche Schutzrichtungen zusammentreffen, ist es wichtig, bereits auf der Stufe des legitimen Zwecks sorgfältig zu prüfen, ob jeder der vorgebrachten Zwecke auch in die weitere Prüfung und damit auch in die Interessensabwägung einbezogen werden darf.

a) Zum Einwand der Demokratiefeindlichkeit

Versuche, Einschränkungen der Strafgesetzgebung auf bestimmte vorgegebene Inhalte zu begründen, werden mit zunehmender Ungeduld und unter Hinweis auf Art. 20 II GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. [...]“) als demokratiefeindlich abgelehnt.²⁶¹ Gärditz betont die Notwendigkeit inhaltlicher Offenheit in einer Demokratie, die keine „objektiven Wahrheitsansprüche“ erhebe, sondern statt materieller Richtigkeit allein auf formale Richtigkeit ziele; Wahrheitsansprüche trügen „die Wurzel des Totalitären in sich“.²⁶² Selbst der mittels Ewigkeitsgarantie geschützte Verfassungskern beruhe nicht auf einem solchen metaphysischen Richtigkeitsanspruch.²⁶³

²⁵⁶ BVerfG NVwZ 2012, 622, 624: „Differenzierungen bedürfen daher zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten Grundes. Differenzierungen im Wahlrecht können durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann“; BVerfG NVwZ 2021, 59, 64: „Differenzierungen hinsichtlich der aktiven oder passiven Wahlberechtigung bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets besonderer, sachlich durch die Verfassung legitimer bzw. „zwingender“ Gründe, die von einem Gewicht sind, das der Gleichheit bzw. der Allgemeinheit der Wahl zumindest die Waage halten kann“; s. auch a.a.O., 62 zum Begriff der wahlrechtsimmanenten Zwecke.

²⁵⁷ Dreier-Heun, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 22.

²⁵⁸ Für einen Überblick s. Geis, JZ 1991, 112.

²⁵⁹ S. auch Goeckenjan, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 184, 201 f.; gegen eine Übertragung des zu Art. 12 I GG entwickelten Modells aber Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im demokratischen Verfassungsstaat, 216 f.

²⁶⁰ Vgl. auch Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 655 f. für die Vereinbarkeit des Zwecks mit dem von ihm konkretisierten Neutralitätsgebot.

²⁶¹ S. bereits die Nachweise in Abschnitt A., Fn. 24.

²⁶² Gärditz, Der Staat 2010, 331, 343.

²⁶³ Gärditz, Der Staat 2010, 331, 344.

Zuzustimmen ist dem insofern, als dass sich dem Grundgesetz eine Bewertung unterschiedlicher Lebensentwürfe, Überzeugungen oder Verhaltensweisen als wahr oder gut nicht entnehmen lässt – sofern sie nicht zu Lasten Dritter ausgeübt werden. Mehr noch: Das staatliche Neutralitätsgebot gebietet es gar, eine solche Einteilung zu unterlassen.²⁶⁴ Daraus folgt allerdings keine Wertneutralität des Grundgesetzes.²⁶⁵ Im Gegenteil: Gerade das Entziehen des Identitätskerns aus dem demokratischen Entscheidungsprozess durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG verdeutlicht dessen Wertgebundenheit.²⁶⁶ Sich auf diese Werte zu beziehen bedeutet damit nicht, metaphysische, absolute Wahrheiten zu propagieren, sondern sich der derzeitigen Verfasstheit unserer Gesellschaftsordnung bewusst zu sein. In dieser Gesellschaft, mit dieser Verfassung, stehen bestimmte Wertentscheidungen nicht zur Disposition der Gesetzgebung. Die formale Legitimation durch das demokratische Gesetzgebungsverfahren ist keineswegs die einzige Ebene, anhand derer die Verfassungsmäßigkeit von Normen zu beurteilen ist. Die inhaltliche Offenheit des Art. 20 II GG kann gem. Art. 1 III GG nur innerhalb des materiellen Rahmens der Grundrechte stattfinden. Selbst einem einfachen Gesetzesvorbehalt werden durch Schranken-Schranken materielle Grenzen gesetzt.

Richtig ist ferner, dass allein das Berufen auf vorkonstitutionelle Gedankenexperimente keine verfassungsrechtliche Herleitung ersetzt. In einer solchen Herleitung ist aber ein Rückgriff auf bestimmte vorkonstitutionelle Ideen und Konzepte nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Verfassungsinterpretation und -konkretisierung selbst bedient sich zahlreicher Bezugnahmen auf vorkonstitutionelle Argumentationsmuster.²⁶⁷ Das betrifft Konzepte von Freiheit und Gleichheit ebenso wie die Idee der Gerechtigkeit, die zumindest nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsstaatsprinzip gehört.²⁶⁸

Dies berücksichtigend erscheint es nicht ausgeschlossen, dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber bestimmte Schutzrichtungen für das Instrument des Strafrechts zu versagen. Ausgehend von der grundsätzlichen inhaltlichen Offenheit und Veränderbarkeit der demokratischen Ordnung lassen sich aber zu be-

²⁶⁴ *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 12 ff.; zur Herleitung des Neutralitätsgebots (u.a.) aus dem Grundgedanken der gleichen Behandlung aller Bürger*innen s. S. 89 f.

²⁶⁵ Gegen die vermeintliche Spannung zwischen Wertgebundenheit und Wertoffenheit s. auch *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 113 ff. Differenziere man zwischen dem Guten und dem Rechten, werde deutlich, dass sich die Neutralität gerade nur auf das Gute beziehe, sie also von vornherein selektiv sei.

²⁶⁶ *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 196 ff.

²⁶⁷ S. etwa *Zaczyk*, Der Staat 2011, 295, 297 ff. zur „Idee der Freiheit“ in Erwiderung auf *Gärditz*, Der Staat 2011, 331 ff.

²⁶⁸ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 45, 187, 246; 50, 205, 215; 95, 96, 130 f.; s. auch *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 307; dagegen aber *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, 308 ff., 312 ff., der dem Gerechtigkeitsargument des Bundesverfassungsgerichts die „These der Gerechtigkeitsexklusion“ entgegenstellt, a.a.O., 314 ff.

achtende Rahmenbedingungen für die Begründung entsprechender gesetzgeberischer Grenzen formulieren.

Zunächst kann es sich nur um Mindestanforderungen handeln, die an die Gesetzgebung gestellt werden. Nicht alles, was rechtspolitisch wünschenswert wäre, ist verfassungsrechtlich vorgegeben. Verfassungskonformes (Straf-)Recht kann handwerklich schlecht gemacht sein, systemwidrig gar, oder lediglich Symbolcharakter haben und daher von zweifelhaftem Nutzen sein. Das macht es nicht per se verfassungswidrig. Forderungen nach restriktivem, sinnvollem, ggf. kongruentem Strafrecht verlieren damit nicht ihre Berechtigung, sind aber auf einer kriminalpolitischen Ebene zu verorten.

Damit einher geht die Annahme, dass ein solches Vorhaben darauf beschränkt bleiben muss, negative Grenzen zu formulieren.²⁶⁹ Der Versuch, positiv bestimmte Schutzgüter vorzugeben, kann der Vielfältigkeit und Unvorhersehbarkeit (ggf. auch Beliebigkeit) gesellschaftlicher, regelungsbedürftiger Konfliktlagen nicht gerecht werden. Das gilt auch für das Vorhaben, „Verfassungsgüter“ zu bestimmen, zu deren Schutz allein der Strafgesetzgeber tätig werden dürfe.²⁷⁰ Bezweifeln ließe sich bereits, ob sich angesichts der umfassend verstandenen allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG überhaupt sinnvolle Einschränkungen vornehmen lassen.²⁷¹ Zudem ist nicht ersichtlich, wie sich eine solche Einschränkung verfassungsrechtlich begründen lässt. Es ist gerade zu unterscheiden zwischen solchen Grundrechten mit expliziter Eingriffsermächtigung und vorbehaltlosen Grundrechten, in die allein im Falle kollidierenden Verfassungsrechts eingegriffen werden darf. Die allgemeine Handlungsfreiheit sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht gehören zu Ersteren. Eingeschränkt werden können sie daher grundsätzlich durch alle Interessen, die ihrerseits im Einklang mit der Verfassung stehen.²⁷² Schließlich lässt sich auch die Praktikabilität eines solchen Ansatzes bezweifeln. Das Grundgesetz enthält zwar insbesondere in Form der Grundrechte grundlegende Wertungen. Diese lassen jedoch in der Regel einen großen Interpretationsspielraum zu.²⁷³ Gleichwohl sprechen Konkre-

²⁶⁹ *Appel*, Verfassung und Strafe, 577; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 140; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 120; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 263.

²⁷⁰ So aber *Bottke*, in: FS Lampe, 463, 488; vgl. auch *Sax*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Band III/2, 913 ff.; gegen beide Ansätze *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 215 ff.; gegen den Ansatz von *Bottke* auch *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 169; gegen den Ansatz von *Sax* s. *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 312 ff.; *Appel*, Verfassung und Strafe, 372 ff.; s. ferner *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 53 f.

²⁷¹ *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 352.

²⁷² Von Münch/Kunig-Kunig/Kämmerer, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 44; BVerfGE 90, 145, 173.

²⁷³ *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 169; vgl. auch *Gärditz*, Der Staat 2010, 33, 352 f.

tisierungsbedürftigkeit und Abstraktheit für sich genommen nicht gegen die Richtigkeit der Grundannahme an sich, sodass das letztgenannte Argument allein wohl nicht für eine Zurückweisung dieses Ansatzes genügen würde. Die fehlende verfassungsrechtliche Verankerung aber lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht überwinden.

b) Abgrenzung zu bloßem Ungehorsam

Für rechtlich organisierte Konfliktlösungen steht dem Staat nicht nur das Strafrecht zur Verfügung. Verwaltungsrechtliche Lösungen sind ebenso denkbar wie das Mittel des Ordnungswidrigkeitenrechts. Für interpersonale Konflikte kommen auch zivilrechtliche Regelungen in Betracht. Ausgehend von dem oben dargestellten Befund, dass sich das Strafrecht durch den spezifischen Schuldvorwurf und den darin enthaltenen materiellen Unrechtsbezug von anderen Regelungsmaterien unterscheidet, stellt sich die Frage, wie sich die Grenze für den erforderlichen Unrechtsbezug ziehen lässt.

Die Beantwortung der Frage hängt auch von dem Zusammenspiel von verfassungsrechtlichem Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab. Der hier vorgestellte Vorschlag zur Modifizierung des Eingriffszwecks hat zur Folge, dass die übrigen Stufen der Verhältnismäßigkeit weiterhin zur Anwendung kommen. So verstanden fungiert die Einschränkung des legitimen Zwecks lediglich als Grobfilter; auf dieser Stufe ist nur zu fragen, ob das vorgebrachte Interesse den im Folgenden zu entwickelnden Anforderungen genügt. Auch grundsätzlich legitime Interessen können aber in unterschiedlichem Ausmaß betroffen sein. Ob die konkrete Ausgestaltung der Strafnorm ein sozialetisches Unwerturteil insgesamt begründen kann, beantwortet sich aber nicht nur nach der Festlegung des legitimen Zwecks; ein solcher ist zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für ein sozialetisches Unwerturteil. Aufgrund der Zweckbezogenheit der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind aber auch die weiteren Prüfungsstufen im Hinblick auf den so eingeschränkten Zweck zu beziehen. Die verfassungsrechtliche Abwägung erfolgt damit im Hinblick auf die Schwere des Unrechtsvorwurfs, unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Spielräume bei der Auswahl der zu schützenden Interessen sowie bei Prognose-Entscheidungen.

Für die Abgrenzung des strafwürdigen Unrechts zu bloßem Ungehorsam bedeutet dies Folgendes: Für den legitimen Zweck ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass irgendein materielles zu schützendes Interesse benannt wird, das den im Folgenden noch zu beschreibenden Anforderungen genügt. Nicht ausreichend ist hingegen der bloße Hinweis auf die Absicherung einer anderweitig geregelten Verbotsnorm.²⁷⁴ Wird also ein verwaltungsrechtliches Verbot mit einer strafrechtlichen Sanktion abgesichert, so genügt der Hinweis auf die Durchsetzung der Verbotsnorm für sich genommen nicht, um ein Unrecht zu begründen, das über ein allgemeines Normbefolgungsinteresse hinausgeht. Die straf-

²⁷⁴ Kasper, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 435.

rechtliche Absicherung der Verbotsnorm ist damit aber auch noch nicht ausgeschlossen: Zulässig ist sie dann, wenn durch die in Bezug genommene Verbotsnorm selbst Interessen geschützt werden, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine strafrechtliche Sanktionsnorm genügen.²⁷⁵ Sollte das verwaltungsrechtliche Verbot mehrere Zwecke verfolgen, von denen nur manche den Anforderungen genügen, darf das strafrechtliche Verbot auch nur im Hinblick auf die Absicherung dieser Interessen eingesetzt werden.

Die Abgrenzung von strafrechtlichem Unrecht und bloßem Ungehorsam findet damit maßgeblich auf einer formellen Ebene statt, indem bestimmte Anforderungen an den Begründungsweg gestellt werden: Erforderlich ist, dass diese über den bloßen Verweis auf außerstrafrechtliche Verbotsnormen hinausgeht. Gleiches gilt für den Verweis auf andere strafrechtliche Verbotsnormen – auch hier kommt es maßgeblich auf die von der in Bezug genommenen Strafnorm geschützten Interessen an. Inwieweit sich materielle Anforderungen an ebenjene Interessen formulieren lassen, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

c) Ansätze zur Bestimmung (il)legitimer gesellschaftlicher Pönalisierungsinteressen

Wenn der Rechtsstaat das sozialetische Unwerturteil mit dem Vorwurf sozial-schädlichen Verhaltens begründet, ist in einem ersten Schritt zu verlangen, dass sich dieses Urteil auf Grundlage der elementaren Werteordnung der Gesellschaft in ihrer derzeitigen Verfasstheit begründen lässt. Dabei geht es weder um ein vorpositives Konzept von Sozialschädlichkeit noch um die Suche nach einem objektiv wahren Kern des Vorwurfs, sondern um seine Begründbarkeit auf der Grundlage der geltenden Werteordnung. Hierbei stellen sich die voneinander zu trennenden Fragen, wann ein Verhalten legitime gesellschaftliche Interessen berührt und ab wann dieses Verhalten mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt werden darf. Für den Vorwurf des sozialschädlichen Verhaltens müssen im jeweiligen Verhalten immerhin potenziell schädliche Auswirkungen auf die Gesellschaft angelegt sein. Damit sind auch solche Handlungen auszuschließen, die lediglich ordnungsrechtlichen Verhaltensvorschriften zuwiderlaufen, ohne dass ihnen selbst der Schutz gesellschaftlicher Interessen (über das Interesse an Normenbefolgung hinaus) zugrunde liegt. Schließlich erfordert die repressive Natur des Tadels, dass der Unrechtsbezug in dem vorzuwerfenden vergangenen Verhalten begründet liegen muss,²⁷⁶ in ihm also zumindest die Gefahr für ein gesellschaftliches Interesse angelegt ist. Dies gilt auch dann, wenn man den legitimierenden Strafzweck präventiv begreift. Die präventive Ausrichtung führt nur

²⁷⁵ Vgl. BVerfGE 80, 244, 256; für den Rückgriff auf die hinter verwaltungsrechtlichen Schutzkonzepten stehenden Interessen im Falle des Umweltstrafrechts s. auch *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 138; vgl. ferner *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 435.

²⁷⁶ Vgl. *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 34 f. im Hinblick auf das formelle Schuldprinzip.

dazu, dass der Schuldvorwurf funktional (auch) im Hinblick auf zukünftige Effekte hin einzusetzen ist. Sein Bezugspunkt bleibt jedoch auch in einem grundsätzlich präventiv ausgerichteten Legitimationsmodell das vergangene Verhalten.²⁷⁷ Die Präventionstheorien selbst sind inhaltlich neutral und setzen die Legitimation der zu sichernden Verhaltensnorm voraus.²⁷⁸ Materielle Anforderungen an das unter Strafe verbotene Verhalten sind somit auf Maßstäbe außerhalb der jeweiligen Strafzwecktheorie angewiesen. Es erfolgt in dieser Arbeit daher keine positive Festlegung auf einen bestimmten Zweck, der mit der Strafbewehrung verfolgt werden darf, sondern eine Einschränkung, die gleichermaßen für präventiv begründete wie auch schuldausgleichende oder expressive Strafzwecke zu berücksichtigen ist.

Das demokratische Regelungsgefüge befindet sich zwangsläufig in einem Spannungsfeld zwischen gesamtgesellschaftlichen Interessen, Mehrheitsinteressen und individuellen (Freiheits-)Interessen. Der strafrechtliche Schutz gesamtgesellschaftlicher Interessen erscheint dabei weniger problematisch.²⁷⁹ Solche gesamtgesellschaftlichen Interessen, die gleichzeitig die individuelle Entfaltungsfreiheit auf der einen Seite und den Eigenwert demokratischer Mitwirkungs- und Entscheidungsfreiheiten auf der anderen Seite berücksichtigen, lassen sich durch zwei kumulative Kriterien bestimmen: Reziprozität und Allgemeinheit. Reziprozität bedeutet dabei das wechselseitige Zugestehen gleicher Entfaltungsbedingungen, Allgemeinheit, dass niemand von diesen ausgeschlossen werden darf.²⁸⁰ Die Qualifizierung eines Verhaltens als gesellschaftsschädlich legt niemandem ein „Sonderopfer“ auf, wenn die geschützte Position potenziell allen Mitgliedern der Gesellschaft zu Gute kommt, so etwa der Erhalt staatlicher Strukturen und Institutionen, die für das menschliche Zusammenleben bedeutsam²⁸¹ sind, oder der

²⁷⁷ Vgl. auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 578: „Ihm [Anm. d. Verf.: = dem Einzelnen] darf nur jener Normverstoß vorgehalten werden, zu dem er in einem ausreichenden rechtlichen Verantwortungszusammenhang steht. Die Primärsanktion muß danach zwingend auf den Zweck bezogen sein, gerade die desavouierte – von der strafrechtlichen Sanktionsnorm in Bezug genommene – Verhaltensnorm zu rehabilitieren. Darüber hinausgehende generalpräventive Zwecke können mit dem Mittel des Strafrechts zulässigerweise nicht verfolgt werden.“

²⁷⁸ *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 145.

²⁷⁹ Vgl. aus einer überwiegend systemtheoretischen Perspektive *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 206 f.

²⁸⁰ *Forst*, in: Gosepath (Hrsg.), Motive, Gründe Zwecke, 168, 175 ff., insbes. 176; *Hohnerlein*, Der Staat 2017, 227, 239 f.

²⁸¹ Ausgehend von dem Vorwurf gesellschaftsschädlichen Verhaltens und der Suche nach Mindestvoraussetzungen für seine Rechtfertigung erscheint eine Einschränkung auf *unverzichtbare* kollektive Rechtsgüter bzw. Funktionseinheiten, wie sie etwa *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 87, oder *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 197, vornehmen, nicht zwingend. Stattdessen lässt sich auf Grundlage des im Grundgesetz verankerten normativen Individualismus verlangen, dass ein legitimes kollektives Rechtsgut sich letztlich auf die Interessen der einzelnen Individuen zurückführen lässt; so ist für den Schutz von Institutionen und anderer gemeinschaftlicher Strukturen zu berücksichtigen, dass diese keinen Selbstzweck verfolgen, sondern dem Schutz bzw. der Entfaltung von Individuen dienen.

natürlichen Lebensgrundlagen. Für letztere, namentlich in Form der Umwelt- und Klimaschutzdelikte, ergibt sich die Einordnung als verfassungsrechtlich legitimes Ziel darüber hinaus aus Art. 20a GG. Gesamtgesellschaftliche Interessen sind dabei nicht einmal auf die aktuellen Mitglieder der Gesellschaft beschränkt. Im sog. Klima-Beschluss²⁸² hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass das Klimaschutzgebot zum Erhalt der Lebensgrundlagen auch für zukünftige Generationen zu staatlichen Maßnahmen verpflichtet. Verfassungsrechtliche Rechtfertigungsdefizite solcher „klassischen“ kollektiven Rechtsgüter dürften sich vornehmlich auf der einzelfallbezogenen Abwägungsebene der Angemessenheit abspielen, oder – in Fällen, in denen das Gefährdungs- bzw. Schädlichkeitspotenzial sich erst aus der Kumulation massenhafter Verstöße ergibt – auf der Stufe der Geeignetheit. *Hefendehl* hat bereits überzeugend ausgeführt, dass auch unter Zugrundelegung eines solchen Kumulationsgedankens die Pönalisierung der Einzelhandlung gerechtfertigt werden kann.²⁸³ Die fehlende Eignung drängt sich allerdings auf bei Verhaltensweisen, bei denen schon die gesellschaftliche Relevanz in Frage steht; zu nennen sind hier etwa §§ 90, 90a StGB. Diesbezüglich sei an dieser Stelle nur auf die überzeugende Kritik von *Hörnle*²⁸⁴ verwiesen.

Dass gesellschaftliche Interessen am Schutz ihrer Mitglieder vor Verletzungen ihrer rechtlich anerkannten Positionen durch Dritte im Grundsatz legitim sind, steht ebenfalls außer Frage.²⁸⁵ Für besonders schwerwiegende Rechts(guts)verletzungen trifft den Staat sogar eine Schutzpflicht.²⁸⁶

Beide Konstellationen werden im Folgenden weitestgehend ausgeblendet, da sich ausgehend von dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip und dem Vorwurf sozial-schädlichen Verhaltens zumindest keine grundsätzlichen Legitimitätsprobleme aufdrängen.

²⁸² BVerfGE 157, 30.

²⁸³ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 182 ff.; zustimmend *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 182 f., die zudem ergänzend auf Fairnesserwägungen abstellt: Es sei anmaßend, wenn einzelne Personen sich selbst, nicht aber allen anderen Personen ein bestimmtes Verhalten zugestehen würden. Dies sei mit dem Grundsatz gleicher Rechte aller unvereinbar; zurückhaltender *Sternberg-Lieben*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 65, 73.

²⁸⁴ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 259 ff. Sie bezeichnet beide Delikte auch als „unechte Staatsschutzdelikte“, so auf S. 336.

²⁸⁵ S. dazu etwa *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 201. Existenz und Umfang solcher Positionen unterliegen aber selbstverständlich dem gesellschaftlichen Wandel. Schon allein deshalb scheint die positive Festlegung auf bestimmte Kriterien unzureichend.

²⁸⁶ Ob sich daraus auch die *Pflicht* zum Einsatz des Strafrechts herleiten lässt, ist zwar fraglich; in jedem Fall ist aber der Einsatz von Strafrecht in diesen Fällen keinen grundsätzlichen Legitimationszweifeln ausgesetzt. Zur Entwicklung der Schutzpflicht-Argumentation durch das BVerfG s. *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 47 ff.; s. ferner *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 59 ff. Kritisch zur Verallgemeinerbarkeit der Argumentation insbesondere im Hinblick auf eine *Strafpflicht* *Gärditz*, in: *Bäcker/Burchardt* (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 15, 30 ff.

Problematischer erscheinen hingegen gesellschaftliche Konformitätsinteressen abseits individueller Rechts(guts)verletzungen.²⁸⁷ Interessen an der Regulierung der von Mehrheitsüberzeugungen abweichenden Verhaltensweisen sind in großem Umfang vorstellbar. Abweichendes Verhalten kann zu Irritation, Unsicherheit und Empörung führen,²⁸⁸ äußere Konformität hingegen kann das Gefühl von Sicherheit und den Eindruck von Friedlichkeit erwecken. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob diese Konformitätsinteressen in einem demokratischen Rechtsstaat auch herangezogen werden dürfen, um abweichendes Verhalten mit einem sozialetischen Unwerturteil zu belegen. Auch stellt sich die Frage, ob und wie sich Bereiche formulieren lassen, die der gesellschaftlichen Bewertung von vornherein entzogen sind, weil sie allein dem selbstbestimmten Handeln der betroffenen Personen zuzuordnen sind.

Aus der grundgesetzlichen Entscheidung für das demokratische Mehrheitsprinzip folgt dabei noch nicht zwangsläufig auch eine normativ-legitimatorische Priorisierung von Mehrheitsinteressen. Um die verschiedenen Interessen miteinander in ein Verhältnis setzen zu können, ist vielmehr ein Blick auf das Gesellschaftsmodell des Grundgesetzes zu werfen.

Es gibt verschiedene vorkonstitutionelle Gesellschaftsmodelle zur Legitimation demokratischer Herrschaft. Normativ-individualistische Ansätze wurden insbesondere im Zusammenhang mit den Gedankenexperimenten zum Gesellschafts- bzw. Sozialvertrag während der Aufklärung populär.²⁸⁹ Wie Vertreter der personalen Rechtsgutslehre heute noch fordern, seien Einschränkungen der Freiheit nur zu dem Zweck zulässig, die Freiheit Anderer zu schützen.²⁹⁰ Aber auch dem Utilitarismus liegt ein normativ-individualistisches Denken zugrunde, weshalb eine Gleichsetzung der Vertragstheorien mit dem normativen Individualismus nicht angezeigt ist.²⁹¹ Im Gegensatz zum normativen Individualismus steht das Prinzip des normativen Kollektivismus. Politische und rechtliche Entscheidungen finden ihre letzte Begründung danach in einem Kollektiv, etwa dem Staat, einer Bewegung, oder anderen Funktionszusammenhängen.²⁹²

Nicht nur in dieser Hinsicht versteht sich das Grundgesetz als Gegenentwurf zum kollektivistischen Gesellschaftsbild des Nationalsozialismus.²⁹³ Dass Mehr-

²⁸⁷ *Hohnerlein*, Der Staat 2017, 227, 240; s. anhand des Beispiels von Burka-Verboten *Rusteberg*, in: Abraham/Zimmermann/Zucca-Soest (Hrsg.), Vorbedingungen des Rechts, 217, 221 ff.

²⁸⁸ *Papageorgiou*, Schaden und Strafe, 263 ff.

²⁸⁹ *Von der Pfordten* weist aber richtig darauf hin, dass insbesondere der Ansatz von *Hobbes* „nur als partiell normativ-individualistisch“ bezeichnet werden könne, da nach der Etablierung des Staates „kaum Vorkehrungen für die Berücksichtigung der Individuen getroffen“ seien, s. dazu *von der Pfordten*, JZ 2005, 1069, 1070.

²⁹⁰ S. dazu bereits Kapitel B, insbes. Abschnitt III.

²⁹¹ *Von der Pfordten*, JZ 2005, 1069, 1070.

²⁹² *Von der Pfordten*, JZ 2005, 1069 f.

²⁹³ Zum kollektivistischen Gesellschaftsbild des Nationalsozialismus s. *Alexy*, in: Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 219, 225 f. Zum Grundgesetz als

heitsinteressen eine bedeutsame Rolle zukommt, kann angesichts der Festlegung in Art. 20 II GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. [...]“) nicht bezweifelt werden. Dies spiegelt sich in der Möglichkeit wider, einige Grundrechte, darunter Art. 2 I GG, mittels einfachem Gesetzesvorbehalt einzuschränken. Allerdings liegt der Fokus des Grundgesetzes auf der individuell-freiheitssichernden Perspektive.²⁹⁴ Dementsprechend lässt sich überzeugend begründen, dass das Grundgesetz von einem normativen Individualismus ausgeht.²⁹⁵ Das zeigt sich nicht zuletzt in der prominenten Voranstellung der Grundrechte, allen voran die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG als „Leitprinzip der Grundrechte“²⁹⁶, was sich als bewusste Umkehr im Vergleich zur Weimarer Reichsverfassung einordnen lässt.²⁹⁷ Deutlicher war dies zwar noch in Art. 1 I des sog. Herrenchiemseeentwurfs mit der Formulierung: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“²⁹⁸ Dass diese Formulierung letztlich nicht übernommen wurde, hing allerdings nicht mit einer inhaltlichen Abkehr von dieser Aussage zusammen, sondern hatte stilistische Gründe.²⁹⁹ Aus Art. 1 I GG wird auch in seiner jetzigen Form der Schluss gezogen, „dass der Staat in erster Linie die Aufgabe hat, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass jeder Einzelne seine Persönlichkeit möglichst frei entfalten und von seinen Grundrechten Gebrauch machen kann.“³⁰⁰

Aber auch der normative Individualismus steht in der Kritik. Liberale Modelle verstehen staatliche Interventionen als Eingriffe in individuelle Freiheitsphären und richten daher den Fokus auf subjektive Abwehrmöglichkeiten gegen den Staat. Dies kritisieren etwa kommunitaristische und republikanische Modelle, welche die Bedeutung von Gemeinschaftsprojekten betonen und die Ausübung demokratischer Herrschaft selbst als Ausdruck bürgerlicher Freiheit verstehen. Sie sind aber nicht zwangsläufig als Gegensätze zum normativen Individualismus zu verstehen.³⁰¹ So ist ein gemäßigter Kommunitarismus durchaus mit

Gegenentwurf zum Regime des Nationalsozialismus einerseits sowie als Antwort auf die Fehler der Weimarer Verfassung s. *Stolleis*, in: *Duncker* (Hrsg.), *Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie*, 369, 370.

²⁹⁴ Von Münch/Kunig-Kotzur, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 7.

²⁹⁵ Ausführlich von der Pfordten, JZ 2005, 1069, 1071 ff.; *ders.*, ZpF 2004, 321, 339 ff.; s. ferner *Hohnerlein*, *Der Staat* 2017, 227; s. aber zu einer umfassenden kommunitaristischen Interpretation des Grundgesetzes *Brugger*, AÖR 1998, 337, 358 ff.

²⁹⁶ *Hohnerlein*, *Der Staat* 2017, 227, 245.

²⁹⁷ Von der Pfordten, JZ 2005, 1069, 1072.

²⁹⁸ Abgedruckt in: *Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen*, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, Anhang, 61.

²⁹⁹ Von der Pfordten, JZ 2005, 1069, 1071.

³⁰⁰ Epping/Hillgruber-Huster/Rux, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 116; vgl. auch *Sternberg-Lieben*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsguttheorie*, 65, 67.

³⁰¹ *Haltern* etwa betont, dass der Kommunitarismus in dieser Art der Auseinandersetzung nur einer spezifischen Ausprägung des Liberalismus gegenübergestellt wird, nämlich einem Neutralitätsliberalismus, s. dazu *Haltern*, *KritV* 2000, 153, 155.

einem normativ individualistischen Ansatz in Einklang zu bringen.³⁰² Gleiches gilt für republikanische Ansätze, wenn man demokratische Mitwirkungsfreiheit als bedeutsam für die individuelle Entfaltungsfreiheit versteht.³⁰³ *Habermas* geht in seinem deliberativen Demokratiemodell noch einen Schritt weiter, indem er die Autonomie als Kommunikationsvoraussetzung für den politischen Diskurs benennt.³⁰⁴ Auch jenseits seines deliberativen Modells ist die Bedeutung der Möglichkeit politischer Mitwirkung und Gestaltung für die individuelle Entfaltungsfreiheit unmittelbar einsichtig. Aber auch wenn die Grundrechte, allen voran die Kommunikationsgrundrechte, damit (auch) eine deutliche demokratie-funktionale Dimension aufweisen, so ändert sich dadurch nichts an ihrer dogmatischen Grundstruktur: Die Möglichkeit ihrer Nutzung für gesamtgesellschaftliche Betätigungen steht zur freien Disposition der Individuen.³⁰⁵

Das bedeutet nicht, dass die Perspektive, (Teilnahme an) demokratische(r) Herrschaft und Gestaltung auch als Ausdruck von Freiheit zu verstehen, unberücksichtigt bleiben muss. Gemeinschaftliche Institutionen und Verbände sind für die Ausübung und Gewährleistung von individueller Freiheit von nicht zu leugnender Bedeutung. Entscheidend ist aber, dass solche Institutionen und Verbände keinen Selbstzweck verfolgen, sondern sich auf (ggf. kumulative) Individualinteressen zurückführen lassen.

Einwenden ließe sich gegen die Annahme einer normativ-individualistischen Prägung des Grundgesetzes möglicherweise, dass das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft immer wieder auf die gesellschaftliche Eingebundenheit der Individuen abstellt. Grundlegend führte es im Jahr 1954 zum „Menschenbild“ des Grundgesetzes aus:

„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.“³⁰⁶

³⁰² *Von der Pfordten*, JZ 2005, 1069, 1070.

³⁰³ *Hohnerlein*, Der Staat 2017, 227, 239.

³⁰⁴ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, 187 ff., insbes. 188: „Nur aus Strukturen unversehrter Intersubjektivität kann die kommunikative Macht gemeinsamer Überzeugungen hervorgehen.“

³⁰⁵ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 86; *Enders*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2005, § 33 Rn. 39.

³⁰⁶ BVerfGE 4, 7, 15 f. *Häberle* bezeichnet diese Passage als „Urtext“ zu Menschenbildfragen, s. *ders.*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, 48.

Die Bezugnahme auf das Menschenbild blieb in späteren Entscheidungen zwar aus, die Annahme einer „gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Person“ ist aber seither eine gängige Argumentationsfigur.³⁰⁷ Dies nun aber als Beleg gegen eine normativ-individualistische Prägung des Grundgesetzes anzuführen, ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Bereits die Annahme eines einheitlichen grundgesetzlichen Menschenbildes ist zweifelhaft,³⁰⁸ zeichnet sich der pluralistische Staat doch gerade durch eine „große Vielfalt von Selbstverständnissen, Lebensentwürfen und Sinnstiftungen“³⁰⁹ aus. Kritisiert wird an der argumentativen Heranziehung eines Menschenbildes zudem, dass es sich aufgrund fehlender Konturschärfe nahezu beliebig einsetzen ließe. *Dreier* spricht gar von einem „irrlichternde[n] Charakter der Menschenbild-Formel“, das „eher Trugbild als Leitbild“ sei,³¹⁰ *Huber* von einer „interpretatorische[n] Allzweckwaffe“.³¹¹ *Stolleis* weist darauf hin, dass wohl nicht zufällig immer dann von dem Menschenbild der Verfassung gesprochen werde, wenn es um ethisch kontroverse Themen gehe: Das Berufen auf das Menschenbild eigne „sich dazu, dem eigenen Argument sozusagen ein gewisses unangreifbares Verfassungspathos zu geben, obwohl doch recht leicht zu sehen ist, wie wenig inhaltlich gefüllt und wie historisch wandelbar diese Formel ist.“³¹²

Auch jenseits der Heranziehung eines Menschenbildes enthält die Grundaussage des Bundesverfassungsgerichts letztlich nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit: Dass grundrechtlich gewährleistete Freiheiten angesichts nicht zu vermeidender Interessenskonflikte im menschlichen Zusammenleben auch grundsätzlich zugunsten von Gemeinschaftsgütern eingeschränkt werden können müssen, lässt sich kaum bezweifeln,³¹³ steht aber auch der Annahme einer normativ-individualistischen Grundausrichtung des Grundgesetzes nicht entgegen. Normativer Individualismus bedeutet keinen unbedingten Vorrang individueller (Freiheits-)Interessen. Stattdessen geht es um die Frage, auf welche Grundlage sich bestimmte, auch gesellschaftliche, Interessen am Ende zurückführen lassen müssen.³¹⁴ Dass das Bundesverfassungsgericht auch selbst nicht von einem unbe-

³⁰⁷ BVerfGE 27, 1, 7; 27, 344, 351; 33, 303, 334; 45, 187, 227; 50, 290, 353; s. dazu auch *Becker*, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 41 ff.; *Bumke*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 197 ff.; *Stolleis*, in: Duncker (Hrsg.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 369, 370 ff.

³⁰⁸ Kritisch auch *Stolleis*, in: Duncker (Hrsg.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 369, 374 ff.

³⁰⁹ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. I 1 Rn. 167; *Huber*, Jura 1998, 505, 511.

³¹⁰ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. I 1 Rn. 167; auch *Stolleis* kritisiert die Formel vom „Menschenbild der Verfassung“ als irreführend, s. *ders.*, in: Duncker (Hrsg.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 369, 374.

³¹¹ *Huber*, Jura 1998, 505.

³¹² *Stolleis*, in: Duncker (Hrsg.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 369, 375.

³¹³ Als „trivial“ bezeichnet diese Grundaussage *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 293 f.

³¹⁴ *Von der Pfordten* differenziert an dieser Stelle zwischen dem deskriptiv-empirischen,

dingten Vorrang von Kollektiven ausgeht, hat es in der NPD II-Entscheidung deutlich gemacht. Zum Gehalt der Menschenwürdegarantie führt es darin aus:

„Die Würde des Menschen bleibt nur unangetastet, wenn der Einzelne als grundsätzlich frei, wenngleich stets sozialgebunden, und nicht umgekehrt als grundsätzlich unfrei und einer übergeordneten Instanz unterworfen behandelt wird. Die unbedingte Unterordnung einer Person unter ein Kollektiv, eine Ideologie oder eine Religion stellt eine Missachtung des Wertes dar, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins [...] zukommt.“³¹⁵

Normativer Individualismus ist auch nicht gleichzusetzen mit Forderungen nach einem Minimal-Staat.³¹⁶ Selbst wenn man die Grundrechte im Schwerpunkt als Abwehrrechte versteht, geht damit nicht die Forderung nach einem völligen Rückzug des Staates einher. Stattdessen folgt daraus ein „struktureller Rechtfertigungszwang für staatliche Eingriffe, die einer strikten Formalisierung und Rationalisierung unterworfen werden“³¹⁷. Die Finanzierung des Gemeinwesens über Steuern, der Ausbau des öffentlichen Nahverkehrs oder die Förderung von Bildung und Kultur sind auch aus einer normativ-individualistischen Perspektive zu legitimieren, da sie individuelle Entfaltungsbedingungen und Teilhabemöglichkeiten verbessern. In jeder Gesellschaft wirken zudem zahlreiche strukturelle Machtverhältnisse, die bewirken, dass die Abwehr staatlicher Intervention nicht ausreicht, um das demokratische Versprechen von Freiheit und Gleichheit für alle Personen gleichermaßen zu erfüllen. Neben der abwehrrechtlichen Dimension von Grundrechten sind daher auch die grundrechtlichen Dimensionen der Gewährleistung und Teilhabe für eine freiheits- und entfaltungssichernde Gesetzgebung in den Blick zu nehmen.³¹⁸ Auch innerhalb des gesetzten Rahmens fungieren grundgesetzliche Wertentscheidungen als Leitbild.³¹⁹

Die dem normativen Individualismus zugrundeliegende Sicherung individueller Entfaltungsfreiheit wird insbesondere durch das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet, das dem demokratischen Mehrheitsprinzip einerseits mit der Bindung der staatlichen Gewalten an die Grundrechte, andererseits mit seinen materiellen Gerechtigkeitsideen³²⁰ gegenübersteht. Besonders deutlich wird das durch die Schranken-Schranken, die dem einfachen Gesetzesvorbehalt auferlegt sind. Durch das weite Verständnis von Art. 2 I GG als allgemeine Handlungs-

dem normativ-rechtlichen und dem normativ-rechtsethischen Verhältnis zwischen Individuum und Gesellschaft, s. *ders.*, Normativer Individualismus, ZphF 2004, 321, 342.

³¹⁵ BVerfGE 144, 20, 207.

³¹⁶ *Von der Pfordten*, JZ 2005, 1069, 1070.

³¹⁷ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 87.

³¹⁸ Zu den verschiedenen Funktionen der Grundrechte s. *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 84 ff.; *Volkmann*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 18 Rn. 42 ff.

³¹⁹ Vgl. *Rossen-Stadtfeld*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 178 ff.; *Volkmann*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 16 Rn. 41.

³²⁰ *Hohnerlein*, Der Staat 2017, 227, 245.

freiheit sind staatliche Maßnahmen in großem Umfang als Eingriff zu qualifizieren und damit gegenüber den beeinträchtigten Individualinteressen rechtfertigungsbedürftig. Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³²¹ sichert die Rechte Einzelner gegenüber der Mehrheitsgesellschaft.³²²

Gesetzgeberische Maßnahmen befinden sich damit stets im Spannungsfeld zwischen demokratischem Mehrheitsprinzip und der Sicherung individueller Freiheit, mithin zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.³²³ Trotz dieser Spannung lassen sich beide Prinzipien aber auf dieselbe Grundlage zurückführen, nämlich die Garantie gleicher Freiheit,³²⁴ welche wiederum der Menschenwürde zugrunde liegt.³²⁵ Beide Grundsätze sind ferner nicht nur inhaltlich miteinander verbunden, sondern auch aufeinander angewiesen. So ist die grundsätzliche Beliebigkeit von Mehrheitsentscheidungen in ihrer allgemeinen Verbindlichkeit nur dann für alle (insbesondere die jeweils unterlegene Minderheit) zumutbar, wenn sie in einem (zwar zeitlich relativen aber immerhin für den Moment verbindlichen) Rahmen materieller Garantien wie der Grundrechte stattfindet.³²⁶ Im sog. Elfes-Urteil, in dem das Bundesverfassungsgericht grundlegende Ausführungen zu den Voraussetzungen der Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit anstellte, hob es explizit hervor, dass die öffentliche Gewalt durch die wertgebundene Grundordnung des Grundgesetzes begrenzt sei. Diese Ordnung sichere „die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft“.³²⁷ Die Gesetze müssten nicht nur formell ordnungsgemäß ergehen, sondern „auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen“.³²⁸ Der so vorgegebene Rahmen ist allerdings derart vage, dass es für viele Regelungsfelder einen großen Entscheidungsspielraum für Mehrheitsentscheidungen gibt. Einen solchen Spielraum etwa durch ein Konsensprinzip zu verengen, wäre gleichermaßen unpraktikabel und autonomiehinderlich. Mehrheitsentscheidungen durch einstimmigen Konsens zu ersetzen, widerspräche nicht nur der Idee der konstruktiven Auseinandersetzung, in der abweichende Positionen klar bezogen werden (müssen).³²⁹ Ein derartiges

³²¹ Zu den unterschiedlichen Auffassungen zur Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips s. Dreier/*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 145 m.w.N.

³²² Epping/Hillgruber-Huster/Rux, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 190.

³²³ Epping/Hillgruber-Huster/Rux, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 152.

³²⁴ Epping/Hillgruber-Huster/Rux, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 152.

³²⁵ Zum Zusammenspiel von Würde, Freiheit und Gleichheit s. Baer, University of Toronto Law Journal 2009, 417, 418 ff.

³²⁶ Friauf/Höfling-Volkman, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. EL II/01, C Art. 20, Demokratieprinzip Rn. 16.

³²⁷ BVerfGE 6, 32, 40.

³²⁸ BVerfGE 6, 32, 41.

³²⁹ Möllers, Demokratie, 31 f.

Vorhaben wäre auch praktisch kaum umsetzbar, da ein starker Autonomie-Fokus mit einer Vielzahl unterschiedlicher Vorstellungen und Lebensentwürfe bzw. -realitäten einhergeht. Diese einem gesamtgesellschaftlichen Konsensprinzip zu unterwerfen, würde die Pluralität nicht nur erheblichen äußeren Konformitätszwängen aussetzen, sondern damit auch zugleich ihre Entstehungsbedingung, nämlich die Autonomie selbst, in Frage stellen.

Für die Bestimmung illegitimer Pönalisierungsinteressen bietet diese Ausgangslage zwei verschiedene Ansätze an. Zum einen lassen sich (mehrheits-)gesellschaftliche Konformitätsinteressen in den Blick nehmen und auf ihre Vereinbarkeit mit den materiellen Grundentscheidungen des Grundgesetzes überprüfen. Zum anderen kann die dem normativen Individualismus zugrundeliegende individuelle Entfaltungsfreiheit in den Mittelpunkt gerückt werden. Hier stellt sich die Frage, inwiefern sich aus dem Konzept der Selbstbestimmung bestimmte Ausgrenzungspotenziale im Hinblick auf gesellschaftliche „Einmischungen“ und Negativ-Bewertungen des entsprechenden Verhaltens ergeben können.

Im Ergebnis spielen daher ähnliche verfassungsrechtliche Maßstäbe eine Rolle, wie sie auch das Bundesverfassungsgericht mit dem Rechtsstaatsprinzip sowie der Würde und Eigenverantwortlichkeit der Menschen für das verfassungsrechtliche Schuldprinzip anbringt. Letztlich geht es in beiden Ansätzen um das Verhältnis der Person zur Gesellschaft und um die Frage, unter welchen Voraussetzungen einzelne Personen für bestimmte Vorgänge individuell verantwortlich gemacht und mit einem Unwerturteil belegt werden dürfen.

Zu ergänzen sind die Maßstäbe allerdings durch das Demokratieprinzip, das in mehrfacher Hinsicht Auswirkungen auf die Maßstäbe zur Bewertung von Unrecht hat. Zum einen verdeutlicht es die Wandelbarkeit der gesellschaftlichen Werte und Grundüberzeugungen und damit einhergehend den großen Spielraum bei der Bewertung unerwünschter Verhaltensweisen als Unrecht.³³⁰ Zum anderen könnten sich daraus aber auch Grenzen ergeben: Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis umfasst das Demokratieprinzip nicht nur die Legitimation durch Verfahren im Sinne von ordnungsgemäß zustande gekommenen Mehrheitsentscheidungen. Stattdessen lässt sich unmittelbar aus dem Demokratieprinzip auch das Element des Minderheitenschutzes herleiten.³³¹ Dieser wird neben bestimmten Oppositionsrechten auch materiell durch die Grundrechte gewährleistet.³³² Die Herrschaftsform der Demokratie ist unmittelbar verknüpft mit der Vorstellung der Menschen als Freie und Gleiche. Die freiheitliche demokratische Grundordnung erfüllt dabei keinen Selbstzweck, sondern hat ihre Grundlage in der Würde des Menschen nach Art. 1 I GG.³³³ Diese demokrati-

³³⁰ S. auch *Möllers*, Demokratie, 19: „Die Idee der Schuld hat eine demokratische Wurzel.“

³³¹ Jarass/Pieroth-Jarass, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 14; anders aber *Möllers*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 5 Rn. 45; vgl. auch *Huber*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 6 Rn. 57, der stattdessen das Rechtsstaatsprinzip heranzieht.

³³² Jarass/Pieroth-Jarass, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 14.

³³³ BVerfGE 144, 20, 206 f.

schen Grundbedingungen könnten mehrheitsgesellschaftlichen Pönalisierungsinteressen Grenzen setzen.³³⁴

aa) Verhältnis von sozialetischem Unwerturteil und Konformitätsinteressen

Als gesellschaftliche Konformitätsinteressen, die nicht in dem Schutz von (ggf. kumulativen) Individualinteressen begründet liegen, lassen sich verschiedene, sich allerdings zum Teil überschneidende bzw. fließend ineinander übergehende Konstellationen benennen. Denkt man sich eine Skala mit zunehmendem Unfriedlichkeitspotenzial (als Potenzial für die Störung gesellschaftlicher Friedlichkeit bzw. Konformität), lässt sich am unteren Ende das vergleichsweise profane Interesse der Mehrheitsgesellschaft am Erhalt des (von ihr favorisierten) Status Quo verorten. Am oberen Ende der Skala stehen Interessen an der Verhinderung von Verhaltensweisen, die die Friedlichkeit des gesellschaftlichen Zusammenlebens derart beeinträchtigen, dass sie die Gefahr von Straftaten gegen Einzelpersonen oder Personengruppen in sich tragen. Dazwischen liegen andere Formen sogenannter Klimadelikte, die den Schutz des gesellschaftlichen Klimas bezwecken. Zum Teil wird in diesen Fällen auch auf das (uneinheitlich definierte) Schutzgut des öffentlichen Friedens abgestellt.³³⁵ Während am oberen Ende der Skala bereits Individualinteressen betroffen sind, stellt sich die Frage, ob und bejahendenfalls wo unterhalb dieser Schwelle eine Grenze gezogen werden kann für die Differenzierung zwischen gewissen gesellschaftlichen Spannungen, die in einer pluralistischen Gesellschaft auszuhalten sind, und legitimen Pönalisierungsinteressen zur Sicherung eines friedlichen Zusammenlebens. Bei der Einordnung verschiedener Pönalisierungsinteressen ist ferner zu beachten, dass die Benennung des Rechtsguts allein nicht immer weiterhilft. So gibt es durchaus unterschiedliche Auffassungen davon, was sich genau hinter dem Rechtsgut des „öffentlichen Friedens“ verbirgt.³³⁶

Auch gesellschaftliche Tabus spielen bei der Begründung von Konformitätsinteressen eine Rolle, wobei die Verortung auf der angesprochenen Skala schwerfällt. Das mag auch daran liegen, dass der Zusammenhang zwischen Strafnorm und Tabu(-isierung) unterschiedlich offen zutage tritt. Dass eine Tabuisierung so deutlich artikuliert wurde, wie im Rahmen des § 219a StGB a.F. – eine Begründungslinie stellte explizit darauf ab, dass mit der Norm verhindert werden sollte, dass Schwangerschaftsabbrüche „in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt“³³⁷ werden – ist selten. In den meisten Fällen ist der Zusammenhang

³³⁴ Zum Einfluss verschiedener Demokratieverständnisse auf einen materiellen Verbrechensbegriff s. *Werkmeister*, ARSP 2023, 409, 419 ff., der u.a. Eckpunkte einer „Integrity-orientiert[e] Weiterentwicklung der Rechtsgutslehre“ vorschlägt.

³³⁵ Vgl. dazu *Jakobs*, ZStW 1985, 751, 774 ff.

³³⁶ S. dazu sogleich in D. III. 2. aa) (3) (c).

³³⁷ So noch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 7/1981 (neu), 17; in der Gesetzesbegründung im Zuge der Reform im Jahr 2019 findet sich immerhin noch die Formulierung, § 219a StGB solle (u.a.) verhindern, dass Schwangerschaftsabbrüche „in der Öffentlichkeit verharmlost dargestellt“ werden BT-Drs. 19/7693, 7.

verdeckt(er), sodass im Vordergrund die vorgebrachte (ggf. vermeintliche) Schutzrichtung der Norm steht, erst die Aufdeckung des dahinterstehenden Tabus aber die konkrete Ausgestaltung der Norm verständlich macht.³³⁸ Vor der Bewertung der entsprechenden Normen ist daher die Frage zu beantworten, ob im Schutz eines Tabus ein eigenständiges legitimes gesellschaftliches Konformitätsinteresse begründet liegen kann. Von der Antwort hierauf hängt der Maßstab zur anschließenden Bewertung einzelner Vorschriften ab: Bejahendenfalls wäre zu entscheiden, ob das jeweilige mit Strafe bewährte Verhalten die Anforderungen an einen Tabubruch erfüllt; andernfalls wäre die Qualifizierung als Tabu jedenfalls für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit irrelevant und es wäre stattdessen zu fragen, ob und in welchem Umfang die Strafdrohung über ggf. dahinterstehende Interessen gerechtfertigt werden kann.

(1) *Der Erhalt des Status Quo*

Gesellschaftliche Veränderungsprozesse sind kaum ohne zunächst vereinzelt abweichendes Verhalten vorstellbar. Die Auffassungen darüber, welche Verhaltensweisen als verwerflich oder sozialadäquat gelten, sind einem stetigen Wandel ausgesetzt. Das Interesse am Erhalt des Ist-Zustands mag sich mit Machterhaltungsinteressen erklären oder auch mit Vorgängen der Selbstvergewisserung; beide sind aber in einer sich stetig wandelnden Gesellschaft nicht von normativem Belang.³³⁹

Stattdessen stehen sie fundamentalen Grundsätzen einer demokratischen Gesellschaftsordnung entgegen. Das Demokratieprinzip enthält neben dem Mehrheitsprinzip auch das Versprechen an die unterlegene Minderheit, die Möglichkeit zur Erlangung der politischen Mehrheit zu erreichen,³⁴⁰ grundrechtlich gesichert insbesondere durch die politischen Grundrechte der Art. 5, 8, 9 und 21 GG.³⁴¹ Dieses Versprechen wird geradezu konterkariert, wenn die Mehrheit gewissermaßen die Tür hinter sich zuschlagen könnte, indem sie nur auf der Grundlage des Abweichens von der Mehrheitsmoral bestimmte Verhaltensweisen kriminalisiert und dadurch stigmatisiert. Auch das Bundesverfassungsgericht hat mittlerweile – interessanterweise mit Verweis auf ein abweichendes Sondervotum³⁴² – ausgeführt, dass „der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mut-

³³⁸ Vgl. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 110.

³³⁹ So auch Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 266 ff. Hiervon abzugrenzen sind aber Konstellationen, in denen dem Ist-Zustand ein normativ relevantes Interesse zukommt, so etwa der Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen, der die Entfaltungsfreiheit zukünftiger Generationen sichert, s. Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 139. Zur verfassungsrechtlichen Bewertung staatlicher CO₂-Emissionen zulassender Maßnahmen vor dem Hintergrund der Gefahren künftiger Freiheitseinbußen s. BVerfGE 157, 30, 105 ff.

³⁴⁰ Von Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, GG, Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Abs. 1 Rn. 86.

³⁴¹ Kießlinger, Das Recht auf politische Chancengleichheit, 58.

³⁴² Nämlich das abweichende Sondervotum von Hassemer zur Entscheidung über die Strafbarkeit des Geschwisterinzests, BVerfGE 120, 224, 255.

maßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein³⁴³ könne.

Vor diesem Hintergrund wäre etwa die Begründungslinie des § 219a StGB a.F. zurückzuweisen gewesen, nach der u.a. verhindert werden sollte, dass Schwangerschaftsabbrüche in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt werden. Und das nicht nur, weil Schwangerschaftsabbrüche längst als „normal“ betrachtet werden müssen³⁴⁴ – so gesehen ließe sich darin aus heutiger Sicht noch nicht einmal der Versuch des Erhalts des Status Quo, sondern lediglich der Versuch des Wiedererreichens bereits überwundener Zustände beschreiben – sondern gerade auch, weil die erzwungene Verhinderung einer gesellschaftlichen Entwicklung für sich genommen kein verfassungsrechtlich relevantes Interesse in einem demokratischen Rechtsstaat darstellt.

(2) Der Schutz des gesellschaftlichen Klimas

Sog. Klimadelikte knüpfen an den Schutz des gesellschaftlichen Klimas an. Das gesellschaftliche Klima als Gut mit intrinsischem Wert zu schützen, ist in einem auf Auseinandersetzung und Diskurs angelegten freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat bereits für sich genommen erklärungsbedürftig. Demokratische Ordnungen sind nicht auf die Erzielung eines möglichst breiten Konsenses ausgerichtet.³⁴⁵ Mehrheiten für die eigene Überzeugung finden zu müssen verlangt nach einer expliziten Positionierung.³⁴⁶ Offener Dissens ist damit keine unerwünschte Begleiterscheinung, sondern vielmehr Kernelement einer auf dem Mehrheitsprinzip beruhenden demokratischen Gesellschaftsordnung.³⁴⁷

Das gilt nicht nur für kommunikationsorientierte Verhaltensformen, etwa Meinungsäußerungen, sondern auch für andere Formen abweichenden Verhaltens. Dafür ist eine zusätzliche Begründung erforderlich, die jedoch in der Grundlage individueller Autonomie gefunden werden kann. Ein starker normativer Fokus einer Gesellschaftsordnung auf individuelle Autonomie, wie sie das Grundgesetz (nicht zuletzt in seiner Konkretisierung durch das Bundesver-

³⁴³ BVerfGE 153, 182, 271.

³⁴⁴ Dies nicht nur aufgrund der jährlichen Anzahl von Schwangerschaftsabbrüchen – im Zeitraum 1997 bis 2021 lag die Anzahl registrierter Schwangerschaftsabbrüche zwischen knapp 135.000 und knapp 95.000 pro Jahr, s. Statistisches Bundesamt, Destatis – Gesundheit: Schwangerschaftsabbrüche, 2021, 26 f. – sondern auch aufgrund der Tatsache, dass es sich um Gesundheitsleistungen handelt, die z.T. ausdrücklich rechtmäßig (§ 218a II, III StGB), in jedem Fall aber staatlich zugelassen sind und für die ein ausreichendes Angebot vorzuhalten die Länder verpflichtet sind (§ 13 II SchKG). Die Auseinanderentwicklung zwischen Legalisierung der Schwangerschaftsabbrüche selbst und fortdauernder Strafbarkeit öffentlicher, auch sachlicher Informationen hierüber, hat zu einer kaum zu rechtfertigenden Konsequenz geführt: Die Strafbarkeit sachlicher Informationen über erlaubtes Verhalten.

³⁴⁵ Möllers, Demokratie, 31 f.; für die Bedeutung gesellschaftlichen Konsenses aber *Stratenwerth*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, 157, 159 ff.

³⁴⁶ Möllers, Demokratie, 30.

³⁴⁷ Von Münch/Kunig-Kotzur, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 50.

fassungsgericht) aufweist, führt zu zahlreichen abweichenden Verhaltensformen, indem sie die Diversifizierung von Wertvorstellungen und Lebensentwürfen gleichermaßen ermöglicht und begünstigt.³⁴⁸ Auch hierbei handelt es sich nicht um unerwünschte Nebeneffekte, sondern um ein Ideal.³⁴⁹ Die im Einzelfall ggf. auch heftigen Ablehnungsreaktionen Dritter auf derartige Verhaltensweisen zu verhindern, ist mithin kein Interesse, auf das ein sozialetisches Unwerturteil gestützt werden könnte.³⁵⁰

(3) Grenzen hinzunehmender Störungen

Um mögliche Grenzen für nicht mehr hinzunehmende Störungen des friedlichen Zusammenlebens zu bestimmen, kommen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht: Der Schutz gesellschaftlich besonders fest verankerter Sozialnormen in Form von Tabus, der Schutz eines verfassungsrechtlich gesetzten Minimalkonenses sowie der Schutz des öffentlichen Friedens.

(a) Der Schutz von Tabus

Gesellschaftliche Tabus im Strafrecht finden sich in Form von Sprech- und Handlungstabus.³⁵¹ § 130 III StGB etwa enthält ein Sprechtabu; auch in § 219a StGB a.F. konnte ein solches wohl erblickt werden. Überwiegend finden sich Tabus im Strafrecht aber in Form von Handlungstabus. Als Beispiele lassen sich etwa die Doppelehe (§ 172 StGB), der (einvernehmliche) Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB) oder – in Teilen – die Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) heranziehen. Letztere soll etwa auch dann erfüllt sein, wenn die verstorbene Person zu Lebzeiten in den entsprechenden Umgang eingewilligt hat, sofern der Umgang bestimmten Vorstellungen zuwiderläuft, wie im Falle des einvernehmlichen Kannibalismus.³⁵² Tabubasierte Begründungen finden sich ferner im Rahmen der §§ 216, 228 StGB in Form eines sog. Fremdtötungstabus.

Bei dem Versuch der zeitgenössischen Begriffsbestimmung³⁵³ werden in der Regel zwei verschiedene Gefühlswelten kombiniert: zum einen eine, die von Ab-

³⁴⁸ Zum Zusammenhang zwischen Autonomie und Diversifizierung s. *Rawls*, Politischer Liberalismus, 178 ff.

³⁴⁹ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 99; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 5; Pluralismus als „konstante und geradezu konstitutive Eigenschaft moderner Gesellschaften“; s. auch *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 167: „im modernen pluralistischen Staat gar nicht anders möglich“; s. ferner *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 273.

³⁵⁰ Zur Ablehnung jeder Heranziehung von Konformitätsinteressen um ihrer selbst Willen auch außerhalb des Strafrechts s. auch *Hohmerlein*, Der Staat 2017, 227, 239 f.; s. ferner *Rustenberg*, in: *Abraham/Zimmermann/Zucca-Soest* (Hrsg.), Vorbedingungen des Rechts, 217, 221 ff.

³⁵¹ Zu dieser Unterscheidung s. *Seibel*, Zum Begriff des Tabus, 20, 41; s. ferner *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 111 f.

³⁵² S. BGHSt 50, 80 zum sog. Kannibalen von Rothenburg.

³⁵³ Zur Herkunft des Begriffs aus dem Polynesischen und der damit verbundenen Bedeu-

scheu und Scham geprägt ist, zum anderen eine gewisse Faszination am Tabu bzw. am Tabubruch.³⁵⁴ Nach *Freud* etwa ist ein Tabu dadurch gekennzeichnet, dass es als „uraltetes Verbot, von außen (von einer Autorität) aufgedrängt und gegen die stärksten Gelüste der Menschen gerichtet“³⁵⁵ ist. Der Aspekt der Faszination ist für das Thema der Kriminalisierung allerdings weniger relevant. Charakteristisch für ein Tabu ist ferner, dass die Ablehnung der mit einem Tabu belegten Verhaltensweisen sowohl von dem ganz überwiegenden Anteil einer Gesellschaft geteilt wird, als auch mit einer gewissen Intensität der Überzeugung einhergeht, was dazu führt, dass die Ablehnung in der Regel nicht hinterfragt wird: „Es geht um Verhaltensweisen, die *allgemein* oder jedenfalls in bei weitem überwiegenden Kreisen der Bevölkerung als *abscheulich* und *absolut verdammenwert* gelten.“³⁵⁶ Das Tabu trägt sich quasi selbst.³⁵⁷ Als „kollektives nicht-institutionalisiertes Verbot“ dient es der gesamtgesellschaftlichen Wertekonfliktvermeidung.³⁵⁸ Auf Tabubrüche folgen soziale Sanktionen. Im Kern geht es damit um besonders intensive und herrschende, gleichwohl in der Regel nicht hinterfragte, soziale Verhaltensnormen einer Gesellschaft. Ihr Übertreten ist in besonderem Maße dazu geeignet, Zustände der Empörung, der Abscheu aber auch der Verunsicherung herbeizuführen.

Sie über ihre soziale Dimension hinaus auch mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen, wird von manchen als legitimes Ziel der Strafgesetzgebung erachtet. Eine rationale Rechtsgüterpolitik müsse sich – so *Hassemer* noch im Jahr 1973 – auch mit einer irrationalen gesellschaftlichen Verständigung auseinandersetzen. Lasse sich empirisch bestätigen, dass bestimmte Tabubrüche zu einem unerträglichen Vertrauensverlust in der Bevölkerung führten, sei die Zurückweisung der Pönalisierung als irrational letztlich selbst irrational.³⁵⁹ Dem angeschlossen hat sich noch im Jahr 2002 *Hefendehl*, der aus diesem Grund den Einsatz des Strafrechts im Falle von „Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen“ für zulässig hält, auch wenn es hierbei „de facto in Einzelfällen zu Oktroyierungen kommen“³⁶⁰ müsse. *Hassemer* selbst hingegen scheint seine ursprünglichen Erwägungen nicht aufrecht erhalten zu haben. Im Sondervotum zur Entscheidung

tung s. *Freud*, in: Mitscherlich/Richards/Strachey (Hrsg.), Sigmund Freud Studienausgabe, Band IX, 5. Aufl. 1974, 287, 311; *Roellecke*, in: Depenheuer (Hrsg.), Recht und Tabu, 61 ff.; *Seibel*, Zum Begriff des Tabus, 62 ff.

³⁵⁴ Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 111 f.

³⁵⁵ *Freud*, in: Mitscherlich/Richards/Strachey (Hrsg.), Sigmund Freud Studienausgabe, Band IX, 5. Aufl. 1974, 287, 326.

³⁵⁶ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 112 (Hervorh. i.O.); s. auch *Seibel*, Zum Begriff des Tabus, 35.

³⁵⁷ *Freud*, in: Mitscherlich/Richards/Strachey (Hrsg.), Sigmund Freud Studienausgabe, Band IX, 5. Aufl. 1974, 287, 312 f.

³⁵⁸ *Seibel*, Zum Begriff des Tabus, 35.

³⁵⁹ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 242 ff.; s. dagegen aber *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 270.

³⁶⁰ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 53, 56.

des Bundesverfassungsgerichts über die Strafbarkeit des Geschwisterinzests im Jahr 2008 führt er aus:

„[E]ine nebulöse kulturhistorisch begründete, wirkräftige gesellschaftliche Überzeugung (sollte sie sich wirklich auf eine Strafwürdigkeit des Inzests beziehen und nicht bloß auf seine soziale Ächtung)“ sei „nicht imstande, eine Strafnorm verfassungsrechtlich zu legitimieren.“³⁶¹

Und weiter:

„Der Aufbau oder der Erhalt eines gesellschaftlichen Konsenses über Wertsetzungen [...] aber kann nicht unmittelbares Ziel einer Strafnorm sein. [...] Die Stärkung moralischer Vorstellungen darf allenfalls – mittelbar – erwartet werden als langfristiges Ergebnis einer gerechten, klaren, rationalen und stetigen Strafrechtspflege.“³⁶²

Auch *Seelmann* benennt „elementare Interesse[n] an Orientierungssicherheit“³⁶³ als schützenswert. Gleichwohl stellt er klar, dass dieses Interesse an Orientierungssicherheit nicht so verstanden werden dürfe, dass damit bestimmte inhaltliche Orientierungen aufrechterhalten werden sollen.³⁶⁴ Letzterem ist uneingeschränkt zuzustimmen; eine solche Festschreibung durch strafrechtliche Absicherung inhaltlicher Überzeugungen ist in einem demokratischen und pluralistischen Rechtsstaat für sich genommen kein legitimes Ziel. Möglich soll *Seelmann* zufolge aber ein strafrechtlicher Schutz sein, „wenn der Verunsicherte auf Grund der Beeinträchtigung seiner Orientierungssicherheit Persönlichkeitsbeeinträchtigungen zu gewärtigen hätte, die seine Fähigkeit zu künftiger Orientierung im sozialen Leben behindern würden.“³⁶⁵ Als Beispiele benennt er Vorgänge des Klonens sowie der Organentnahme gegen den zu Lebzeiten geäußerten Willen. Beide Konstellationen betreffen aber bereits das postmortale Persönlichkeitsrecht und damit rechtlich anerkannte Individualinteressen.³⁶⁶ Jenseits dieser zwei Beispiele stellt sich aber die Frage, ob sich ein legitimes Interesse an Orientierungssicherheit oder am friedlichen Zusammenleben allein über die Intensität der Ablehnung abweichender Verhaltensweisen Dritter begründen lässt.

Es scheint bereits zweifelhaft, ob vereinzelte Tabubrüche³⁶⁷ überhaupt in der Lage sind, das gesellschaftliche Zusammenleben nennenswert zu beeinträchtigen. Schon die Existenz eines gesellschaftlichen Grundkonsenses ließe sich infrage stellen,³⁶⁸ ebenso wie seine empirische Beweisbarkeit. *Wohlers* weist in die-

³⁶¹ Abw. Sondervotum *Hassemer*, BVerfGE 120, 224, 257 f.

³⁶² Abw. Sondervotum *Hassemer*, BVerfGE 120, 224, 264.

³⁶³ *Seelmann*, in: FS Wolff, 481, 492.

³⁶⁴ *Seelmann*, in: FS Wolff, 481, 493; zum Interesse an Orientierungssicherheit s. auch *Stratenwerth*, SchwZStR 1997, 86, 91.

³⁶⁵ *Seelmann*, in: FS Wolff, 481, 493.

³⁶⁶ *Seelmann* selbst sieht hierin allerdings ausdrücklich kein Individual- sondern Gemeinschaftsinteressen, s. *ders.*, in: FS Wolff, 481, 487 ff.

³⁶⁷ Im Falle der massenhaften Übertretung dürfte es sich wohl schon nicht mehr um ein Tabu handeln.

³⁶⁸ Nicht unplausibel erscheint die Annahme, „daß sich Konsens in einem erstaunlichen

sem Zusammenhang treffend darauf hin, dass es letztlich die subjektiven Wert- und Moralvorstellungen der zur Entscheidung berufenen Person sein dürften, die als geltende Wert- und Moralvorstellung der Gesellschaft (in Form des „reasonable man“) ausgegeben würden.³⁶⁹ Zu bezweifeln ist darüber hinaus die Befriedigungs- und Integrationsleistung von Konsens. So kommt *Neidhardt* unter Heranziehung mehrerer Umfragen und Studien zu dem Schluss, dass „Gesellschaften weniger Konsens [brauchen], als sie selber meinen zu benötigen“.³⁷⁰ Es sei von einer erheblichen Dissenztoleranz auszugehen; für etwaige Konsensdefizite stünden zudem „funktionale Äquivalente“ zur Verfügung, mit denen diese kompensiert werden könnten.³⁷¹ Lässt sich tatsächlich für bestimmte Bereiche ein gesellschaftlicher Grundkonsens erkennen, so ist zu konstatieren, dass er sich vornehmlich auf abstrakt-allgemeine Prinzipien bezieht und sich im konkreten auslegungsbedürftigen Anwendungsfall aufzulösen droht.³⁷²

Ein struktureller Unterschied zwischen gesellschaftlichen Tabus und anderen herrschenden Sozialnormen, der eine abweichende Beurteilung für Tabus nahelegen würde, lässt sich jedenfalls nicht ausmachen.³⁷³ Tabus sichern in besonders wirkmächtiger Weise den Status Quo.³⁷⁴ Dass sie in der Regel unhinterfragt bleiben, erschwert allerdings das Auffinden und den Umgang mit ihnen.

Die Verhinderung besonders intensiver negativer Reaktionen auf abweichendes Verhalten Dritter als schützenswertes Interesse anzuerkennen, würde die Möglichkeit der Pönalisierung letztlich maßgeblich von der durch die abweichende Person nicht kontrollierbaren Gefühlswelt der Mehrheitsgesellschaft (wenn nicht gar einer sehr lauten Minderheit) abhängig machen. Das erscheint allenfalls dann zumutbar, wenn die Gefahr einer Beeinträchtigung der Orientierungsinteressen zumindest auch in dem abweichenden Verhalten selbst begründet liegt. Resultiert die Beeinträchtigung der Orientierungssicherheit hingegen allein aus der Intensität der Ablehnung eines Verhaltens, von dem ggf. sogar nur zufällig Kenntnis erlangt wird, kann die Verletzung dieses Interesses der tabubre-

Maße durch den bloßen *Glauben an Konsens* ersetzen“ liebe, s. *Neidhardt*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 15, 26 f. (Hervorh. i.O.); zweifelnd auch *Hufen*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 61, 64, der bestimmte Empörungsreaktionen eher auf besonders lautstarke Gruppen und Individuen zurückführt, „die sich im Besitz eben dieses Wertkonsenses wähnen“.

³⁶⁹ *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 267.

³⁷⁰ *Neidhardt*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 15, 28.

³⁷¹ *Neidhardt*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 15, 18 ff.

³⁷² *Bumke*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 197, 215 f.; *Neidhardt*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 15, 27.

³⁷³ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 114 f.

³⁷⁴ *Seibel*, Zum Begriff des Tabus, 20.

chenden Person schon nicht objektiv zugerechnet werden. Eine solche Verantwortlichmachung wäre bereits unvereinbar mit dem formellen Schuldprinzip. Anders stellt sich die Situation dar, wenn in dem tabuisierten Verhalten zugleich weitere (ggf. auch abstrakte) Gefahren angelegt sind, die über das bloße Gestörtsein an diesem Verhalten hinausgehen. Dies kommt etwa bei § 130 III StGB in Betracht. Inwiefern das darin angelegte Pönalisierungsinteresse der Sicherung des öffentlichen Friedens geeignet ist, Grenzen für die gesellschaftlich hinzunehmende Unfriedlichkeit abweichenden Verhaltens zu begründen, wird sogleich zu untersuchen sein.³⁷⁵

Ein einheitliches legitimes gesellschaftliches Interesse am strafrechtlichen Schutz von Tabus lässt sich somit nicht begründen. Die Intensität und Verbreitung bestimmter Sozialnormen ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt für ein Pönalisierungsinteresse im Falle ihrer Übertretung. Ob sich von diesem Grundsatz eine Ausnahme für das an das besonders gewichtige Individualrechtsgut Leben angelehnte Fremdtötungstabu machen lässt, wird an passenderer Stelle im Rahmen des Verhältnisses von Unwerturteil und Selbstbestimmung³⁷⁶ näher untersucht.

(b) Unverfügbare Grundsätze und Verfassungsstrukturbestimmungen als gesetzter Minimalkonsens

Auch wenn sich die empirische Bestimmbarkeit eines real existierenden (und hinreichend konkreten) gesellschaftlichen Grund- oder Minimalkonsenses bezweifeln lässt und ihm nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls keine rechtliche Relevanz für die Frage legitimer Pönalisierungsinteressen zugestanden werden kann, lässt sich die Suche nach einem Minimalkonsens auf einer anderen, nämlich einer normativen Ebene fortführen. Das Grundgesetz enthält Aussagen über bestimmte Elemente der gesellschaftlichen Verfasstheit, deren Beeinträchtigungen von der Gesellschaft nicht hingenommen werden müssen, und zwar unabhängig davon, ob nun tatsächlich ein gesamtgesellschaftlicher Konsens festgestellt werden kann, oder nicht. Insofern lassen sie sich als „grundgesetzlich vorgegebene[r] Minimalkonsens“³⁷⁷ bezeichnen. So ist es selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber nicht möglich, die von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG umfassten Grundsätze der Art. 1 und 20 GG zu ändern. Gegen das Unternehmen, die in Art. 20 I bis III GG normierte Ordnung zu beseitigen, sieht Art. 20 IV GG ein Widerstandsrecht vor. Selbst politische Parteien sind gem. Art. 21 II GG verfassungswidrig, wenn sie nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen (oder den Bestand der Bun-

³⁷⁵ D. III. 2. c) aa) (c).

³⁷⁶ S. dazu sogleich D. III. 2. c) bb) (3) (d).

³⁷⁷ *Frankenberg*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 31, 41.

desrepublik Deutschland zu gefährden). Gem. Art. 21 III GG sind sie von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen.

Unmittelbar sind die Vorschriften auf die hier in Frage stehenden Konstellationen nicht anwendbar. Die Ewigkeitsgarantie richtet sich als *Grenze* des demokratischen Spielraums an die gesetzgebenden Institutionen, während an dieser Stelle Argumente für die *Eröffnung* des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes gesucht werden. Das Parteienverbot erfordert zum einen ein „planvolles Handeln im Sinne qualifizierter Vorbereitung einer Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder einer Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland“³⁷⁸, zum anderen zumindest die Möglichkeit, dass die Partei ihre verfassungsfeindlichen Ziele auch erreichen kann.³⁷⁹ Das Widerstandsrecht ist auf den Schutz der Existenz des Verfassungsstaats zugeschnitten, greift also nur, wenn der Fortbestand der geschützten Ordnung gefährdet ist und „die freiheitlich-demokratische Verfasstheit der politischen Gemeinschaft als solche auf dem Spiel steht.“³⁸⁰ Das ist in den hier diskutierten Konstellationen, die den Grenzbereich strafwürdigen Verhaltens markieren, abwegig. Dennoch zeigen alle drei Vorschriften die Bedeutung des gesamtgesellschaftlichen Interesses am Erhalt bestimmter elementarer Grundsätze auf. Wenn nicht einmal mit verfassungsändernder Mehrheit von ihnen abgerückt werden kann und ihre Beseitigung zu fordern im politischen Meinungsbildungsprozess sogar Parteien verwehrt bleibt, lassen sich gesetzgeberische Maßnahmen zu ihrem Schutz jedenfalls nicht mit dem Hinweis auf einen fehlenden legitimen Zweck ablehnen. Der Einwand, mehrheitsgesellschaftliche Konformitätsinteressen könnten ein sozialetisches Unwerturteil in Form des Vorwurfs gesellschaftsschädlichen Verhaltens nicht begründen, überzeugt angesichts der verfassungsrechtlichen Setzungen nicht mehr.

An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass es auch im Folgenden weiterhin um die Bestimmung von *Mindestvoraussetzungen* für die Rechtfertigung von Strafnormen geht, nicht um eine bereits vorweggenommene vollständige Verhältnismäßigkeitsprüfung oder gar ein Plädoyer für das umfassende Unter-Strafe-Stellen bestimmter Verhaltensweisen.

Der Inhalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist angesichts der Beurteilung des Parteienverbots als „schärfste [...] Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“³⁸¹ restriktiv auszulegen.³⁸² Nachdem das Bundesverfassungsgericht seit der SRP-Entscheidung einen zunehmend

³⁷⁸ Zur entsprechenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Darauf Ausgehens“ s. BVerfGE 144, 20, 219.

³⁷⁹ An der früheren Auffassung, dass es dem Parteienverbot nicht entgegenstehe, wenn nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf bestehe, hielt das Bundesverfassungsgericht in der NPD II-Entscheidung ausdrücklich nicht fest, s. BVerfGE 144, 20, 221.

³⁸⁰ Von Münch/Kunig-Kotzur, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 181.

³⁸¹ BVerfGE 107, 339, 369; 144, 20, 159.

³⁸² Von Münch/Kunig-Klafki, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 100.

wachsenden Prinzipienkatalog aufgestellt hatte,³⁸³ differenziert es in der NPD II-Entscheidung zwischen den Kernelementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und den sich hieraus, auch fallbezogen, ergebenden Ableitungen.³⁸⁴ Als Kernelemente benennt das Gericht die „für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich[en]“ zentralen Grundsätze der Menschenwürde, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit.³⁸⁵ Das Gericht betont dabei insbesondere die Gleichheitsdimension der Menschenwürde, der die „Anerkennung als gleichberechtigtes Mitglied in der rechtlich verfassten Gemeinschaft immanent“³⁸⁶ ist. Sie ist unvereinbar mit rechtlich abgewerteten Status oder demütigenden Ungleichbehandlungen, insbesondere, wenn diese gegen die als Konkretisierung der Menschenwürde zu betrachtenden Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG verstoßen.³⁸⁷ Explizit formuliert das Gericht:

„Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.“³⁸⁸

Die Freiheit und Gleichheit der Bürger*innen ist ferner elementarer Bestandteil des Demokratieprinzips, für das die gleichberechtigte Teilhabe der Bürger*innen am Prozess der politischen Willensbildung unverzichtbar ist.³⁸⁹ Die politische Chancengleichheit ist insofern weder thematisch auf den unmittelbaren Zusammenhang mit Wahlen noch auf den Adressatenkreis politischer Parteien beschränkt.³⁹⁰ Da sich politische Willensbildung und öffentliche Meinungsbildung nicht trennen lassen und zudem gegenseitig beeinflussen, wirkt das Recht auf Teilhabe auch in den gesellschaftlichen Bereich hinein, bezieht sich also auf die chancengleiche Möglichkeit der Einflussnahme auf die Bildung der öffentlichen Meinung.³⁹¹ Dabei erfordert chancengleiche Teilhabe auch den Ausgleich struktureller Ungleichheiten.³⁹² *Mangold* rekonstruiert Antidiskriminierungsrecht gar als „Ermöglichungsbedingungbedingung der demokratischen Begegnung von

³⁸³ Von Münch/Kunig-*Klafki*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 102.

³⁸⁴ BVerfGE 144, 20, 205; zur historischen Entwicklung der verschiedenen Ableitungen s. auch a.a.O., 202 ff.

³⁸⁵ BVerfGE 144, 20, 205 f.

³⁸⁶ BVerfGE 144, 20, 208.

³⁸⁷ BVerfGE 144, 20, 208; BVerfG NZA 2020, 1704, 1706; s. ferner *Schmidt*, in: *Mangold/Payandeh* (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, § 21 Rn. 11; für eine Einzelfallprüfung plädieren aber auch bei Anknüpfung an Merkmale des Art. III GG *Eifert/Wienfort*, JZ 2023, 270, 274.

³⁸⁸ BVerfGE 144, 20, 208.

³⁸⁹ BVerfGE 144, 20, 208; vgl. auch von Münch/Kunig-*Kotzur*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 49, wonach gleiche Teilhabe der gleichen Freiheit „denknotwendig vorausgesetzt“ ist.

³⁹⁰ Gegen den wahlrechtlichen Begründungsansatz politischer Chancengleichheit s. auch *Kißlinger*, *Das Recht auf politische Chancengleichheit*, 83 ff.

³⁹¹ *Schmitt Glaeser*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, 3. Aufl. 2005, § 38 Rn. 31, 41; *Kißlinger*, *Das Recht auf politische Chancengleichheit*, 64.

³⁹² Von Münch/Kunig-*Kotzur*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 58.

Freien und Gleichen³⁹³. Den engen Zusammenhang zwischen Demokratie, Würde, Freiheit und Gleichheit beschreibt *Hong* mit der Form eines Rhombus, an dessen Spitze die Würde zu verorten ist, links und rechts Freiheit und Gleichheit, und an der unteren Spitze die Demokratie:

„Die Menschenwürde beansprucht in diesem Rhombus [...] eine herausgehobene Position als oberster Grundsatz, Freiheit und Gleichheit konkretisieren den Grundsatz der Würde – und die Demokratie ist eine Ausprägung aller drei Werte.“³⁹⁴

Die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG umfasst die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung sowie die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze, also neben (u.a.) der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG unstreitig das Republikanische Prinzip, das Demokratieprinzip, sowie das Sozialstaatsprinzip. Das Rechtsstaatsprinzip hingegen ist nicht im Ganzen, sondern nur im Umfang der in Art. 20 II und III GG kodifizierten Grundsätze (Grundsatz der Gewaltenteilung in Absatz 2, Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung sowie der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Recht und Gesetz in Absatz 3) erfasst.³⁹⁵ Einzelne Bestandteile lassen sich ferner aus Art. 1 I GG herleiten.³⁹⁶ Von einer Verfassungsänderung ausgenommen ist jeweils nur der grundlegende Gehalt der genannten Prinzipien. In Bezug auf das Demokratieprinzip heißt das:

„Je intensiver die selbstbestimmte Freiheit und die für gleiche Freiheit denknotwendig vorausgesetzte gleiche Teilhabe des Einzelnen betroffen sind, umso eher [verbietet] die Ewigkeitsklausel Relativierungen“³⁹⁷.

Das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG bietet darüber hinaus keine zusätzlichen argumentativen Anhaltspunkte. So ist es ebenfalls auf den Schutz der grundlegenden Elemente der Art. 20 I bis III GG beschränkt und geht insofern nicht über die von der Ewigkeitsgarantie umfassten Elemente hinaus.³⁹⁸ Wollte

³⁹³ *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, § 7, 347 ff.

³⁹⁴ *Hong*, in: *Mangold/Payandeh* (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, § 2 Rn. 16.

³⁹⁵ So BVerfGE 30, 1, 24 f.; zust. auch *Epping/Hillgruber-Dietlein*, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 Rn. 48; s. auch die etwas detailliertere Auflistung bei *Huber*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 6 Rn. 63.

³⁹⁶ *Epping/Hillgruber-Dietlein*, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 Rn. 49; *Huber*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 6 Rn. 63.

³⁹⁷ *Von Münch/Kunig-Kotzur*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 49.

³⁹⁸ Ob das Widerstandsrecht stattdessen auf den Schutz der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung zu beziehen ist, (s. dazu *Epping/Hillgruber-Huster/Rux*, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 26) kann hier dahinstehen. Dies hätte im Vergleich zur oben beschriebenen (am Wortlaut orientierten) Auslegung eine Einbeziehung des Art. 1 GG und einen Ausschluss des Bundesstaatsprinzips zur Folge. Beide sind aber bereits über Art. 79 III GG von der Ewigkeitsgarantie umfasst. Wie sich vereinzelt abweichende Verhaltensweisen gegen die im Bundesstaatsprinzip enthaltenen grundlegenden Elemente richten könnte, ist darüber hinaus nicht ersichtlich.

man den Kreis der vom Widerstandsrecht erfassten Elemente weiter ziehen, stünde das in einem nicht zu überwindenden Widerspruch zur Möglichkeit der zulässigen Verfassungsänderung jenseits des Art. 79 III GG.³⁹⁹

Dass damit jedenfalls die Herstellung und Sicherung der gleichen und freien Teilhabe und damit die Verhinderungen von gruppenbezogenen (strukturelle Ungleichheiten verstärkenden) Diskriminierungen als Grundlage der demokratischen Gesellschaftsordnung im Zusammenspiel mit der Menschenwürdegarantie verfassungsrechtlich legitime gesellschaftliche Interessen darstellen, lässt sich nur schwerlich in Abrede stellen. In Form des gesetzten Minimalkonsenses lässt sich so ein normatives gesamtgesellschaftliches Interesse begründen, das auch mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden kann.⁴⁰⁰ In Betracht könnte damit kommen, diskriminierende Verhaltensweisen, die auf das Verhindern gleicher Teilhabe oder die Verstärkung struktureller Ungleichheiten abzielen, oder die Gefahr eines solchen Effekts in sich tragen, als Verstoß gegen den verfassungsrechtlich gesetzten Minimalkonsens zu werten.

Anwendung finden könnte diese Erwägung insbesondere in den Fällen gruppenbezogener Diskriminierungskriminalität.⁴⁰¹ Die Verstummungseffekte von sog. Hassrede⁴⁰² konnten bereits empirisch bestätigt werden.⁴⁰³ Sie ist in besonderem Maße dazu geeignet, strukturelle Ungleichheiten weiter zu verstärken, indem sie dazu führt, dass sich Angehörige bereits marginalisierter Bevölkerungsgruppen weiter aus dem gesellschaftlichen Diskurs zurückziehen. Diese Gefahren sind unabhängig von möglichen Eskalationsrisiken, etwa durch weitere ggf. gewaltvolle Übergriffe auf Individuen, als eigenständige Gefahren für das gesellschaftliche Zusammenleben zu bewerten. Zwar werden sich in vielen Fällen auch beeinträchtigte Individualinteressen finden lassen – in Fällen gruppenbezogener Diskriminierungsdelikte etwa erscheint es plausibel, dass nicht nur unmittelbar adressierte Personen, sondern auch andere Angehörige der jeweiligen Bevölkerungsgruppe zumindest abstrakt in ihren individuellen Rechtsgütern (Ehre, körperliche Unversehrtheit) gefährdet sind.⁴⁰⁴ Der gesetzte Minimalkon-

³⁹⁹ Von Münch/Kunig-Kotzur, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 179.

⁴⁰⁰ S. Geneuss, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, § 27 Rn. 3, die Vorurteilkriminalität als Angriff auf „das Gleichheitsversprechen in einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft“ beschreibt. Vgl. aber auch Schmidt, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, § 21 Rn. 29 f., die etwas abweichend auf „die Grundlagen eines freiheitlichen pluralen Rechtsstaats“ abstellt. Aufgrund der oben beschriebenen Zusammenhänge scheint mir der Bezug zum Demokratieprinzip an dieser Stelle naheliegender.

⁴⁰¹ Zu diesem Begriff insbesondere in Abgrenzung zu sog. Hass- bzw. Vorurteilkriminalität s. Schmidt, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, § 21 Rn. 14 ff.

⁴⁰² S. zum Begriff Steinl/Schemmel, GA 2021, 22 f.

⁴⁰³ Geschkel/Klaßen/Quent/Richter, #Hass im Netz, 28.

⁴⁰⁴ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 94 f.; vgl. auch Wohlers, Deliktstypen des Gefährdungsstrafrechts, 274, allerdings ohne nähere Bestimmung der konkret betroffenen rechtlich anerkannten Interessen.

sens geht aber darüber hinaus. Betroffen ist mit dem Grundsatz gleicher Teilhabe vielmehr ein übergeordnetes gesamtgesellschaftliches Interesse als Grundlage des Zusammenlebens in einer pluralistischen Gesellschaftsordnung unter Freien und Gleichen.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass strafbewehrte Verbote von Hassrede in aller Regel auch einen Eingriff in die Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG begründen.⁴⁰⁵ Basierend auf dem „Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung“⁴⁰⁶ sind Meinungen grundsätzlich ohne Ansehung oder gar Bewertung ihres Gehalts vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst. So kommt es nicht darauf an, „ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird“⁴⁰⁷. An die Rechtfertigung des Eingriffs sind damit besondere Anforderungen zu stellen. Die Bedeutung der Meinungsfreiheit ist nach der Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichts auch bei der Auslegung der Schranken, darunter des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, zu berücksichtigen.⁴⁰⁸ Im Ergebnis kann bereits der Eingriff in die Meinungsfreiheit durch die reine Verbotsnorm nur gerechtfertigt werden, wenn die Meinungen „die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen“⁴⁰⁹. Wenn nun aber schon die Anforderungen an Rechtfertigung der Verbotsnorm über den hier aufgestellten Mindestvoraussetzungen für die Sanktionsnorm liegen, sind letztere am Ende nicht von praktischer Relevanz.

Eine eigenständige Bedeutung könnte dem Maßstab des gesetzten Minimalconsenses aber in Bezug auf Verhaltensweisen zukommen, die trotz ihrer Eigenschaft als Äußerungsdelikt dem Schutz der Meinungsfreiheit nicht mehr unterfallen, oder die auf andere Weise als durch Äußerung einer Meinung auf entsprechende Verdrängungs- bzw. Verstummungseffekte abzielen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sollen Tatsachenbehauptungen zwar nicht pauschal vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeschlossen werden, etwa wenn sie als Voraussetzung für die Meinungsbildung fungieren, oder untrennbar mit Werturteilen verbunden werden, sodass die isolierte Betrachtung den Sinngehalt der Äußerung verfälschen würde.⁴¹⁰ Bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen können aber vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgenommen werden.⁴¹¹ Zutreffen kann dies auf die Tathandlungen des reinen

⁴⁰⁵ *Eifert/Wienfort*, JZ 2023, 270, 271; *Jestaedt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 102 Rn. 40; zum Ausschluss sog. Schmähkritik oder Formalbeleidigungen dagegen *Steinl/Schemmel*, GA 2021, 22, 24 ff.

⁴⁰⁶ BVerfG NJW 2010, 47, 51.

⁴⁰⁷ BVerfGE 90, 241, 247; 124, 300, 320; BVerfG NJW 2018, 2858, 2859; vgl. auch bereits BVerfGE 31, 1, 14.

⁴⁰⁸ BVerfGE 124, 300, 331 f.

⁴⁰⁹ BVerfGE 124, 300, 330; BVerfG NJW 2018, 2858, 2859.

⁴¹⁰ BVerfGE 90, 241, 248; BVerfG NJW 2018, 2858, 2859.

⁴¹¹ BVerfGE 54, 208, 219; 61, 1, 8; 90, 241, 247 f.; BVerfG NJW 2018, 2858, 2859; dagegen *Jestaedt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 102 Rn. 36 f.

Leugnens im Rahmen des § 130 III und V StGB.⁴¹² Auch wenn § 130 III StGB, insofern anders die Absätze 1, 2 und 5 des § 130 StGB, nicht explizit auf die Gruppenzugehörigkeit abstellt, sondern allein auf die Leugnung (bzw. Billigung oder Verharmlosung) des unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Verbrechens des Völkermordes, so lässt sich die Vorschrift doch als gruppenbezogenes Diskriminierungsdelikt einordnen: Dies zum einen, da sich die von § 130 III StGB umfassten nationalsozialistischen Verbrechen ihrerseits gegen bestimmte Personen- und Bevölkerungsgruppen richteten und die Leugnung dieser Verbrechen wiederum als Chiffre zur gezielten Agitation gegen diese Gruppen beurteilt werden kann.⁴¹³ Zum anderen, weil die Leugnung einer so offenkundigen Tatsache in unmittelbarem Zusammenhang mit der (zumindest impliziten) Beschuldigungen der Wahrheitsverzerrung bzw. Geschichtsfälschung gegenüber den Opfern des Nationalsozialismus einhergeht.⁴¹⁴

Zur Einordnung dieses gesellschaftlichen Interesses in den hier aufgespannten Rahmen sind verschiedene Wege denkbar. Es ließe sich als normativ begründete Ausnahme beschreiben zur grundsätzlichen Annahme, selbst besonders intensive und weit verbreitete Sozialnormen oder ein (empirisch nachweisbarer) Grundkonsens könnten allein ein Pönalisierungsinteresse für zuwiderlaufende Verhaltensweisen nicht begründen. Denkbar erscheint auch eine Einordnung in die Diskussionen um das Rechtsgut des öffentlichen Friedens, das von der Gesetzgebung für zwei durchaus unterschiedliche Fallkonstellationen eingesetzt wird – dazu sogleich im folgenden Abschnitt. Eine der Konstellationen betrifft die §§ 130, 166 StGB und damit Fälle von (zumindest mittelbar) gruppenbezogenen Abwertungen.

Sternberg-Lieben und *Schittenhelm* beschreiben in diesem Zusammenhang ein „Mindestmaß an Toleranz und ein öffentliches Klima, das nicht durch Unruhe, Unfrieden oder Unsicherheit gekennzeichnet ist [...] und in dem nicht einzelne Bevölkerungsgruppen zum geistigen Freiwild und zu Parias der Gesellschaft gemacht oder sonst ausgegrenzt werden, und zwar unabhängig davon, ob auf diese Weise zugleich ein latentes Gewaltpotential produziert wird“⁴¹⁵ als schützenswerten Bestandteil des öffentlichen Friedens. Darin finden die hier angestellten Überlegungen durchaus ihren Platz. *Hörnle* erwägt in ihrer Auseinandersetzung mit diesem Ansatz,⁴¹⁶ dass dem Aspekt des toleranten Zusammenlebens zwar ein

⁴¹² S. BVerfGE 90, 241, 249 f. zur unwahren Tatsachenbehauptung, es habe „im Dritten Reich keine Judenverfolgung gegeben“.

⁴¹³ BVerfG NJW 2018, 2858, 2860.

⁴¹⁴ BGH NJW 2005, 689, 691; zum Vorwurf der Geschichtsfälschung gegenüber den Opfern des Nationalsozialismus s. EGMR, *Garaudy v. France*, 65831/01 en droit Ziff. 1.i., 3. Absatz; s. auch die Übersetzung und Bearbeitung der Entscheidung durch *Meyer-Ladewig Petzold*, NJW 2004, 3691, 3692 f.

⁴¹⁵ Schönke/Schröder-*Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 126 Rn. 1.

⁴¹⁶ Noch zur von *Lenckner* verfassten Voraufgabe, s. Schönke/Schröder-*Lenckner*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 126 Rn. 1.

gesamtgesellschaftlicher Wert zukommen könnte, sich die Grenzen für nicht mehr hinnehmbare Verhaltensweisen allerdings nur schwer ziehen ließen und damit Gefahr liefen, willkürlich gesetzt zu werden.⁴¹⁷ Durch das Abstellen auf den verfassungsrechtlich gesetzten Maßstab des Minimalkonsenses stehen für die Grenzziehung allerdings verfassungsrechtliche Kriterien zur Verfügung. Auch hierbei bestehen selbstverständlich Auslegungsspielräume, die Gefahr der Willkür könnte so aber eingedämmt werden. Dem Versuch, einen einheitlichen Begriff des öffentlichen Friedens für all seine Anwendungsfälle zu finden, dürfte dieser Ansatz hingegen nicht zuträglich sein; allerdings wäre ein solcher Versuch angesichts der unterschiedlichen Themenfelder, auf denen der Begriff von der Gesetzgebung eingesetzt wird, vermutlich ohnehin ohne größere Erfolgsaussichten. Letztlich ist dies aber eine Frage der Systematisierung und nicht der materiellen Begründung.

(c) Der Schutz des öffentlichen Friedens

Eine Grenze für hinzunehmende Verhaltensweisen könnte in der Störung oder Gefährdung des öffentlichen Friedens liegen. Ausdrücklich Bezug hierauf nehmen die §§ 126, 130, 140 Nr. 2 und 166 StGB. Damit sind im Grundsatz zwei verschiedene Konstellationen betroffen: Während die in den §§ 130, 166 StGB beschriebenen Verhaltensweisen einen Bezug zu bestimmten Bevölkerungsgruppen aufweisen,⁴¹⁸ sind die von §§ 126, 140 Nr. 2 StGB erfassten Verhaltensweisen allgemein gehalten und stattdessen durch die Schwere der angekündigten bzw. begilligten Straftaten gekennzeichnet.

Der Begriff des öffentlichen Friedens wird nicht einheitlich bestimmt.⁴¹⁹ Überwiegend werden aber zwei verschiedene Bezugspunkte anerkannt: zum einen ein objektiver Zustand allgemeiner Sicherheit, zum anderen das subjektive Sicherheitsgefühl der Bevölkerung bzw. das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer des friedlichen Zustands.⁴²⁰ Der Begriff und seine Verwendung sind aber auch Kritik ausgesetzt. So wird bereits der analytische Gewinn eines eigenstän-

⁴¹⁷ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 98 ff.

⁴¹⁸ Zum Gruppenbezug des § 130 III StGB s. o., 116. Gleiches gilt erst recht für die Begehungsvariante des Absatzes 4, nämlich die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft. Diese war gerade im Kern auf die propagierte Ungleichheit von Menschen aufgebaut (s. zum NS-Sonderrecht für jüdische Menschen etwa Hong, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, § 2 Rn. 36 ff.). Eine Rechtfertigung oder Billigung der Gewalt- und Willkürherrschaft, erst recht die Verherrlichung, enthält unweigerlich eine Abwertung der bereits unter dem Nationalsozialismus verfolgten Personen- und Bevölkerungsgruppen.

⁴¹⁹ Ausführlich dazu Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 90 ff.; einen Überblick über die verschiedenen Begriffsverständnisse in Rechtsprechung und Literatur bis 1986 gibt ferner Fischer, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 384 ff.

⁴²⁰ S/S/W-Fahl, StGB, 5. Aufl. 2021, § 126 Rn. 1; Matt/Renzikowski-Kuhli, 2. Aufl. 2020, § 126 Rn. 1.

digen Rechtsguts „öffentlicher Friede“ bezweifelt; es steht zudem im Verdacht, als „Scheinrechtsgut“ zu fungieren und andere Kriminalisierungserwägungen zu verdecken, etwa die Bestrafung von Verhaltensweisen wegen ihres „abstoßenden Charakters“. ⁴²¹ Kritisiert wird der Begriff ferner im Hinblick auf seine Weite und Unbestimmtheit. ⁴²² Schließlich wird auch die Kombination von objektivem und subjektivem Element unter einem einheitlichen Rechtsgut als nicht zielführend abgelehnt. ⁴²³

Der Begriff des öffentlichen Friedens war bereits Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. ⁴²⁴ Allerdings ging es in den dort aufgestellten Voraussetzungen zum einen um die Rechtfertigung von Eingriffen in die allgemeine Meinungsfreiheit. Diese lassen sich nicht auf Mindestvoraussetzungen für die Rechtfertigung von Strafnormen im Allgemeinen übertragen. ⁴²⁵ Zwar machte das Bundesverfassungsgericht auch weitere einschränkende Vorgaben zum Begriff des öffentlichen Friedens – dies allerdings im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG. Dabei differenzierte das Gericht ausdrücklich zwischen der Verwendung des Begriffs öffentlicher Frieden als strafbarkeitsbegründendes Tatbestandsmerkmal und der Heranziehung des öffentlichen Friedens als Schutzgut durch die Strafgesetzgebung. ⁴²⁶ Einschränkende Vorgaben lassen sich Art. 103 II GG nur im Hinblick auf die Ausgestaltung des Tatbestandes entnehmen. ⁴²⁷ Aussagen über die Anforderungen an ein mit den Mitteln des Strafrechts schützenswertes Interesse können darauf nicht gestützt werden.

Hörnle hat insgesamt fünf gängige Argumentationsstränge zur inhaltlichen Konkretisierung des Rechtsguts des öffentlichen Friedens ausgemacht: Neben dem Schutz der allgemeinen Rechtssicherheit und dem Vertrauen der Bevölkerung in diesen Zustand sind dies auch die Verhinderung der Aufhetzung zu Straftaten, der Schutz eines toleranten Klimas sowie die Verhinderung von Selbstjustiz. ⁴²⁸

Der Schutz eines toleranten Klimas lässt sich nach den bereits angestellten Überlegungen strafrechtlich nur erfassen, soweit der gesetzte unverfügbare Mi-

⁴²¹ So *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 91; ähnlich *Fischer*, NStZ 1988, 159, 161.

⁴²² *Fischer*, NStZ 1988, 159, 162 zum öffentlichen Frieden als Tatbestandsmerkmal, sowie 163 f. zur Heranziehung als Schutzobjekt; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 104; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 435; *Matt/Renzikowski-Kuhli*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 126 Rn. 4.

⁴²³ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 92; kritisch auch *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 529 f.

⁴²⁴ BVerfGE 124, 300, 330; NJW 2018, 2858, 2859 (= JZ 2010, 298 m. Anm. *Hörnle* und *Degenhardt*).

⁴²⁵ S. bereits im vorigen Abschnitt (b), 115.

⁴²⁶ BVerfGE 120, 300, 339 ff.

⁴²⁷ Vgl. *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 126 Rn. 3b („nicht als schuldbegründendes Tatbestandsmerkmal zu sehen“).

⁴²⁸ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 92 ff.

nimalkonsens der freien und gleichen Teilhabe betroffen ist. Insofern kann auf die obigen Ausführungen⁴²⁹ verwiesen werden.

Der Schutz der allgemeinen Rechtssicherheit verweist letztlich auf den Bestand der Rechtsordnung, mithin auf das allgemeine Interesse an der Normbefolgung.⁴³⁰ Soweit sich diese zu befolgenden Normen außerhalb des Strafrechts befinden, eignet sich dieser Ansatz nicht zur pauschalen Begründung eines eigenen strafrechtlichen Schutzinteresses.⁴³¹ Das strafrechtliche Unrecht muss sich gerade von der Sanktionierung bloßen Ungehorsams abheben. Stattdessen kommt es darauf an, ob sich hinter der geschützten Norm ihrerseits ein Interesse ausmachen lässt, das den Einsatz des Strafrechts rechtfertigen kann. Auf den Schutz der gesamten Rechtsordnung abzustellen, kann daher nicht genügen.⁴³²

Bezieht sich das Interesse hingegen auf die Verhinderung weiterer Straftaten, so ist die Norm als flankierender Schutz der jeweiligen strafrechtlich geschützten Interessen zu verstehen.⁴³³ Durch eine Vorverlagerung des Schutzes soll die Wirkung der inbezuggenommenen Strafnormen gestärkt werden.⁴³⁴ Entsprechende Straftatbestände lassen sich auch als „Straftaten gegen das Strafrecht“ bezeichnen.⁴³⁵ Anwendung finden kann diese Begründung etwa für die Strafbarkeit der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB oder für die Strafbarkeit der Volksverhetzung nach § 130 StGB. Das Aufhetzen zu anderen Straftaten ist zwar ein sehr weit vorgelagerter Schutz. Soweit aber die zu verhindernden Strafnormen ihrerseits Interessen verfolgen, die den hier aufgestellten Maßstäben genügen, ist ihre Verhinderung zumindest nicht auf der Ebene des legitimen Zwecks auszuschließen. Ob sich angesichts der Schwere der möglichen Beeinträchtigungen eine solche Vorverlagerung rechtfertigen lässt, ist eine Frage der Abwägung, die nicht für alle denkbaren Fälle vorweggenommen werden kann. In Betracht kommt damit eine Rechtfertigung etwa der Strafbarkeit der Volksverhetzung, da in dem Verächtlichmachen bestimmter Bevölkerungsgruppen zumindest plausibel die Gefahr begründet werden kann, dass die Hemmschwelle auch für gewalttätige Übergriffe sinkt. Studien zum Phänomen der Hassrede bestätigen die Effekte des Hemmungsabbaus sowie der Desensibilisierung bei nichtbeteiligten Dritten.⁴³⁶ Entscheidend ist bei derart mittelbaren Gefahrenzusammenhängen, dass den Personen, die strafrechtlich für die Beeinträchtigung der so verstandenen öffentlichen Ordnung verantwortlich gemacht werden, die

⁴²⁹ S. dazu den vorigen Abschnitt D. III. 2. c) (2), sowie (3) (b).

⁴³⁰ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 93.

⁴³¹ S.o. D. III. 2. b).

⁴³² So auch Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 435.

⁴³³ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 94; Schröder, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 12.

⁴³⁴ Schröder, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 11.

⁴³⁵ Schröder, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 11; zustimmend Fischer, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 530; ders., NStZ 1988, 259, 161 f.

⁴³⁶ S. die Meta-Studie von Sorall/Bilewicz/Winiewski, Aggressive Behavior 2018, 136 ff.

mittelbaren Effekte auch zugerechnet werden können. Das ist aber sowohl bei der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB, die gerade auf die Begehung der späteren Straftat abzielt, als auch bei den Fällen der Volksverhetzung nach § 130 StGB unproblematisch. Selbst wenn die späteren Straftaten von Dritten begangen werden, so verwirklicht sich in ihnen doch gerade die spezifische Gefahr, die aufgrund der damit verbundenen Effekte wie dem Absinken der Hemmschwelle bereits im Vorgang der Volksverhetzung selbst angelegt ist.

Im Hinblick auf die Verhinderung von (ihrerseits strafbarer) Selbstjustiz ist eine differenziertere Betrachtung erforderlich. Auch hier kommt es auf die Zurechenbarkeit der späteren Straftaten an. Das kann für diese Fallgruppe jedoch weder pauschal bejaht noch verneint werden. Wurde die Reaktion etwa intendiert, ist eine Zurechnung möglich.⁴³⁷ Anders ist dies aber, soweit die Reaktion auf die unterschiedliche Bewertung abweichender Verhaltensweisen zurückzuführen ist, die ihrerseits keine geschützten Rechtspositionen der die Selbstjustiz ausübenden Personenkreise berührt. Diese Überlegung ist vergleichbar mit den Erwägungen, die gegen den Schutz von Tabus mit den Mitteln des Strafrechts angeführt wurden.⁴³⁸ Würde man eine darauf aufbauende Begründung von Strafnormen akzeptieren, würde das zu dem Ergebnis führen, dass je heftiger bestimmte Reaktionen von (vermeintlich) provozierten Personen ausfallen, desto eher das Ausgangsverhalten auch einer strafrechtlichen Sanktionierung zugänglich wäre. Hier realisiert sich nicht das spezifische Risiko der Ausgangshandlung, sondern allenfalls emotionale Instabilität und fehlende Impulskontrolle auf Seiten der reagierenden Personen. Geschützt würden durch eine darauf abstellende Strafnorm letztlich aggressive Verteidigungen besonders intoleranter Weltbilder.⁴³⁹ Diese sind aber kein legitimer Anknüpfungspunkt für Strafnormen. *Wohlers* ist zuzustimmen, wenn er bei der Zurechnung abstrakter Gefahren danach fragt, „ob die mit einer strafrechtlichen Verhaltensregulierung verbundenen, je nach Wahl des Deliktstyps unterschiedlich verteilten ‚Kosten‘ den ‚richtigen‘ Adressaten treffen bzw. gerecht unter den potenziellen Regelungsadressaten aufgeteilt sind.“⁴⁴⁰ Um eine Sanktionsnorm zu rechtfertigen, muss das sozialetische Unwerturteil gerade in dem Ausgangsverhalten begründet sein.⁴⁴¹

⁴³⁷ Eine davon zu trennende Frage ist allerdings, ob nicht im Einzelfall bereits die daran anknüpfende Verbotsnorm in nicht zu rechtfertigender Weise in Grundrechte eingreift, etwa wenn die Provokation auf grundrechtlich geschützten Verhaltensweisen beruht, durch die sich eine Person aber aufgrund einer besonders ablehnenden Haltung übermäßig leicht provozieren lässt.

⁴³⁸ S. auch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 107, die die Vermutung äußert, der „Rekurs auf den öffentlichen Frieden“ habe „die Funktion, nicht offen eingestehen zu müssen, dass hinter dem Strafrechtsverbot *unmittelbar* die ‚tief verwurzelten sozialetischen Gebote‘“ stünden (Hervorh. i.O.).

⁴³⁹ *Steinke*, KJ 2008, 451, 456.

⁴⁴⁰ *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 296.

⁴⁴¹ Vgl. auch dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 296.

Das Vertrauen der Bevölkerung auf einen friedlichen Zustand verweist auf einen Aspekt, der sowohl über die objektive Sicherheit als auch über den Schutz besonderer Moralvorstellungen hinausgeht. Grundsätzlich ist es vorstellbar, dass die individuelle Entfaltungsfreiheit auch ein Grundvertrauen in eine gewisse Friedlichkeit erfordert, das sogar von den objektiven Umständen entkoppelt sein kann. Zumindest im Hinblick auf besonders schwerwiegende Straftaten kann subjektives Vertrauen in ihr Ausbleiben als individuelle Entfaltungsbedingung auch von normativer Relevanz sein.⁴⁴² In kollektiver Hinsicht kann auch die Funktionsfähigkeit gesellschaftsrelevanter Systeme und Institutionen auf das Vertrauen in ihre Integrität angewiesen sein.⁴⁴³ Soweit dagegen eingewandt wird, dass weder das Vertrauen selbst messbar sei, noch der Zusammenhang zwischen dem in Frage stehenden Verhalten und einem etwaigen Vertrauensverlust,⁴⁴⁴ ist dies erst auf der Prüfungsstufe der Geeignetheit relevant, wobei der erhebliche Spielraum der Gesetzgebung bei der Einschätzung von prognosebasierten Gefahrenzusammenhängen⁴⁴⁵ zu berücksichtigen ist. Nicht erforderlich ist ferner, dass bereits jede Einzelhandlung für sich genommen in der Lage sein muss, das Vertrauen der Bevölkerung zu beeinträchtigen. Mit der Legitimationsgrundlage der Kumulationsdelikte lassen sich vielmehr auch solche Handlungen erfassen, die erst im Falle ihrer Häufung entsprechende Effekte hervorrufen (können).⁴⁴⁶

Das heißt aber nicht, dass das Vertrauen der Bevölkerung uneingeschränkt zur Rechtfertigung von Strafnormen herangezogen werden kann. Eine erste Einschränkung ergibt sich mit Blick auf den Gegenstand des Vertrauens: Wenn schon die objektive Sicherheit nur in Bezug auf künftige Straftaten schützenswert ist, dann muss das erst recht für das subjektive Vertrauen der Bevölkerung gelten. Nicht erfasst sein kann damit erstens das Vertrauen auf die allgemeine Normbefolgung sowie zweitens das Vertrauen auf einen Zustand des friedlichen Zusammenlebens, der seinerseits nicht mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden kann, weil er sich innerhalb dessen bewegt, was an Konfrontation und Konflikten in einer demokratischen pluralistischen Gesellschaft hinzunehmen ist. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus der erforderlichen Zurechenbarkeit: Der potenzielle Vertrauensverlust muss in dem strafbewehrten Verhalten angelegt sein. Völlig irrationale Ängste genügen hier ebenso wenig wie auf stereotypen Annahmen beruhende Gefährdungsbeurteilungen. Keine Schwierig-

⁴⁴² Vgl. auch *Ast*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, § 25 Rn. 84: „Je stabiler der Friede, desto höher das Vertrauen. Es ist eine Grundlage der Entfaltung von Freiheit“; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 389 f. Aus einer rechtsgutsorientierten Herleitung s. zum Vertrauen als kollektives Rechtsgut *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 124 ff.; dagegen aber *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 84.

⁴⁴³ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 124 ff.

⁴⁴⁴ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 102 fff.

⁴⁴⁵ S. dazu bereits die Nachweise in Abschnitt C., Fn. 37.

⁴⁴⁶ *Ast*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, § 25 Rn. 88.

keit bereitet es insofern, die Zurechnung in den Fällen des Androhens von Straftaten nach § 126 StGB oder der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB zu begründen.

Als Allgemeingut ist der Schutz des öffentlichen Friedens in Form des Vertrauensschutzes ferner auf eine potenzielle Betroffenheit der gesamten Bevölkerung oder immerhin nicht unerheblicher Teile bezogen.⁴⁴⁷ Nicht genügen dürfte in der Regel, dass z.B. eine Straftat in Bezug auf eine konkret bezeichnete Einzelperson angedroht wird.⁴⁴⁸ Anders wiederum ist dies aber zu beurteilen, wenn eine Einzelperson aufgrund der (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personen- oder Bevölkerungsgruppe zum Ziel einer Androhung wird.⁴⁴⁹ Eine solche Androhung ist geeignet, erhebliche Vertrauenseinbußen bei allen Mitgliedern dieser Gruppe auszulösen. Die zuvor angestellten Überlegungen zum gesetzten Minimalkonsens stehen in diesen Fällen zusätzlich zur Begründung eines gesamtgesellschaftlichen Pönalisierungsinteresses zur Verfügung.

Damit lässt sich das Allgemeingut des öffentlichen Friedens über zwei Begründungswege konkretisieren: Zum einen über einen vorverlagerten Schutz strafrechtlich schützenswerter Interessen, wenn bestimmte Verhaltensweisen das Risiko weiterer Straftaten begründen, zum anderen über das Vertrauen der Bevölkerung in das Ausbleiben schwerwiegender Straftaten als Bedingung der Entfaltungsfreiheit. Nicht herangezogen werden kann der öffentliche Frieden allerdings, um ein allgemeines Normbefolgungsinteresse strafrechtlich abzusichern. Gleiches gilt für die Verhinderung von Selbstjustiz, wenn das Risiko dafür nicht im Ausgangsverhalten selbst angelegt ist. Unzureichend ist für eine solche Risikozurechnung, das Konfliktpotenzial lediglich mit dem Umstand des Abweichens von herrschenden Moralvorstellungen zu begründen.

(4) Fazit zu Konformitätsinteressen

Bloße Konformitätsinteressen, die nicht gleichzeitig auch dem Schutz rechtlich anerkannter Individualinteressen dienen, können den Einsatz von Strafe und das damit einhergehende sozialetische Unwerturteil nicht rechtfertigen. Gesellschaftliche Konflikte, die aus unterschiedlichen Wertevorstellungen und Überzeugungen über angemessenes Verhalten resultieren, sind in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft kein Zustand, der die Bewertung des abweichenden Verhaltens als sozialschädlich begründen kann. Das gilt auch für (vermeintlich) fest verankerte und weit verbreitete Überzeugungen der Mehr-

⁴⁴⁷ Matt/Renzikowski-Kuhli, StGB, 2. Aufl. 2020, § 126 Rn. 17.

⁴⁴⁸ Selbstverständlich wären in diesem Fall aber Individualinteressen betroffen, die etwa die Strafbarkeit der Bedrohung nach § 241 StGB rechtfertigen. Weitergehend aber Matt/Renzikowski-Kuhli, StGB, 2. Aufl. 2020, § 126 Rn. 18, mit dem Argument, dass auch Drohungen gegen Einzelpersonen zu einem breiteren Vertrauensverlust führen könnten, wenn sich in der Bevölkerung die Auffassung durchsetze, „der Staat sei nicht mehr in der Lage, einzelne – individuell bestimmbare – Personen gegen Gewalttaten zu schützen.“

⁴⁴⁹ S/S/W-Fahl, StGB, 5. Aufl. 2021, § 126 Rn. 4; Fahl, Jura 2011, 561, 662; NK-Ostendorf, StGB, 5. Aufl. 2017, § 126 Rn. 16.

heitsgesellschaft. Grenzen hinzunehmender Störungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens lassen sich aber über einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlich gesetzten Minimalkonsens begründen, der den unverfügbaren in Art. 79 III GG enthaltenen Grundsätzen entnommen werden kann. Strafrechtlich geschützt werden können dadurch Verhaltensweisen, die das Zusammenleben als Freie und Gleiche in Frage stellen. Insbesondere gruppenbezogene Diskriminierungen, die strukturelle Machthierarchien zu verfestigen geeignet sind, können so erfasst werden. Eine weitere Grenze lässt sich über das Schutzgut des öffentlichen Friedens ziehen, wodurch eine Vorverlagerung des Schutzes anerkannter strafrechtlicher Schutzgüter in Betracht kommt. Ebenfalls davon umfasst ist das Vertrauen der Bevölkerung in das Ausbleiben schwerwiegender Straftaten. Nicht ausreichend ist hingegen der Schutz der öffentlichen Sicherheit in Form eines allgemeinen Normbefolgungsinteresses, sowohl was die objektive Dimension zu befürchtender Übertretungen betrifft als auch im Hinblick auf das darauf gestützte Vertrauen der Bevölkerung.

bb) Verhältnis von sozialem Unwerturteil und Selbstbestimmung

Als weitere Fallgruppe, die von der Möglichkeit eines sozialem Unwerturteils auszunehmen sein könnte, kommen bestimmte Formen selbstbestimmten Verhaltens in Betracht.

Weit verbreitet für die Konkretisierung des Konzepts der Selbstbestimmung ist eine Unterteilung in Sphären, die sowohl räumlich (Privatwohnung vs. öffentlicher Raum), als auch thematisch (etwa Familie, Arbeit, Politik) erfolgen kann. Dem zugrunde gelegt ist ein dualistisches Autonomiemodell, das eine Trennung von Öffentlichkeit und Privatheit und damit letztlich auch von Individual- und Kollektivinteressen vornimmt.⁴⁵⁰ Während die freie Entfaltung des Individuums im Rahmen der Privatsphäre dem staatlichen Zugriff grundsätzlich nicht unterliegt, steht dem Staat die Gestaltung und Reglementierung der Öffentlichkeit in großem Maße zur freien Verfügung.

Die Bedeutung eines geschützten Rückzugsraumes für die freie Persönlichkeitsentfaltung ist nicht von der Hand zu weisen. Das Vorhaben, einen solchen Raum vor dem Zugriff des Staates zu sichern, ist daher positiv zu bewerten. Nicht unberücksichtigt bleiben darf aber, dass die Einteilung in Sphären auch dem Erhalt eines (mehrheits-)gesellschaftlichen Ordnungssystems dient.⁴⁵¹ Durch die

⁴⁵⁰ S. hierzu und zum Folgenden *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 104 ff., 228 ff.

⁴⁵¹ Einen Überblick über die Kritik feministischer Rechtstheorien an der Einteilung in private und öffentliche Sphäre geben *Baer/Elsuni*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2021, 296, 300 f.; s. auch *Eifert*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 94, der eine „besonders enge Beziehung“ der normativen Festlegung von privaten und öffentlichen Räumen „zu verfestigten gesellschaftlichen Praktiken“ beschreibt; zu feministischen, juristischen und philosophischen Diskursen zu Privatheit s. *Rössler*, Der Wert des Privaten, 3. Aufl. 2018, 11 ff.

Zuschreibung eines Verhaltens bzw. Themenfeldes zur Privatsphäre wird ein geschützter Raum für die freie Entfaltung geschaffen; gleichzeitig kann hierdurch aber auch Verhalten, mit dem die Mehrheitsgesellschaft sich nicht weiter befassen will, zur „Privatsache“ erklärt und damit beiseitegeschoben werden. Spiegelbildlich dazu hat auch die Zuschreibung zur Sphäre der Öffentlichkeit zwei Seiten: Verhaltensweisen, mögen sie auch noch so intim sein, können so zur Angelegenheit der Mehrheitsgesellschaft erklärt und vollumfassend reglementiert werden; zugleich steht dem Staat aber auch die Möglichkeit offen, durch (Gewähr-)Leistungen und Schutzmaßnahmen bestimmte Garantien und Entfaltungsbedingungen zu schaffen.

Im materiellen Strafrecht lassen sich beide Effekte beobachten. Die Straflosigkeit der Vergewaltigung in der Ehe bis 1997 etwa kann auf Vorstellungen von Privatheit des Themenfeldes Ehe und Familie zurückgeführt werden, ebenso wie die Akzeptanz gewaltvoller Erziehungsmethoden durch die Anerkennung eines sog. Züchtigungsrechts.⁴⁵² Die Strafbarkeit bestimmter homosexueller Handlungen immerhin bis 1994 nach § 175 StGB a.F. sowie die noch immer bestehende Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten nach § 173 StGB lassen sich hingegen mit einer Zuordnung bestimmter Verhaltensweisen zur Sphäre der Öffentlichkeit aufgrund eines Regelungsinteresses der Mehrheitsgesellschaft in Bezug auf sexuell abweichende Verhaltensweisen⁴⁵³ erklären.

Die Einteilung in Sphären findet sich verfassungsrechtlich in der sog. Sphärentheorie wieder, die das Bundesverfassungsgericht unter Rückgriff auf zuvor bereits in der zivilrechtlichen Rechtsprechung angewandte Grundsätze entwickelt hat.⁴⁵⁴ Anhand dieser Einteilung findet eine Abstufung unterschiedlicher

⁴⁵² Bis 1958 ausdrücklich in § 1631 II BGB a.F. enthalten: „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden.“ Auch nach Inkrafttreten des Sorgerechtsgesetzes im Jahr 1979 (BGBl. 1979 I, S. 1061), durch das das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen eingeführt wurde, sowie des Kindschaftsreformgesetzes vom 16.12.1997 (BGBl. 1998 I, S. 2942), welches körperliche und seelische Misshandlungen ausdrücklich als Formen entwürdigender Erziehungsmaßnahmen benannte, wurde z.T. strafrechtlich weiterhin ein Rechtfertigungsgrund für bestimmte Züchtigungshandlungen anerkannt, s. dazu BeckOK-*Eschelbach*, StGB, 55. Ed. Stand 1.11.2022, Lexikon des Strafrechts, Züchtigungsrecht, Rn. 2 ff. Erst seit dem 8.11.2000 enthält § 1631 II S. 1 BGB ausdrücklich ein Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung (eingeführt durch das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kinderunterhaltsrechts vom 2.11.2000, BGBl. 2000 I, S. 1479). Zur Diskussion um die strafrechtlichen Auswirkungen s. *Bulke*, in: FS Schreiber, 29, 33 ff.

⁴⁵³ *Valentiner* hat dies für sexualbezogene Verhaltensweisen treffend dargelegt: So seien gesellschaftlich akzeptierte Formen von Sexualitäten, etwa zwischen Eheleuten zu Reproduktionszwecken, lange als „Privatsache“ eingestuft worden, während abweichende Sexualitäten mit einem öffentlichen Interesse belegt und kriminalisiert worden seien, s. dazu *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 104.

⁴⁵⁴ S. etwa BVerfGE 6, 32, 41; 6, 389, 433; 27, 1, 8; 27, 344, 350 f.; 32, 373, 378 ff.; 44, 353, 372; 54, 208, 217 ff.; 80, 367, 382; 119, 1, 23 f.; zu den zivilrechtlichen Ursprüngen und den Entwicklungen durch das BVerfG s. *Geis*, JZ 1991, 112 ff.

staatlicher Schutzintensitäten sowie gegenläufig seiner Eingriffsbefugnisse statt. Während danach die sog. Intimsphäre⁴⁵⁵ aufgrund ihrer Nähe zur Menschenwürde nach Art. 1 I GG grundsätzlich staatlichen Eingriffen entzogen ist,⁴⁵⁶ lassen sich Eingriffe in die Privatsphäre unter strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit rechtfertigen.⁴⁵⁷ Eingriffe in die sog. Sozialsphäre hingegen unterliegen weniger strengen Anforderungen.⁴⁵⁸ Die Sphären können sowohl räumlich als auch thematisch bestimmt werden.⁴⁵⁹ Die konkrete Einordnung eines Verhaltens bzw. Lebensbereiches in eine der Sphären wird anhand verschiedener Umstände vorgenommen, etwa anhand der Intensität des Sozialbezugs oder des Näheverhältnisses der beteiligten Personen.⁴⁶⁰

Aufgrund des weiten und recht unspezifischen Kriteriums des Sozialbezugs lässt sich die oben formulierte Kritik an der Trennung in private und öffentliche Räume auf die Sphärentheorie übertragen. Dadurch, dass die Privat- und Intimsphäre selbst nicht hinreichend konkretisiert, sondern in erster Linie negativ über die (fehlende oder geringe) Intensität eines Sozialbezuges hergestellt werden, lassen sich (mehrheits-)gesellschaftliche Interessen in breitem Umfang heranziehen, um den Zugriff im Einzelfall zu ermöglichen.⁴⁶¹ Ein geschützter Rückzugsraum vor gesellschaftlichem Zugriff kann so gerade für von den Vorstellungen der Mehrheitsgesellschaft abweichendes Verhalten nicht gewährleistet werden. Die Einordnung thematisch oder räumlich eigentlich intimer Vorgänge in den unantastbaren Kernbereich kann so durch das Vorbringen gesellschaftlicher Belange gewissermaßen „korrigiert“ werden. Deutlich geworden ist dies u.a. in der sog. Tagebuchentscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht die in einem Tagebuch niedergeschriebenen Informationen als in einem Strafverfahren verwertbar beurteilte. Zum Sozialbezug führt das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung aus: „Schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen verleiht einer Handlung oder Information eine soziale Bedeutung, die sie rechtlicher Regelung zugänglich macht.“⁴⁶² Das Gericht erkennt zwar an, dass der Mensch in sozialen Bezügen existiert, sodass nicht jeder Sozi-

⁴⁵⁵ Zum Begriff der Intimsphäre und seiner gerade in früheren Jahren durchaus uneinheitlichen Verwendung durch das BVerfG s. *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 15 f. Hier wird er synonym verwendet mit dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung.

⁴⁵⁶ BVerfGE 34, 328, 245.

⁴⁵⁷ BVerfGE 34, 328, 246.

⁴⁵⁸ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 93.

⁴⁵⁹ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 71.

⁴⁶⁰ Zum Sozialbezug s. etwa BVerfGE 80, 367, 374; 109, 279, 314; 120, 224, 239; zum Näheverhältnis s. BVerfGE 90, 255, 260 f.; 109, 279, 322.

⁴⁶¹ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 92.

⁴⁶² BVerfGE 80, 367, 374; s. auch BVerfGE 109, 279, 314: „Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist, also auch in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt.“

albezug dazu führe, dass eine Zuordnung zum unantastbaren Kernbereich ausgeschlossen sei; stattdessen komme es auf die (nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls bestimmbare) Art und Intensität des Sozialbezugs an.⁴⁶³ Durch das Niederschreiben habe der Beschwerdeführer aber seine Gedanken „aus dem von ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben“.⁴⁶⁴ Zudem seien sie inhaltlich immerhin derart mit der aufzuklärenden Straftat verknüpft gewesen, dass sie auch Belange der Allgemeinheit berührten.⁴⁶⁵ Auch die verfassungsgerichtlichen Bestätigungen der Strafbarkeiten nach § 175 StGB a.F.⁴⁶⁶ sowie § 173 StGB⁴⁶⁷ zeigen deutlich, dass der Fokus auf den Sozialbezug Gefahr läuft, geschützte Rückzugsräume vornehmlich für bereits gesellschaftlich akzeptierte Verhaltensweisen zuzugestehen.⁴⁶⁸

Neben der unzureichenden Konkretisierung insbesondere des unantastbaren Kernbereichs,⁴⁶⁹ lässt sich weitere Kritik gegen die Sphärentheorie vorbringen. Insgesamt lasse sich eine dogmatisch klare Differenzierung der unterschiedlichen Sphären nicht begründen; diese seien lediglich Ausdruck gradueller Stufungen.⁴⁷⁰ Schematische Einteilungen in räumliche und thematische Sphären seien zudem weder dazu geeignet, die Intensität des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu bestimmen, noch dazu, die Relevanz der gesellschaftlichen Interessen zu beschreiben.⁴⁷¹ Im Einzelfall seien daher Korrekturen über die Intensität des Sozialbezugs oder bestimmte Näheverhältnisse erforderlich.⁴⁷² Letztlich komme der Einteilung in die verschiedenen Sphären nicht mehr als indizgebende Bedeutung zu.⁴⁷³ Auch das Bundesverfassungsgericht geht mittlerweile davon aus, dass die unterschiedlichen Dimensionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht schematisch, sondern „als Anhaltspunkte für die Intensität der Beeinträchtigung“ zu verstehen sind.⁴⁷⁴ Ferner ist die Sphärentheorie nicht in der

⁴⁶³ BVerfGE 80, 367, 373 f.

⁴⁶⁴ BVerfGE 80, 367, 376.

⁴⁶⁵ BVerfGE 80, 367, 376 f. Zur Kritik s. Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 9.

⁴⁶⁶ BVerfGE 6, 389, 433 f.

⁴⁶⁷ BVerfGE 120, 224, 243.

⁴⁶⁸ *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 35; vgl. auch *Enders*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 89 Rn. 33.

⁴⁶⁹ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 92; *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 36 ff.

⁴⁷⁰ *Dreier-ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 93.

⁴⁷¹ *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 87.

⁴⁷² Vgl. *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 87 zur Korrektur in der sog. Tagebuchsentscheidung; s. auch *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 230.

⁴⁷³ *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 87.

⁴⁷⁴ BVerfGE 119, 1, 30.

Lage, eine positive Begriffsbestimmung der geschützten Persönlichkeitsentfaltung zu liefern.⁴⁷⁵

Schließlich ist zu konstatieren, dass das Bundesverfassungsgericht selbst in neueren Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht mehr auf die Sphärentheorie abstellt. Insbesondere in Fällen technikbasierter Datenerhebungen kommt die Einteilung in Sphären an ihre Grenzen. So lassen sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme mit den Kategorien der Sphärentheorie nicht adäquat fassen.⁴⁷⁶ Anstelle des Verletzungsvorgangs, der im Rahmen der Sphärentheorie im Fokus steht,⁴⁷⁷ wird stattdessen vermehrt die individuelle Selbstbestimmung in den Blick genommen. In Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung stellte das Bundesverfassungsgericht etwa auf „die Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“⁴⁷⁸, ab. In den Mittelpunkt der Betrachtung rückt damit die Verfügungsbefugnis.

Auch außerhalb dieser neuen Fallgruppen stellt das Bundesverfassungsgericht mittlerweile auf den Verfügungsvorgang ab, so etwa in der Entscheidung zu § 217 StGB a.F.: „Namentlich die selbstbestimmte Wahrung der eigenen Persönlichkeit setzt voraus, dass der Mensch über sich nach eigenen Maßstäben verfügen kann“⁴⁷⁹. Zudem hob es die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als „Ausdruck persönlicher Autonomie“⁴⁸⁰ hervor, die in der Würde des Menschen wurzele.⁴⁸¹

Enders bezeichnet die „Verfügungsbefugnis über diejenigen persönlichen Sachverhalte, die die persönliche (Bildung und Erhaltung der) Identität eines jeden als Basis seines äußeren – zurechenbaren – Verhaltens ausmachen, durch deren Außendarstellung er sich als Persönlichkeit mit einem bestimmten sozialen Geltungsanspruch definiert“⁴⁸², sogar als das eigentlich durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Recht.⁴⁸³

Um den Aspekt der Verfügungsbefugnis zu konkretisieren hat *Valentiner* jüngst für das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG ein proze-

⁴⁷⁵ *Enders*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 89 Rn. 2.

⁴⁷⁶ BVerfGE 65, 1, 45; Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 81, 93; *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 231 f. Die Abkehr von der Sphärentheorie kritisiert *Geis*, JZ 1991, 112, 113 f.

⁴⁷⁷ *Enders*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 89 Rn. 2.

⁴⁷⁸ BVerfGE 65, 1, 42 f.

⁴⁷⁹ BVerfGE 153, 182, 261.

⁴⁸⁰ BVerfGE 153, 182, 261.

⁴⁸¹ BVerfGE 153, 182, 261.

⁴⁸² *Enders*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 89 Rn. 47.

⁴⁸³ Zur Bestimmung von Privatheit durch Handlungs- und Verantwortungssphären anstelle von räumlichen Sphären s. *Rössler*, Der Wert des Privaten, 3. Aufl. 2018, 16 ff.

durales und verhandlungsbasiertes Konsensmodell herausgearbeitet.⁴⁸⁴ Konsens wird von ihr herangezogen, um die selbstbestimmte Kontrolle im Zugang zu sich selbst⁴⁸⁵ zu ermöglichen. Dabei ist die Herstellung von Konsens auf bestimmte Gelingensbedingungen angewiesen, darunter die Kommunikations- und Einsichtsfähigkeit der Akteur*innen, die sich zudem strukturell gleichberechtigt auf Augenhöhe begegnen.⁴⁸⁶ Fehle es an einer dieser Bedingungen, sei aber nicht gleichzeitig auch autonomes Handeln selbst unmöglich: Stattdessen sei zwischen dem „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und d[en] idealen Bedingungen für sexuell autonome Entscheidungen und Handlungen“⁴⁸⁷ zu unterscheiden. In den Fokus rücken so zugleich staatliche Gewährleistungen zur Absicherung und Unterstützung dieser Gelingensbedingungen. Diese prozedural verstandene Zugangskontrolle wird letztlich zum Kernelement eines Verständnisses von personaler Autonomie, welche auf Aushandlungsprozessen und Interaktion⁴⁸⁸ basiert. Schließlich beschreibt *Valentiner* Konsens als verfassungsrechtliches Leitbild, an dem der Staat seine Eingriffe aber auch Gewährleistungsmaßnahmen auszurichten hat.⁴⁸⁹

Das Instrument der Zugangskontrolle ist nicht auf den thematischen Kontext der sexuellen Selbstbestimmung begrenzt.⁴⁹⁰ Durch die prozedurale Ausgestaltung lässt es sich für die Konkretisierung selbstbestimmter Verhaltensweisen insgesamt heranziehen. Mit einem Verständnis von Selbstbestimmung als Verfügungsbefugnis lässt sich das Mittel des Konsenses themenübergreifend einsetzen. Das schließt nicht aus, die Anforderungen an Konsens in Abhängigkeit von der Bedeutung des Rechtsguts einerseits und unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen Kontextes andererseits auszugestalten. Aufgrund des prozeduralen Verständnisses ist der Fokus dabei aber auf den Herstellungsprozess von Konsens in Gestalt des Aushandlungs- und Interaktionsprozesses zu richten. So lässt sich insbesondere im Hinblick auf eine vorausgesetzte Wissensbasis auch nach bestehenden Informationsvorsprüngen und Machtgefällen differenzieren. Im Rahmen medizinischer Eingriffe etwa ist das Fachwissen typischerweise sehr ungleich verteilt, was zumindest im Hinblick auf die mit dem Eingriff verbundenen Risiken bestimmte Aufklärungspflichten erforderlich erscheinen lässt.⁴⁹¹ Neben strukturellen Wissensvorsprüngen lassen sich auch weitere Machtgefälle als Anknüpfungspunkt für die Gefahr defizitärer Entscheidungen als Ausgangs-

⁴⁸⁴ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 148 ff.

⁴⁸⁵ S. dazu auch *Rössler*, Der Wert des Privaten, 23 ff.

⁴⁸⁶ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 154 ff.

⁴⁸⁷ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 156.

⁴⁸⁸ Zur Bedeutung von Interaktion als Voraussetzung der Freiheitsausübung s. auch *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 16 ff., insbes. 24 ff. zur Bedeutung für die personale Entfaltung; s. auch *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 84 ff.

⁴⁸⁹ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 369 ff.

⁴⁹⁰ *Rössler*, Der Wert des Privaten, 3. Aufl. 2023, 23 ff.

⁴⁹¹ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 176 f.

punkt für einen strafrechtlichen Schutz von Autonomie heranziehen: Strukturelle Abhängigkeiten, etwa in Ausbildungskontexten oder bestimmten Unterbringungskonstellationen (Inhaftierung, behördliche Verwahrung, Unterbringung in bestimmten Einrichtungen) kommen ebenso in Betracht, wie soziale Abhängigkeiten (Schutzbefohlene).

Damit lässt sich Selbstbestimmung verstehen als Entscheidung von Personen darüber, ob, wie und mit wem bestimmte Güter geteilt oder zur Verfügung gestellt werden sollen oder sonst mit anderen in Interaktion getreten werden soll, kurz: „Die Befugnis des Menschen, über sich selbst nach eigenen Maßstäben zu verfügen.“⁴⁹² Im Fokus steht das prozedurale Instrument der Zugangskontrolle, das auf dem Leitmotiv von Konsens basiert. Maßgeblich ist nicht die inhaltliche Bewertung des Beweggrundes (etwa die inhaltliche Beschränkung von Konsens auf „gute Gründe“), sondern der Aushandlungs- und Interaktionsprozess selbst. Durch den prozeduralen Ansatz ist das Instrument der Zugangskontrolle in besonderem Maße geeignet, Selbstbestimmung in einer pluralistischen und wertrelativen Gesellschaft zu fassen⁴⁹³ und zugleich vor dem Zugriff moralisierender Mehrheitsinteressen zu sichern. Selbstbestimmung ist dabei nicht frei von internen und externen Gelingensbedingungen. Ihre Sicherung auch mit den Mitteln des Strafrechts zu gewährleisten kann als Sicherung von Individualinteressen in Betracht kommen.⁴⁹⁴ Dies kann das Strafrecht aber nicht dadurch leisten, dass von vornherein jede Möglichkeit einer selbstbestimmten Entscheidung ausgeschlossen wird.

(1) Eigenverantwortliche Selbstschädigung – Zur Unzulässigkeit der Strafbewehrung eines harten, direkten Paternalismus

Der Ausgang der heutigen Paternalismus-Diskussion in der deutschen Strafrechtswissenschaft ist wohl im Wesentlichen⁴⁹⁵ auf die anglo-amerikanische Rechtsphilosophie zurückzuführen. Als „Urtext“ liberaler Paternalismuskritik wird der bereits 1859 erschienene Text „On Liberty“ von *Mill* eingeordnet.⁴⁹⁶ Eine

⁴⁹² *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 185; vgl. BVerfGE 153, 182, 261.

⁴⁹³ S. dazu *Rössler*, Der Wert des Privaten, 3. Aufl. 2018, 25: „[...] nichts gehört ‚natürlicherweise‘ in den Bereich des Privaten“.

⁴⁹⁴ Vgl. *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 370.

⁴⁹⁵ Auch in der deutschen Rechtsphilosophie fanden sich gleichwohl frühe paternalismuskritische Arbeiten s. etwa von *Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, insbesondere das Resümée in Abschnitt III: „[D]er Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter, als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem andren Endzwecke beschränke er ihre Freiheit“; an das *Kant*'sche Konzept von Pflichten gegen sich selbst anknüpfend *Mosbacher*, Strafrecht und Selbstschädigung, 9 ff., 82 ff.; vgl. auch *Köhler*, ZStW 1992, 4, 15 ff.

⁴⁹⁶ S. zur Entwicklung *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 120 ff.; von *Hirsch*, in: ders./Neumann/Seilmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 57, 58.

noch immer gebräuchliche Arbeitsdefinition von Paternalismus lieferte *Gerald Dworkin* im Jahr 1972:

„By paternalism I shall understand roughly the interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person concerned.“⁴⁹⁷

Wesensmerkmal paternalistischer Regelungen ist damit die Einschränkung von Freiheit zum Schutz des Wohls derselben Person. Üblicherweise wird heute im Anschluss an *Kleinig* zwischen direktem und indirektem Paternalismus differenziert:⁴⁹⁸ Direkter Paternalismus richtet sich durch Ge- oder Verbote unmittelbar an die geschützte Person; indirekter Paternalismus hingegen adressiert Dritte durch Handlungs- oder Duldungspflichten, wodurch die geschützte Person mittelbar vor Schäden bzw. Gefährdungen ihrer Rechtsgüter bewahrt werden soll.⁴⁹⁹ Eine weitere Differenzierung zwischen hartem und weichem Paternalismus geht auf *Feinberg* zurück.⁵⁰⁰ Harter Paternalismus findet dort statt, wo er gegen den nicht-defizitären Willen einer mündigen Person Geltung beansprucht; weicher Paternalismus hingegen bezweckt gerade die Gewährleistung des autonomen Willens.⁵⁰¹

Ausgehend von dem Grundrechtseingriff in Form des sozialetischen Unwerturteils lässt sich ein strafbewehrtes und an die geschützte Person gerichtetes Verbot jedenfalls nicht damit begründen, dass damit *ausschließlich* die eigenen Interessen der selbstbestimmt handelnden Person geschützt werden sollen.⁵⁰² Der Vorwurf *gesellschaftsschädlichen* Verhaltens setzt eine Wirkung außerhalb des individuellen Interessenskreises der adressierten Person voraus.⁵⁰³ Das mag zunächst banal erscheinen, zumal wohl davon auszugehen sein dürfte, dass Handlungen von Personen, die in einer Gesellschaft leben, regelmäßig auch Auswirkungen auf ebendiese Gesellschaft haben. Ab wann diese Auswirkungen dazu führen, dass die Gesellschaft ein *eigenes* legitimes Interesse an der Reglementierung und Bewertung eines solchen Verhaltens als Unrecht vorbringen kann, ist allerdings eine zweite, hiervon zunächst zu trennende Frage. In einem ersten Schritt ist lediglich festzuhalten, dass sich der Vorwurf gesellschaftsschädlichen Verhaltens nicht mit dem Argument eines direkten, harten Paternalismus be-

⁴⁹⁷ *G. Dworkin*, *The Monist* 1972, 64, 65.

⁴⁹⁸ *Kleinig*, *Paternalism*, 11.

⁴⁹⁹ S. dazu auch *Birnbacher*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 11, 18 f., sowie zu weiteren Begriffskategorisierungen *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 27 ff.

⁵⁰⁰ *Feinberg* etablierte die Bezeichnung als „soft“ (vs. „hard“) paternalism, s. *ders.*, *Harm to Self*, 12 ff.; zur früher verwendeten Bezeichnung als „weak“ paternalism, s. *Feinberg*, *Canadian Journal of Philosophy* 1971, 105, 113.

⁵⁰¹ S. dazu sogleich in Abschnitt D. III. 2. c) bb) (3) (c).

⁵⁰² *Gkoutis*, *Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus*, 207 ff.

⁵⁰³ *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 118; *Köhler*, *ZStW* 1992, 3, 20 f., 39.

gründen lässt, dass nämlich eine Person selbstbestimmt ihre eigenen Interessen verletzt oder gefährdet hat.⁵⁰⁴ Staatliche Schutzpflichten mögen zu präventiven Maßnahmen berechtigen;⁵⁰⁵ darauf kommt es hier jedoch nicht an. Ein sozial-ethisches Unwerturteil mit dem Vorwurf gesellschaftsschädlichen Verhaltens lässt sich gegen die sich selbst schädigende Person jedenfalls nicht mit dem Argument ihres eigenen Schutzes begründen.⁵⁰⁶

Der nicht ganz unerheblichen Bedeutung der Thematik in der Strafrechtswissenschaft⁵⁰⁷ steht eine auffällige Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber. Zu Fällen der Strafbewehrung der eigenverantwortlichen Selbstschädigung mündiger Personen hat es sich bisher nicht eindeutig positioniert. In der Cannabis-Entscheidung findet sich zwar der Satz: „Unbeschadet dessen, daß solche Eingriffe unter bestimmten Voraussetzungen auch in Betracht kommen mögen, wenn sie den Betroffenen daran hindern sollen, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen (vgl. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 ff.]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]), sind sie im allgemeinen nur zulässig, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies unter Berücksichtigung des Verhältnismä-

⁵⁰⁴ *Eifert*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 80 f.; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 115 ff.; 122 ff.; *Köhler*, ZStW 1992, 20 f., 39; *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 285 ff. (allerdings nicht im Hinblick auf Strafnormen, sondern zur allgemeinen Unzulässigkeit hart paternalistischer Grundrechtseingriffe bei nicht defizitären Entscheidungen); *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn. 55; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 192 f.; vgl. auch *LK-Weigend*, Band 1, 13. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 7; vgl. ferner *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 45 ff., der ein eigenständiges „Grundrecht gegen Paternalismus“ herleiten will; kritisch dazu aber *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 247 f.

⁵⁰⁵ S. zu den Begründungskonzepten eines solchen begrenzten Paternalismus außerhalb des Strafrechts zur Sicherung langfristiger Ziele der betroffenen Person *von Hirsch*, in: ders./Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 57, 59 ff. Wie *von Hirsch* aber zutreffend ausführt, trägt ein solches in die Zukunft gerichtetes Konzept nicht den (trotz möglicher präventiver Bestandteile in der Institution „Strafe“ unvermeidlichen) repressiven Charakter des strafrechtsspezifischen Tadels, a.a.O., 62 f.; zustimmend *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 123; s. ferner *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 315.

⁵⁰⁶ *Birnbacher*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 11, 25 f.; *von Hirsch*, in: ders./Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 57, 63 ff. Zu einer Unzulässigkeit bereits auf der Ebene der Verhaltensnorm aufgrund des grundsätzlichen Überwiegens der freien Persönlichkeitsentfaltung s. *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 285 ff.

⁵⁰⁷ S. nur einige der Monografien aus den letzten zwei Jahrzehnten: *Gkoutis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus; *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, insbesondere 165 ff.; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe; *Klimpel*, Bevormundung oder Freiheitsschutz?; *Mosbacher*, Strafrecht und Selbstschädigung; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht; *Tenthoff*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips; *Woitkewitsch*, Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst; s. ferner den Sammelband von von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht.

bigkeitsgrundsatzes erfordert.⁵⁰⁸ Die in Bezug genommenen Entscheidungen betreffen aber in keinem Fall Strafnormen, überwiegend auch keine Fälle eigenverantwortlicher Selbstschädigungen: Zwei Entscheidungen betreffen Fälle der Unterbringung psychisch erkrankter Personen,⁵⁰⁹ und damit weder eine Bewertung vergangenen Verhaltens als Unrecht, noch das Verhalten mündiger Personen. Eine Entscheidung betrifft die Altersgrenze von 25 Jahren für die Änderung des Personenstands für trans Personen nach der sog. „großen Lösung“, die zwar nicht aufgrund paternalistischer Erwägungen, aber letztlich aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 3 I GG für verfassungswidrig erklärt wurde.⁵¹⁰ Auch die darin enthaltenen Ausführungen sind nicht geeignet, Aussagen über den strafrechtlichen „Schutz“ vor eigenverantwortlicher Selbstschädigung zu treffen. Zum einen werden auch hier zur Begründung der Zulässigkeit von Eingriffen zum Schutz einer Person die beiden zuvor erwähnten Entscheidungen zu Fragen der Unterbringung herangezogen, worin sich die – noch immer nicht überwundene – Pathologisierung von trans Personen zeigt.⁵¹¹ Zum anderen stützte sich das Gericht gerade auf die Charakterisierung als „Junge Transsexuelle“. Die Erwägung des Gesetzgebers, die betroffene Person solle sich im Zeitpunkt der Entscheidung „in einem Alter befinden, in dem [ihre] Reifung im allgemeinen abgeschlossen“⁵¹² sei, hat das Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet.⁵¹³ Dass die Altersgrenze von 25 Jahren tatsächlich ein geeignetes Kriterium für die Bestimmung eigenverantwortlicher Entscheidungen sein soll, mag bezweifelt werden.⁵¹⁴ Gleichwohl

⁵⁰⁸ BVerfGE 90, 145, 172.

⁵⁰⁹ So BVerfGE 22, 108; 58, 208.

⁵¹⁰ Der Verstoß gegen Art. 3 I GG resultierte daraus, dass die Altersgrenze von 25 Jahren nicht für den medizinischen Eingriff selbst, sondern nur für die Änderung des Geschlechtseintrags galt. Damit wurden die zwei Vergleichsgruppen „trans Person über 25 Jahre“ und „trans Person unter 25 Jahre“ bei ansonsten gleichen Voraussetzungen ungleich behandelt, s. BVerfGE 60, 123, 133 ff.

⁵¹¹ Während in der „International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems“ (ICD) der World Health Organization (WHO) in ihrer neuesten Fassung ICD-11 die vormals gelistete Diagnose „transsexualism“ mit Wirkung zum 1.1.2022 gestrichen wurde, findet in Deutschland derzeit noch die modifizierte ICD-10-GM (German Modification) Anwendung. Darin ist „Transsexualismus“ mit der Kodierung F64.0 weiterhin im Abschnitt „Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen“ unter „Störungen der Geschlechtsidentität“ gelistet. Das Europäische Parlament missbilligte bereits in Ziffer 98 seiner Entschließung vom 12.12.2012 zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union „dass Transgenderpersonen in vielen Mitgliedstaaten noch immer als psychisch krank betrachtet werden“. Zudem forderte es die Kommission sowie die WHO auf, Störungen der Geschlechtsidentität aus dem Abschnitt der Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen zu streichen und in den Verhandlungen über die ICD-11 „eine nicht pathologische Neueinstufung sicherzustellen“, s. *Europäisches Parlament*, Grundrechte in der Europäischen Union (2010–2011), 2011/2069(INI).

⁵¹² BT-Drs. 8/2947, 14 f.

⁵¹³ BVerfGE 60, 123, 132.

⁵¹⁴ *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 309, betont zwar den grundsätzlichen Spielraum des Gesetzgebers bei Festlegung von Altersgrenzen, weist aber

hat das Gericht letztlich (ggf. überhöhte) Voraussetzungen an die Mündigkeit der entscheidenden Personen gestellt, nicht aber Aussagen über die Grenzen eigenverantwortlicher Entscheidungen mündiger Personen getroffen.⁵¹⁵ Und schließlich geht es auch in dieser Entscheidung nicht um eine Bewertung des Verhaltens als sozialetisches Unrecht.

Die ebenfalls in Bezug genommene Entscheidung über die Bußgeldbewehrung eines Helmpflichtverstößes⁵¹⁶ kommt der hier relevanten Frage noch am nächsten. Allerdings werden auch darin konkrete Schutzinteressen für Dritte beschrieben, welche die Helmpflicht begründen können. Zudem besteht der staatliche Vorwurf im Fall des Ordnungswidrigkeitenrechts gerade nicht in dem hier maßgeblichen sozialetischen Unwerturteil.⁵¹⁷ Damit eignet sich keine der herangezogenen Entscheidungen als Beleg für die aufgestellte Behauptung.

Zwar ist keine Strafnorm ersichtlich, die *ausschließlich* auf die Verhinderung eigenverantwortlicher Selbstschädigung abzielt; es ist aber darauf zu achten, dass dieser Aspekt auch im Falle des Zusammentreffens mehrerer Schutzrichtungen nicht als Argument für die Strafbarkeit eines Verhaltens und die Rechtfertigung des damit einhergehenden Grundrechtseingriffs herangezogen werden kann.⁵¹⁸ Damit ist keine Aussage über die Legitimation der Norm im Ganzen getroffen, solange sie sich auf hinreichende andere Interessen stützen lässt.⁵¹⁹

(2) Selbstbestimmung in Mehrpersonenkonstellationen

(a) Die Einbeziehung Dritter in selbstbestimmte Schädigungshandlungen

Eng verwandt mit der soeben geschilderten Fallgruppe ist eine strafrechtlich durchaus relevante Konstellation, nämlich die Einbeziehung Dritter in selbstbestimmte Schädigungshandlungen (sog. indirekter Paternalismus).

Es ist bereits fraglich, inwieweit das Sprechen von (selbst-)schädigendem Verhalten wirklich angemessen ist.⁵²⁰ Denn die Verfügung über bestimmte höchst-

zutreffend darauf hin, dass „sich der Gesetzgeber [...] aufgrund der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG) folgenden ‚Systemtreue‘ an seiner grundsätzlichen Festsetzung des Volljährigkeitsalters orientieren müsse[], um einer konsistenten und willkürfreien Bewertung gerecht zu werden“; für eine Selbstbindung des Gesetzgebers auch *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 125; für einen größeren gesetzgeberischen Spielraum aber *Woitkewitsch*, *Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst*, 28 f.

⁵¹⁵ S. auch die Einordnung durch *Woitkewitsch*, *Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst*, 29, wenngleich er die Festlegung der Altersgrenze auf 25 noch vom Spielraum des Gesetzgebers gedeckt sieht.

⁵¹⁶ BVerfGE 59, 275.

⁵¹⁷ *Heger*, in: Voigt (Hrsg.), *Handbuch Staat*, Band 2, „Strafrecht“, 1249, 1253 f.

⁵¹⁸ *Birnbacher*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 11, 26.

⁵¹⁹ S. zu möglichen Begründungsalternativen D. III. 2. c) bb) (3).

⁵²⁰ Für die Verwendung des Begriffs des Schadens s. *du Bois-Pédain*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 33, 36.

persönliche Rechte als Schädigung und nicht als Ausdruck ebenjener Rechte zu verstehen, erklärt sich nicht von selbst. Anders als bei Rechtsgütern, welche sich gerade in der Verfügungsbefugnis realisieren (z.B. sexuelle Selbstbestimmung, Hausrecht, Gewahrsam), lässt sich ausgehend von den Rechtsgütern der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens wohl immerhin von objektiven Schädigungshandlungen auch im Einvernehmen mit der Rechtsgutsträgerin sprechen.⁵²¹

Ausdrücklich gebilligt hat das Bundesverfassungsgericht eine solche indirekt paternalistische Strafnorm in einer Entscheidung zur Beschränkung der Lebendorganspende nach § 8 I S. 2 TPG bzw. der flankierenden Sanktionsnorm des § 19 II TPG a.F.^{522, 523} Im Rahmen der Bewertung der Verbotsnorm des § 8 I S. 2 TPG hat das Gericht festgehalten, dass – neben den legitimen Zwecken der Sicherstellung der Freiwilligkeit der Organspende sowie der Vorbeugung von Organhandel – auch das Ziel, „den Vorrang der postmortalen Organentnahme gegenüber der Entnahme eines Organs einer lebenden Person zum Ausdruck“⁵²⁴ zu bringen, auf vernünftigen Gründen des Allgemeinwohls beruhe. Es sei „ein legitimes Gemeinwohlanliegen [...], Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“⁵²⁵. Bei der Beurteilung der Sanktionsnorm des § 19 II TPG a.F. hat das Gericht undifferenziert auf die zuvor bereits festgestellten Gemeinschaftsbelange abgestellt.⁵²⁶ Diese Entscheidung ist nicht überzeugend, schon weil es an jeder Begründung fehlt. Das gilt bereits für die Annahme des Gemeinwohlanliegens im Rahmen des § 8 I S. 2 TPG. Anstelle einer Begründung zur Zulässigkeit paternalistischer Schutzzwecke folgt lediglich ein Verweis auf eine frühere Entscheidung, nämlich die soeben bereits dargestellte Entscheidung zur Altersgrenze des TSG.⁵²⁷ Die darin enthaltenen Ausführungen

⁵²¹ Anders aber, wenn man als Schutzgut der §§ 223 ff. StGB auf den selbstbestimmten Umgang mit dem eigenen Körper abstellt, so etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 12 f. Von diesem Standpunkt aus grundsätzlich nachvollziehbar ist auch die Einordnung einer Einwilligung als tatbestandsausschließend, a.a.O., Rn. 13. Kritisieren lässt sich mit demselben Argument auch die h.M., nach der eine Einwilligung im Rahmen des § 303 StGB lediglich rechtfertigend wirkt: Nach § 903 S. 1 BGB ist das freie Verfahren mit der Sache gerade ein zentraler Bestandteil des Eigentumsrechts. Damit läge an sich eine Ausgestaltung nahe, die das Einvernehmen Verfügungsberechtigter bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestands berücksichtigt; s. dazu auch *NK-Paeffgen/Zabel*, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 7.

⁵²² Zwar enthält das TPG auch direkt paternalistische Strafnormen, welche die organspendende Person selbst mit Strafe bedrohen; im konkreten Fall zu entscheiden war aber nur die Verfassungsgemäßheit des § 19 II TPG a.F. (heute im Wesentlichen geregelt in § 19 I TPG). Strafbar hiernach ist nur die Person, die ein Organ oder Gewebe entnimmt.

⁵²³ BVerfG NJW 1999, 3399; kritisch *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3388 f.; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 119 f.; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 277 Fn. 304.

⁵²⁴ BVerfG NJW 1999, 3399, 3401.

⁵²⁵ BVerfG NJW 1999, 3399, 3401.

⁵²⁶ BVerfG NJW 1999, 3399, 3403.

⁵²⁷ BVerfGE 60, 123.

erlauben aber keine Aussage über mögliche Grenzen eigenverantwortlicher Selbstschädigung.⁵²⁸

Ob die Entscheidungsbegründung heute noch so reproduziert werden würde, erscheint zudem mehr als fraglich. Der Schutz der Selbstbestimmung hat zuletzt deutlich an Gewicht gewonnen. Besonders deutlich zum Ausdruck gekommen ist dies in der Entscheidung zu § 217 StGB a.F., in welcher das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung für verfassungswidrig erklärt wurde.⁵²⁹ Darin wird nicht nur die Entscheidung über eine selbstbestimmte Lebensbeendigung als subjektives Recht anerkannt, sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit, die Unterstützung (hierzu bereiter) Dritter in Anspruch zu nehmen.⁵³⁰

Besonders naheliegend ist die Ausweitung selbstbestimmten Handelns auf Fälle sogenannter assistierter Autonomie⁵³¹, in denen eine Person für die Umsetzung einer autonom getroffenen Entscheidung auf die Mitwirkung einer weiteren Person angewiesen ist.⁵³² Eine Einschränkung auf solche „Härtefälle“ ist aber nicht zwingend.⁵³³ Die Handlungs- und Entfaltungsfreiheit als Grundlage selbstbestimmten Verhaltens ist nicht auf streng abtrennbare Handlungen einzelner Individuen beschränkt. Selbstbestimmung im Sinne einer freien Persönlichkeitsentfaltung erlangt ihre Bedeutung gerade in der Interaktion mit Anderen. Sie ermöglicht, in konsensualen Verfahren andere Personen einzuschließen und auszuschließen.⁵³⁴ Die Beteiligung Dritter spricht damit grundsätzlich nicht gegen die Bewertung eines Verhaltens als selbstbestimmt, sondern ist vielmehr Ausdruck eines interaktionsbasierten Entfaltungsverständnisses.⁵³⁵ Strafbewehrte

⁵²⁸ S. soeben in Abschnitt D. III. 2. c) bb) (1), 132 f.

⁵²⁹ BVerfGE 153, 182. Interessanterweise wurde etwa die Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit einer Helmpflicht (BVerfGE 59, 275) hier als Nachweis dafür herangezogen, dass „die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben“ müsse, s. BVerfGE 153, 182, 296.

⁵³⁰ BVerfGE 153, 182, 264 f.

⁵³¹ Vgl. BVerfGE 153, 182, 264 f.; *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 405.

⁵³² S. dazu die Erwägungen im obiter dictum in BGH, Beschl. v. 28.6.2022, 6 StR 68/21, Rn. 23 im Anschluss an die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zu § 217 StGB: „Er [Anm. d. Verf.: = der Senat] hält es für naheliegend, dass § 216 Abs. 1 StGB einer verfassungskonformen Auslegung bedarf, wonach jedenfalls diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, in denen es einer sterbewilligen Person faktisch unmöglich ist, ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung selbst umzusetzen, aus dem Leben zu scheiden, sie vielmehr darauf angewiesen ist, dass eine andere Person die unmittelbar zum Tod führende Handlung ausführt“; s. dazu auch *Hoven/Kudlich*, NSTZ 2022, 667, 668 f.; *Murmann*, ZfStw 2022, 530, 537; *LK-Rosenau*, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 88.

⁵³³ Vgl. auch BVerfGE 153, 182, 309 zur Unzulässigkeit materieller Kriterien wie dem Vorliegen unheilbarer Krankheiten für die Anerkennung eines verfassungsrechtlichen Rechts auf Selbsttötung.

⁵³⁴ BVerfGE 153, 182, 264 f.; *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 405.

⁵³⁵ Zur Bedeutung von Interaktion für die persönliche Entfaltung s. *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 31 ff.

Verbote richten sich dabei typischerweise⁵³⁶ zwar nicht gegen die verfügende, sondern gegen die einbezogene dritte Person (sog. indirekter Paternalismus⁵³⁷). Faktisch wirkt sich aber schon die reine Verhaltensvorschrift auf die verfügende Person aus. Es lässt sich zudem nicht erklären, mit welchem Argument allein der Umstand der Mitwirkung einer Person mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt werden sollte, wenn sich der Erfolg bei alleiniger Herbeiführung als Ausdruck selbstbestimmten Handelns einer entsprechenden Bewertung entzieht.⁵³⁸ Stattdessen ist davon auszugehen, dass sich die grundrechtliche Gewährleistung von Selbstbestimmung auch auf die Einbeziehung mitwirkender Personen bezieht.⁵³⁹

Selbstbestimmte Selbstschädigung lässt sich schließlich verfassungsrechtlich weiter denken, als dies im Strafrecht durch die Abgrenzung von eigenverantwortlicher *Selbstschädigung* zu einvernehmlicher *Fremdschädigung* vorgezeichnet wird. Wie genau diese strafrechtliche Abgrenzung zu erfolgen hat, ist im Detail umstritten.⁵⁴⁰ Sie wird überwiegend anhand zweier Elemente vorgenommen, nämlich einer inneren und einer äußeren.⁵⁴¹ Während das innere Element die Anforderungen an die Freiverantwortlichkeit des Willensentschlusses enthält, erfolgt die äußere Abgrenzung anhand des (mehr oder weniger modifizierten⁵⁴²) Kriteriums der Tatherrschaft. Maßgeblich für die strafrechtliche Qualifizierung als eigenverantwortliche *Selbstschädigung* ist damit das Verbleiben der Tatherrschaft bei der geschädigten Person⁵⁴³ – dabei ist unter anderem die Bestimmung des zu beherrschenden Zeitpunktes umstritten.⁵⁴⁴ In Bezug auf die Abgrenzung zwischen (strafloser) Suizidbeihilfe zum Totschlag bzw. zur Tötung auf

⁵³⁶ Ausnahmen finden sich in § 173 StGB, soweit das Verbot einvernehmlichen Geschwisterinzests auch mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung begründet wird (BVerfGE 124, 224, 251), sowie in § 18 I TPG, wonach der Organ- und Gewebehandel auch für die spendende Person unter Strafe steht. Nach § 18 IV TPG kann das Gericht in diesen Fällen von einer Bestrafung absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern. Zur Besonderheit des Fehlens materieller Voraussetzungen und damit auch jedes normativen Gesichtspunkts s. *Schroth*, JZ 1997, 1149, 1151, der darin einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 II GG erblickt.

⁵³⁷ *Du Bois-Pedain*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 33.

⁵³⁸ Zu möglichen Auswirkungen eines Fremdtötungstabus s. D. III. 2. c) bb) (3) (d).

⁵³⁹ *Duttge*, NJW 2016, 120, 123; vgl. auch *Wohlers*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 193 f.

⁵⁴⁰ S. für einen Überblick etwa *Jäger*, in: FS Schünemann, 421; *Lasson*, ZJS 2009, 359; *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 405 ff.

⁵⁴¹ *NK-Neumann*, StGB, 5. Aufl. 2017, § Vorbemerkungen zu § 211 Rn. 48; *Roxin*, in: *Wolter* (Hrsg.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 177 ff.

⁵⁴² Insbesondere die Einordnung sog. Quasi-Mittäterschaft ist umstritten, s. dazu *Engländer*, JZ 2003, 745, 747 f.; *Herzberg*, NStZ 2004, 1, 2 ff.; *Köhler*, ZStW 1992, 4, 26; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 3.

⁵⁴³ BGHSt 19, 35 (sog. Gisela-Fall); BGH NJW 2003, 2326, 2327; BGHSt 64, 121, 125; 64, 135, 138.

⁵⁴⁴ S. etwa *Roxin*, NStZ 1987, 345, 347; *Engländer*, JZ 2003, 745, 747 f.

Verlangen in täterschaftlicher Begehungsweise stellt der BGH darauf ab, „wer in Vollzug des Gesamtplans die Herrschaft über das zum Tode führende Geschehen ausübt“:

„Begibt sich der Sterbewillige in die Hand eines Dritten und nimmt dulddend von ihm den Tod entgegen, dann hat dieser die Tatherrschaft über das Geschehen. Nimmt dagegen der Sterbewillige selbst die todbringende Handlung vor und behält er dabei die freie Entscheidung über sein Schicksal, tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe“⁵⁴⁵.

Im Mittelpunkt steht daher regelmäßig das eigenhändige Ausführen der todbringenden Handlung. Auch wenn die Handlung durch die zweite Person ausgeführt (und abgeschlossen) wurde und die geschädigte Person weiter die freie Möglichkeit hat, sich den tödlichen Wirkungen zu entziehen oder diese zu beenden, kann dies nach dem BGH zur Annahme einer Selbstschädigung führen.⁵⁴⁶ Mit dem Erfordernis des Entziehens bzw. Beendens bleibt das Kriterium der (unmittelbaren) Tatherrschaft aber grundsätzlich körperlich geprägt. Daran hat sich auch durch die neuerdings vorgenommene normative Bewertung der Tatherrschaft durch den BGH nichts Grundsätzliches geändert: In einer neueren Entscheidung hat der BGH den Aspekt der Selbstbestimmung im Kontext des § 216 StGB bereits in einem breiteren Umfang berücksichtigt, indem er die normative Bestimmung der Geschehensherrschaft betonte.⁵⁴⁷ Auch in dieser neueren Entscheidung hält der BGH aber an dem grundsätzlichen Kriterium der Tatherrschaft fest.

Dabei ist Tatherrschaft ein sinnvolles Kriterium, um bestimmte individuelle täterschaftliche Verantwortlichkeitssphären bei einem Zusammenwirken mehrerer Personen zu bestimmen und voneinander abzugrenzen. Sie ist hingegen kein geeignetes Kriterium, um Aussagen über den Grad der Selbstbestimmtheit der an einem Geschehen beteiligten Personen zu treffen. Verfassungsrechtlich gesehen ist die Bewertung eines Willensentschlusses als selbstbestimmt nicht an die Bedingung von Tatherrschaft geknüpft. Wie oben bereits gezeigt, lässt sich Selbstbestimmung verfassungsrechtlich über das prozedurale Mittel der Zugangskontrolle konkretisieren. Maßgeblich ist hierfür das Kriterium des Konsenses.⁵⁴⁸ Damit kommt es auf die intellektuelle Verfügung über eigene Rechtsgüter an, nicht auf die körperliche Beherrschung eines Geschehens.

Festzuhalten ist damit an dieser Stelle erstens, dass Selbstbestimmung nicht auf Handlungen einer isolierten Person beschränkt ist. Die Einbeziehung Dritter kann gerade Ausdruck selbstbestimmten Verhaltens sein. Zweitens lässt sich Selbstbestimmung nicht anhand des Kriteriums der Tatherrschaft bestimmen.

⁵⁴⁵ BGHSt 64, 135, 138; zur neueren Rechtsprechung in BGH NJW 2022, 3021 s. E. I. 1. 1 b), insbes. 165 ff.

⁵⁴⁶ S. dazu die Ausführungen im sog. Gisela-Fall in Abgrenzung zum früheren Gashahn-Fall des Reichsgerichts (RG JW 21, 579) in BGHSt 19, 135, 139 f.

⁵⁴⁷ BGH NJW 2022, 3021, 3022; s. dazu im Folgenden E. I. 1. 1 b), insbes. 165.

⁵⁴⁸ S.o. D. III. 2. c) bb), insbes. 127 ff.

Stattdessen sind Fälle, in denen mehrere Personen an einer Schädigungshandlung beteiligt sind, anhand der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis mündiger Personen über ihre eigenen Rechtsgüter zu bewerten. Verfassungsrechtlich steht hierfür das Instrument der auf Konsens basierten Zugangskontrolle zur Verfügung. In diesen Fällen lässt sich ein sozialetisches Unwerturteil auch gegen Dritte nicht mit dem Argument begründen, dass individuelle Rechtsgüter verletzt wurden, über welche Rechtsgutsträger*innen selbstbestimmt verfügt haben.

(b) Gemeinsames freiheitserweiterndes Zusammenwirken

Eine weitere Konstellation selbstbestimmten Verhaltens betrifft Fälle, in denen mehrere Personen einvernehmlich zusammenwirken und eine Substanzbeeinträchtigung eines individuellen Interesses der beteiligten Personen schon gar nicht auszumachen ist, in denen sich ihr Handeln also neutral betrachtet als freiheitserweiternd darstellt. Ein Beispiel hierfür ist etwa das Eingehen einer Doppelphele bzw. doppelten Lebenspartnerschaft, welche nach § 172 StGB mit Strafe bedroht ist. Dabei ist es zwar durchaus denkbar, dass Interessen einer Person verletzt werden, nämlich die des anderen Ehe- bzw. Lebenspartners; dies ist jedoch nicht Tatbestandsvoraussetzung. Keinerlei Individualinteressen sind etwa dann betroffen, wenn alle drei Personen die Ehe oder Lebenspartnerschaft miteinander schließen bzw. erklären führen zu wollen, oder wenn die dritte Person mit der Eheschließung der beiden anderen Personen einverstanden ist – inwieweit sich gesellschaftliche Interessen zur Rechtfertigung der Strafbewehrung heranziehen lassen, wird in Abschnitt E. II. Gegenstand der Untersuchung sein.

Anknüpfungspunkte für Pönalisierungsinteressen zum Schutz der beteiligten Personen lassen sich allenfalls in Konstellationen finden, in denen die Autonomie der Personen selbst infrage steht. In diesen Fällen geht es aber letztlich nicht mehr um den Schutz mündiger Personen „vor sich selbst“, sondern um den Schutz der Grundbedingungen für selbstbestimmtes Verhalten, mithin um den Schutz der Entfaltungsfreiheit selbst. Auf diese Konstellationen wird im Folgenden in Abschnitt (3) (c) eingegangen.

(3) Begründungsalternativen für die Strafbewehrung selbstschädigenden Verhaltens

Zuweilen werden verschiedene Begründungsalternativen vorgebracht, welche die Strafbewehrung selbstschädigenden Verhaltens oder die Mitwirkung hieran durch Dritte begründen sollen. Abgestellt wird dann nicht mehr auf das konkret geschädigte bzw. selbstbestimmt verfügte Individualrechtsgut, sondern auf solche Rechtsgüter, auf die sich die selbstbestimmte Verfügung gerade nicht bezieht bzw. nicht beziehen kann, etwa aufgrund der fehlenden Verfügungsbefugnis im Falle von vorgebrachten Kollektivrechtsgütern. Im Folgenden werden die Begründungsansätze des Schutzes der Volksgesundheit, des Schutzes der Menschenwürde, des individuellen Autonomieschutzes sowie der grundsätzlichen Unverfügbarkeit des Rechtsguts Leben diskutiert.

(a) Gesellschaftliches Interesse am Schutz der „Volksgesundheit“?

Mit dem Schutz der sog. Volksgesundheit geht der Versuch einher, ein strafrechtlich relevantes gesellschaftliches Interesse an der Gesundheit ihrer Mitglieder zu begründen. Auf diese Weise wird etwa (zumindest in Teilen) die Strafbarkeit des Betäubungsmittelbesitzes zum Eigenkonsum begründet.⁵⁴⁹ Zu Recht wurde allerdings schon verschiedentlich darauf hingewiesen, dass sich hinter dem Begriff der Volksgesundheit nicht mehr verbirgt als die Gesundheit aller Einzelpersonen, dieser also nur eine Bündelung von Individualinteressen darstellt,⁵⁵⁰ über die jeweils individuell verfügt werden kann.

Einwenden könnte man nun noch, dass nicht nur die Individualinteressen der unmittelbar von der Strafnorm betroffenen Personen geschützt werden, sondern letztlich durch einen mittelbaren Schutz des Gesundheitssystems auch gesamtgesellschaftliche Interessen.⁵⁵¹ Bei einer Überlastung des Gesundheitssystems könnten zudem ggf. Ressourcen an anderer Stelle in der Gesundheitsfürsorge fehlen.⁵⁵²

Dieser Argumentation ist aber entgegenzutreten. Dass auch selbst herbeigeführte Krankheits- oder sonst behandlungsbedürftige Zustände grundsätzlich vom Gesundheitssystem aufgefangen werden, ist eine Grundentscheidung, die auf den Werten des Sozialstaats und auf gemeinschaftlicher Solidarität aufbaut. Würde man nun einzelne Mitglieder der Gesellschaft für das Auslösen des Solidaritätsmechanismus mit einem sozialetischen Unwerturteil belegen, würde das dieser Wertentscheidung fundamental entgegenlaufen.⁵⁵³ Ein milderer Mittel wäre zudem, den zu behandelnden Personen bei vorsätzlichen Schädigungen bestimmte Behandlungskosten selbst aufzuerlegen und so das Gesundheitssystem von diesen Belastungen freizuhalten.⁵⁵⁴ Ansonsten würde die Situation letztlich auf aufgezwungene Solidarität zum Preis eines sozialetischen Unwerturteils hinauslaufen.⁵⁵⁵ *Kolbe* fasst hierzu treffend zusammen: „Dem Einzelnen wird nicht nur auferlegt, finanziell seine Gesundheitsversorgung abzusichern, ihm

⁵⁴⁹ So ausdrücklich die Begründung in BT-Drs. 8/3551, 35, 37; s. auch BGHSt 37, 179, 182 m. zust. Anm. *Beulke/Schröder*, NStZ 1991, 393, 394; kritisch aber *Nestler-Tremel*, StV 1992, 273, 276.

⁵⁵⁰ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 142 f.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 88; *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 364 ff.; *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 133, 146 ff.; *ders.*, in: *von Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 221, 232; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 191.

⁵⁵¹ Vgl. etwa BVerfGE 59, 275, 279 zu den Auswirkungen schwerer Kopfverletzungen bei Missachtung der Helmpflicht durch Kraftadrfahrer.

⁵⁵² *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 93.

⁵⁵³ Vgl. auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 143.

⁵⁵⁴ So auch *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 94. Vgl. auch *Köhler*, ZStW 1992, 21 f.

⁵⁵⁵ Vgl. *Woitkewitsch*, Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst, 105.

wird zusätzlich befohlen, sich gesundheitsgerecht zu verhalten, um diese Sicherung nicht in Anspruch zu nehmen.⁵⁵⁶ Auch das Aufkündigen der Solidarität wäre aber ein erheblicher Einbruch des Solidaritätsgedankens und alles andere als wünschenswert.⁵⁵⁷ Allerdings kann sich aus der begrenzten finanziellen Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems allenfalls eine Grenze für die sozialstaatlichen Leistungen ergeben, nicht aber für die Ausübung der grundrechtlichen Freiheitsrechte.⁵⁵⁸ Selbstschädigende Verhaltensweisen lassen sich somit weder im Hinblick auf eine konstruierte „Volksgesundheit“ noch mit dem Argument des Schutzes des solidarischen Gesundheitssystems unter Strafe stellen.

(b) *Schutz der Menschenwürde*

Zuweilen wird das Argument vorgebracht, durch paternalistische (Straf-)Vorschriften werde die Menschenwürde aus Art. 1 I GG geschützt. Diese Begründung kommt in zwei Formen vor: zum einen unter Bezugnahme auf die individuelle Menschenwürde der betroffenen Person, zum anderen im Hinblick auf eine Gattungswürde als kollektives Schutzgut.⁵⁵⁹

Der Versuch, die individuelle Menschenwürde als unverfügbares Gut selbstbestimmten Verhaltensweisen gegenüberzustellen,⁵⁶⁰ ist zu Recht bereits vielfach kritisiert worden.⁵⁶¹ Menschenwürde steht der individuellen Selbstbestimmung nicht entgegen, sondern findet gerade Ausdruck in der Anerkennung grundlegender Entscheidungen über das eigene Selbst.⁵⁶² Individuelle Autonomie bildet

⁵⁵⁶ Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 376.

⁵⁵⁷ Zu den erheblichen Bedenken gegen einen Ausschluss eigenverantwortlicher Gesundheitsschädigungen von den Rechtsfolgen des Versorgungssystems s. Huster, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 17 ff.

⁵⁵⁸ Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 101 f.; zust. Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 378 f.; vgl. auch Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 127 f.

⁵⁵⁹ Insbesondere eine vermeintliche Gattungswürde wird auch in anderen Kontexten herangezogen, darunter insbesondere im Zusammenhang mit bioethischen Fragen, etwa des Klonens. S. dazu Dreier-ders., GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I, 117 m.w.N.; Frankenberg, KJ 2000, 325, 331 f.

⁵⁶⁰ So etwa durch das BVerwG im sog. ersten Peepshow-Urteil, BVerwGE 64, 274; kritisch dazu (wengleich das Ergebnis als „akzeptabel“ bezeichnend) Discher, JuS 1991, 642, 647, 649; Dreier-ders., GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 149.

⁵⁶¹ Dreier-ders., GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 149 ff.; Frankenberg, KJ 2000, 325, 329 ff.; Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 108 ff.; Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 109 f.; Tenthoff, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 91 ff.; für einen Überblick s. Discher, JuS 1991, 642, 645 ff., der selbst aber „[e]in Primat der Selbstbestimmung gegenüber dem objektivierten Persönlichkeitsschutz“ nicht anerkennt, a.a.O., 647.

⁵⁶² BVerfGE 49, 286, 298: „Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewußt wird. Hierzu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“

das Fundament der Menschenwürde.⁵⁶³ Dem steht auch das hier vertretene Verständnis nicht entgegen, wonach selbstbestimmte Verhaltensweisen normativ in der Entfaltungsfreiheit des Art. 2 I GG verankert sind.⁵⁶⁴ Insofern ist zu unterscheiden zwischen dem Schutz konkreter Verhaltensweisen und Entfaltungsoptionen einerseits⁵⁶⁵ und dem Grundwert der Autonomie für die Anerkennung subjektiver Individuen andererseits. Kollidieren staatliche Achtungs- und Schutzpflicht des Art. 1 I S. 2 GG im Einzelfall, ist in der Regel ein Vorrang des Achtungsanspruchs anzunehmen.⁵⁶⁶ „Wer einwilligt, wird schwerlich zum Objekt degradiert.“⁵⁶⁷ Einen objektiven Gehalt der Menschenwürde gegen Selbstbestimmung in Stellung zu bringen, würde einen nicht aufzulösenden Widerspruch begründen.⁵⁶⁸

Die Annahme einer Gattungswürde, deren Verfügbarkeit einzelnen Personen entzogen wäre, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Weder im Wortlaut des Art. 1 I GG, noch in seiner Entstehungsgeschichte ist eine solche kollektive Dimension der Menschenwürdegarantie angelegt.⁵⁶⁹ Ein solches überindividuelles Verständnis der Menschenwürdegarantie würde ihren Grundgedanken, nämlich die Wahrung der Subjektqualität,⁵⁷⁰ sogar in ihr Gegenteil verkehren, indem sie als Eingriffsbefugnis im Interesse des Kollektivs eingesetzt werden würde.⁵⁷¹ Eine solche vom Individuum losgelöste Gattungswürde verliert zugleich ihre Träger*innen.⁵⁷² Zudem besteht „die Gefahr, die Unantastbarkeit der individuellen Menschenwürde in ein Spannungsverhältnis zum Kollektivgut der Gattungswürde zu bringen und so zu relativieren.“⁵⁷³ Dreier äußerte die nicht unplausible Vermutung, durch die Konstruktion einer Gattungswürde würden letztlich „die

⁵⁶³ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 150; *Tenthoff*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 93.

⁵⁶⁴ S.o. in D. III. 1. a), 74 f., sowie 2. c) bb), 127 f.

⁵⁶⁵ Auch im Rahmen der Entfaltungsfreiheit nach Art. 2 I GG lässt sich die Menschenwürde als Leit- und Auslegungsrichtlinie heranziehen, s. Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 69; Münch/Kunig- *Kunig/Kämmerer*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 52. S. zu dieser Funktion auch *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 310 ff.

⁵⁶⁶ Von Münch/Kunig-*Kunig/Kotzur*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 51.

⁵⁶⁷ *Frankenberg*, KJ 2000, 325, 329 f.

⁵⁶⁸ *Frankenberg*, KJ 2000, 325, 331; ablehnend auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 107 ff., insbesondere 110.

⁵⁶⁹ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 115; *Gutmann*, in: van den Daele (Hrsg.), Biopolitik, 235, 243; *Epping/Hillgruber-Hillgruber*, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 5a; *Seelmann*, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 206, 212 f.

⁵⁷⁰ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 62.

⁵⁷¹ Vgl. auch *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 109 f.

⁵⁷² *Frankenberg*, KJ 2000, 325, 331; zu den Gefahren einer Abstrahierung der Menschenwürde „vom einzelnen Rechtsträger zum Normprogramm“ s. auch *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 496 ff.

⁵⁷³ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 118.

jeweiligen eigenen Wertungen und Überzeugungen unmittelbar auf die höchste verfassungsrechtliche Ebene transportiert und gegen alle Einwände immunisiert.⁵⁷⁴

Das Abstellen auf den Schutz der Menschenwürde kann daher weder in Form des paternalistischen Individualschutzes noch unter dem Aspekt einer Gattungswürde überzeugen. Menschenwürde losgelöst von einzelnen Individuen als festes gesellschaftliches Ordnungsmuster zu begreifen, würde dazu führen, dass sie „von einem Freiheits- und Gleichheitsversprechen zugunsten aller Menschen zu einer staatlichen Eingriffsermächtigung“⁵⁷⁵ mutiert.

Das gilt auch für die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben. Zutreffend fasst *Nettesheim* zusammen:

„Es wäre eine Verkehrung des verfassungsrechtlichen Sinnes von Art. 1 Abs. 1 GG, wenn der Staat unter Berufung darauf, die Menschenwürde zu schützen, einen verantwortlichen und einsichtsfähigen Menschen an der Verfügung über das eigene Leben zu hindern beansprucht.“⁵⁷⁶

(c) Schutz der Autonomie

Die Bedeutung selbstbestimmten Handelns wird schließlich auch auf einer weiteren Ebene relevant, nämlich wenn die Autonomie der handelnden Person selbst zum Schutzgut des Verbots erklärt wird. So lässt sich ein weicher, autonomieorientierter Paternalismus⁵⁷⁷ darauf stützen, dass es gerade die Autonomie der betroffenen Personen sei, die durch die strafbewehrten Verbote geschützt werde.⁵⁷⁸ In diesem Sinne wird etwa § 216 StGB von manchen als abstraktes Gefährdungsdelikt zum Schutz der Autonomie eingeordnet,⁵⁷⁹ auch der Aus-

⁵⁷⁴ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 118.

⁵⁷⁵ Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 150.

⁵⁷⁶ *Nettesheim*, AöR 2005, 71, 106; zustimmend Dreier-*ders.*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 154, der allerdings sodann festhält, dass niemand verlangen könne, „von einem Dritten rechtmäßigerweise getötet zu werden“. Gegen eine solche Einschränkung spricht allerdings die Entscheidung des BVerfG zu § 217 StGB a.F., in der die Entscheidung, für die Verwirklichung des selbstbestimmten Sterbeentschlusses auch auf die Unterstützung hierzu bereiter Dritter zurückzugreifen, als subjektives Recht anerkannt wird, s. BVerfGE 153, 182, 264 f.; gegen eine Beschränkung dieses Grundsatzes auf Fälle der Beihilfe s.o. in D. III. 2. c) bb) (2) (a), 136 ff.

⁵⁷⁷ *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 300.

⁵⁷⁸ Ausführlich *Fateh-Moghadam*, in: *ders./Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 21, 27 ff.; *Mayr*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 48 ff.; zur Zulässigkeit eines weichen Paternalismus im Strafrecht *Gkoutis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 217 ff.

⁵⁷⁹ *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 33 Fn. 165; vgl. auch *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 21 ff.; *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 605; *ders.*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 194 f.; s. ferner *MüKo-Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 5, der allerdings anerkennt, dass auch mit der Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt „ein gewisses Erklärungsdefizit“ bleibe.

schluss einer Einwilligung im Falle einer sittenwidrigen Körperverletzung nach § 228 StGB wird entsprechend als Schutz der Betroffenen vor übereilten Entschlüssen verstanden.⁵⁸⁰ Bei einer solchen Begründung wird zuweilen bereits die Bezeichnung „Paternalismus“ in Zweifel gezogen, da es gerade nicht um den Schutz einer Person gegen ihren autonomen Willen gehe, sondern vielmehr Gefahren für diesen autonomen Willen verhindert werden sollen.⁵⁸¹ Zwar kann nicht bestritten werden, dass der Schutz der freien Willensbildung einen legitimen Zweck für Strafnormen darstellt.⁵⁸² Eine solche Begründung wäre aber allenfalls dann überzeugend, wenn die jeweilige Vorschrift bestimmte Gefahren für autonome Entscheidungen tatsächlich auch adressieren würde. Während die Geschäftsmäßigkeit der Förderung der Selbsttötung nach § 217 StGB a.F. immerhin als (gescheiterter) Versuch der Konkretisierung einer besonderen Gefährdungslage verstanden werden konnte, lässt sich der Begriff der Sittenwidrigkeit iSd. § 228 StGB nicht ohne Weiteres auf eine Autonomiegefährdung beziehen.⁵⁸³ Im Falle des § 216 StGB fehlt es gleich ganz an einem besonderen gefahr begründenden Umstand, vielmehr wird pauschal jede autonome Entscheidung, das eigene Leben durch eine andere Person beenden zu lassen, verhindert. Gleichmaßen problematisch ist in all diesen Konstellationen, dass selbst der Nachweis einer autonomen Willensbildung im Einzelfall keine Auswirkung auf den Tatbestand des abstrakten Gefährdungsdelikts hat. Damit läuft eine solche Argumentation darauf hinaus, eine autonome Entscheidung aufgrund der Gefahren für (wohlgemerkt nicht: durch!) die Autonomie vollständig zu unterbinden. Autonomieschutz durch Autonomieverhinderung – wer gar keine Entscheidung treffen kann, trifft immerhin auch keine falsche. Der Schutz von Autonomie lässt sich indes nur überzeugend gestalten, wenn damit gleichzeitig die grundsätzliche Ermöglichung von Autonomie verbunden ist.⁵⁸⁴ Es muss also Raum bleiben für autonome Entscheidungen, jedenfalls wenn nachweislich eine Realisierung der

⁵⁸⁰ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 304; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 44d.

⁵⁸¹ Gegen eine Einbeziehung in den Paternalismus-Begriff durch *Feinberg* etwa *Beauchamp*, *The Monist* 1977, 62, 67; so auch *Birnbacher*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 11, 13; vgl. auch *von Münch*, in: FS Ipsen, 113, 127 f.; kritisch zur Ausklammerung solcher Konstellationen aus dem Paternalismus-Kontext aber *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 130 ff.; *Mayr*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 48 ff.

⁵⁸² Nicht ganz klar wird an dieser Stelle, warum *Kienzerle* davon ausgeht, es handele sich nicht um einen Fall der Fremdschädigung, s. *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 131.

⁵⁸³ Zu einschränkenden Auslegungen s. sogleich in D. III. 2. c) bb) (3) (d), 148.

⁵⁸⁴ So deutlich nun auch BVerfGE 153, 182, 287: „Der Gesetzgeber darf sich seinen sozialpolitischen Verpflichtungen aber nicht dadurch entziehen, dass er autonomiegefährdenden Risiken durch die vollständige Suspendierung individueller Selbstbestimmung entgegenzuwirken sucht“; s. ferner *Poscher*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 3 Rn. 55.

Gefahr für die autonome Willensbildung auszuschließen ist. Damit liegt bereits der Schluss nahe, dass abstrakte Gefährdungsdelikte zum Schutz der Autonomie einer grundsätzlich mündigen Person⁵⁸⁵ nicht zu rechtfertigen sind.⁵⁸⁶ Fraglich ist bereits, ob der komplette Ausschluss einer selbstbestimmten Entscheidung seinem ganzen Umfang nach überhaupt zum Schutz der Autonomie geeignet ist. Jedenfalls wäre aber ein autonomieermöglichender Ansatz als milderer Mittel anzusehen.⁵⁸⁷ Schließlich ist ein sozialetisches Unwerturteil in dieser umfassenden autonomieverhindernden Fassung auch in sich widersprüchlich: Dieselbe Freiheit, die durch die Norm geschützt werden soll, wird – zumindest in dem Umfang, in dem der Gegenbeweis tatsächlicher Autonomie gelingt – im Hinblick auf ihre Realisierung⁵⁸⁸ zugleich mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt. Mindestens erforderlich wäre daher eine verfassungskonforme Auslegung entsprechender strafbewehrter Verbote als Eignungsdelikte.⁵⁸⁹ Eine solche Auslegung geht auch über die Zulassung bestimmter Härtefallausnahmen hinaus. Dass sich Selbstbestimmung verfassungsrechtlich nicht auf bestimmte vorgege-

⁵⁸⁵ Zum begrenzten Spielraum der Gesetzgebung bei der Festlegung von Altersgrenzen s. bereits die Nachweise in Abschnitt D., Fn. 514.

⁵⁸⁶ Die Deliktskategorie der abstrakten Gefährdungsdelikte ist auch darüber hinaus Kritik ausgesetzt: s. *Frisch*, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichen Strafrecht, 201, 214 f. („Der Typus des abstrakten Gefährdungsdelikts weist mithin tendenziell einen nicht legitimierbaren Überhang auf.“); *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 451 ff.; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 194 ff.; *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 94 ff. In diesem speziellen Fall allerdings kommt zu der generellen Kritik noch ein erschwerender Umstand hinzu: Während bei abstrakten Gefährdungsdelikten immerhin ein möglichst breiter Schutz des Rechtsguts vor Beeinträchtigungen von außen angestrebt wird, führt das abstrakte Gefährdungsdelikt im Bereich der Autonomie dazu, dass der Schutz des Rechtsguts nur mittels Ausschlusses seines Gebrauchs erreicht wird. Es ist also mit dem Schutz gleichzeitig ein erheblicher Eingriff in das zu schützende Gut verbunden.

⁵⁸⁷ Vgl. auch *Eifert*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 81: „Ihre Grenze finden alle Rechtfertigungsmöglichkeiten nach dem Bundesverfassungsgericht aber dort, wo die freie Entscheidung unmöglich gemacht wird.“ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zu § 217 StGB a.F. offengelassen, ob der Ausschluss autonomer Entscheidungen zum Zwecke des Autonomieschutzes bereits auf der Stufe der Erforderlichkeit abzulehnen sei, da der durch § 217 StGB a.F. bewirkte Ausschluss im Hinblick auf das Recht auf selbstbestimmtes Sterben jedenfalls unangemessen sei, BVerfGE 153, 182, 282 f.

⁵⁸⁸ Gemeint ist der Eintritt eines Verletzungs- oder Gefährdungserfolges für ein Rechtsgut, über das die Rechtsgutsinhaberin selbstbestimmt verfügt hat. Überwiegend richten sich autonomieschützende Vorschriften nicht gegen die verfügende Person, sondern gegen mitwirkende Dritte.

⁵⁸⁹ Dagegen aber *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 94, 97, der eine korrigierende Wertung als Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz wertet. Dabei wird nicht ganz deutlich, ob er in diesen Fällen von einer teleologischen, oder einer verfassungskonformen Auslegung ausgeht. Da er die Figur abstrakter Gefährdungsdelikte aus verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus ablehnt, scheint Letzteres nahezuliegen. S. auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 508 f.

bene Sachverhalte oder Motive beschränken lässt, hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt in der Entscheidung zu § 217 StGB a.F. betont:

„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.“⁵⁹⁰

Damit kann es auch nicht darum gehen, „gute Gründe“ für selbstbestimmte Schädigungshandlungen festzulegen,⁵⁹¹ oder durch eine Pathologisierung bestimmter Motive und Willensrichtungen diese einer Bewertung als selbstbestimmt gleich ganz zu entziehen.⁵⁹² Das bedeutet nicht zwangsläufig im Umkehrschluss, dass staatlicherseits die Bereithaltung entsprechender Angebote für alle denkbaren Situationen gewährleistet werden muss;⁵⁹³ auch über die Zulässigkeit besonderer berufsrechtlicher Vorgaben an Ärzt*innen ist damit noch nichts gesagt. Die vermeintliche (Un-)Vernünftigkeit der Entscheidung ändert aber nichts an ihrer Bewertung als selbstbestimmt,⁵⁹⁴ sodass der Vorwurf sozialem Unwerts nicht gerechtfertigt werden kann.

⁵⁹⁰ BVerfGE 153, 182, 262 f., 309.

⁵⁹¹ BVerfGE 153, 182, 262 f., 309; vgl. auch *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionstrafrechts, 275; *Papageorgiou*, 229 ff.; zum Versuch der Differenzierung zwischen „besseren und schlechteren Gründen zu sterben“ s. aber *Bung*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 27; von *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, 681 ff.

⁵⁹² Anders *Frisch*, in: FS Hirsch, 485, 495, der auf das Kriterium der Vernünftigkeit abstellen will; dagegen zu Recht *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1*, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 52; wie hier auch *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 133, 164; vgl. auch *MüKo-Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 20 zur Ernstlichkeit des Verlangens im Rahmen des § 216 StGB.

⁵⁹³ S. insbesondere BVerwG, NJW 2017, 2215, 2217, wonach ein ausnahmsloses Verbot, bestimmte Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, in das „grundrechtlich geschützte Recht schwer und unheilbar kranker Menschen ein[greife], selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll“. Extreme Notlagen lassen danach in Einzelfällen Ausnahmen von dem grundsätzlich umfassenden Verbot des Betäubungsmittelerwerbes zu. Für besonders grundrechtsrelevante Entscheidungen, die den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betreffen, wäre zudem darüber zu sprechen, welche Strukturen und Mechanismen der Staat ggf. bereithalten muss, um aus einem Gewährleistungsaspekt heraus Autonomie überhaupt zu ermöglichen. S. für den Aspekt der Gesundheitsfürsorge *Kolbe*, *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung*, 300 f.; für die Gewährleistungsdimension im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung zum Beispiel durch staatliche Bildung *Valentiner*, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, 393 ff.

⁵⁹⁴ BVerfGE 153, 182, 262 f.; vgl. auch *Huster*, *Die ethische Neutralität des Staates*, 2. Aufl. 2017, 653; *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1*, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 49a zur Auslegung der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB; *Sternberg-Lieben*, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 109.

Nicht gestützt werden kann das sozialetische Unwerturteil in Bezug auf selbstbestimmte Verfügungen über eigene Rechtsgüter daher auch auf das Argument, dass hierdurch künftige Entfaltungsoptionen der Person geschützt werden.⁵⁹⁵ Mag es im Zivilrecht Gründe dafür geben, Verträge über die Aufhebung künftiger Selbstbestimmung für rechtsunwirksam zu erklären,⁵⁹⁶ lässt sich ein sozialetisches Unwerturteil hieraus aus den bereits genannten Gründen nicht stützen. Erneut geht es ausschließlich um den Schutz eigener Interessen, mit denen die eigene Strafbarkeit gerade nicht begründet werden kann. Selbstbestimmung als kontinuierliches Optimierungsprojekt zum Erhalt künftiger Handlungsoptionen zu verstehen, ist zudem mit dem Verständnis von Selbstbestimmung als aktuelle Verfügungsbefugnis nicht zu vereinbaren. Durch einen solchen Ansatz würden doch wieder die Entscheidungsgründe bewertet – „gute Gründe“ wären dann nur solche, durch die künftige Handlungsoptionen vermehrt oder zumindest nicht vermindert werden.⁵⁹⁷

Der Gesetzgebung steht es im Rahmen ihres Entscheidungsspielraumes frei, bestimmte (sachgerechte) Anforderungen an eine freie Willensbildung zu formulieren. Aus einer autonomiesichernden Perspektive wäre es denkbar, die Ernsthaftigkeit der Entscheidung durch bestimmte weitere Voraussetzungen abzusichern, wobei die Anforderungen durchaus mit der Bedeutsamkeit des Rechtsguts, über das verfügt wird, sowie mit der Unumkehrbarkeit der Entscheidung, steigen können.⁵⁹⁸

Schließlich müssen die Tatbestände auch so ausgestaltet sein, dass die strafbarkeitsbegründenden Umstände einen Bezug zu typischen Gefährdungslagen für autonome Entscheidungen aufweisen. Mit Ausnahme des § 173 StGB erfüllen etwa die Straftaten zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung volljähriger Personen (§§ 174a bis 174c StGB) diese Anforderungen bereits, indem bestimmte Abhängigkeitsverhältnisse oder sonstige Gefährdungslagen für autonome Entscheidungen stets auch den Missbrauch bzw. das Ausnutzen des Verhältnisses oder der gefahrbezüglichen Umstände erfordern. So werden mit den Abhängigkeitsverhältnissen einerseits Konstellationen struktureller Machtungleichheit adressiert, die geeignet sind, konkrete Autonomiegefährdungen zu begründen. Zugleich wird durch das Missbrauchserfordernis gesichert, dass Raum bleibt für konsensuale Sexualkontakte außerhalb dieser gefahrbezüglichen Umstände. Gefahren für das Schutzgut der Selbstbestimmung, verstanden als konsensuale

⁵⁹⁵ Vgl. zur Berücksichtigung von langfristigen Präferenzen von Hirsch, in: ders./Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 57, 59 ff.

⁵⁹⁶ Dreier-ders., GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 129, sowie I 1 Rn. 149; Jakobs, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, 15.

⁵⁹⁷ Zum Widerspruch eines solchen perfektionistischen Autonomieverständnisses und der Forderung nach Begründungsneutralität s. Kienzerle, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 156 ff.

⁵⁹⁸ Zu möglichen Ansätzen im Zusammenhang mit einvernehmlichen Fremdtötungen s. sogleich in Abschnitt D. III. 2. c) bb) (3) (d) (bb).

Zugangskontrolle, können schließlich abseits struktureller Machtungleichheiten als Gefahr für die autonome Willensbildung durch individuelles Einwirken beschrieben werden. Unterhalb der Nötigungsschwelle kommt etwa eine Orientierung am Gedanken des Wucher-Tatbestands nach § 291 StGB in Betracht. Entsprechende Überlegungen finden sich bereits im Zusammenhang mit den Grenzen der Organspende.⁵⁹⁹

Festzuhalten ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen aber, dass sich eine solche autonomieschützende Ausgestaltung von Strafvorschriften nur gegen Dritte richten darf, solange nicht gleichzeitig andere als die Individualinteressen der geschützten Person betroffen sind.⁶⁰⁰ In Bezug auf die verfügende Person lässt sich auch bei Umgehung der die Autonomie absichernden Vorgaben ein sozial-ethisches Unwerturteil nicht begründen, da weiterhin ausschließlich ihre eigenen Interessen betroffen sind.

(d) Ausnahme für das Schutzgut Leben?

Nach dem derzeit geltenden Strafrecht kann in eine Fremdtötung nicht eingewilligt werden. Bereits der Einwilligung in eine konkret lebensgefährliche Körperverletzung kommt nach der wohl h.M. in der Regel wegen Sittenwidrigkeit der Tat nach § 228 StGB keine rechtfertigende Wirkung zu.⁶⁰¹ Die Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtslage lässt sich spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB a.F. bezweifeln, in welcher das Gericht explizit ein „Verfügungsrecht über das eigene Leben“⁶⁰² anerkannte. Allerdings betraf die Entscheidung mit § 217 StGB a.F. eine Beihilfekonstellation. Über die Zulässigkeit der Strafbewehrung von Fremdtötungen hat das Gericht damit nicht unmittelbar entschieden.

Die (strafrechtliche) Nichtverfügbarkeit des Rechtsguts Leben wird überwiegend⁶⁰³ auf zwei argumentative Grundlagen gestützt: Die Absolutheit des Lebensschutzes einerseits sowie ein bestehendes Tabu von Fremdtötungen andererseits.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 169 f., 176 f., 177; *Schroth*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 205, 217.

⁶⁰⁰ Vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 142; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 170; *Schroth*, JZ 1997, 1149, 1154.

⁶⁰¹ BGHSt 49, 166, 169; 53, 55, 63;

⁶⁰² BVerfGE 153, 182, 262 f.; s. für eine verfassungsrechtliche Verankerung des Verfügungsrechts über das eigene Leben auch *Hufen*, NJW 2001, 849, 851 f.; von Münch/Kunig-Kunig/Kämmerer, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 64.

⁶⁰³ Zu weiteren Begründungsansätzen s. *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 95 ff.

⁶⁰⁴ *Hirsch*, in: FS Lackner, 597, 612; *ders.*, in: FS Welzel, 775, 779; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 308 ff.; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 1a; vgl. auch *Stratenwerth*, in: FS Amelung, 355, 360 ff., allerdings ohne den Begriff des Tabus zu verwenden. Kritisch *Kubicel*, JZ 2009, 600, 601 f.

Die pauschale Annahme eines Lebensschutzgrundsatzes vermag in der vorgebrachten Absolutheit allerdings nicht zu überzeugen. Tötungen sind nicht nur in Notwehr- und Notstandssituationen (§§ 32, 34 StGB) rechtlich erlaubt; auch das Verfügen über das eigene Leben ist in der Rechtsordnung vorgesehen. Lebensrettende Maßnahmen sind ohne (ggf. hypothetische bzw. mutmaßliche) Einwilligung der zu rettenden Person als rechtswidrige Körperverletzungsdelikte zu werten.⁶⁰⁵ Vertretungsberechtigte können den Patientenwillen auf Abstellen lebenserhaltender Maßnahmen gerichtlich durchsetzen und erzwingen. Die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen (§ 1901a I BGB) ist gerade Ausdruck der Bedeutung und des Vorrangs des Patientenwillens. Nach § 1901a II BGB kommt sogar dem mutmaßlichen Willen Vorrang vor vermeintlich objektiv vernünftigen Interessen wie etwa dem Erhalt des Lebens zu. In den Fallgruppen des Behandlungsabbruchs wird ausnahmsweise sogar eine rechtfertigende Einwilligung in eine Fremdtötung anerkannt;⁶⁰⁶ auch die straflosen Fälle indirekter Sterbehilfe betreffen vorsätzliche, gleichwohl rechtmäßige,⁶⁰⁷ Fremdtötungshandlungen. Schließlich wird auch die nach dem Kriterium der Lebensgefährlichkeit zu bestimmende Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung in bestimmten Fällen „korrigiert“, in denen der „positive oder jedenfalls einsehbare“⁶⁰⁸ Verletzungszweck eine solche Bewertung nicht trägt: etwa in Fällen von ärztlichen Eingriffen zum Zwecke der Lebenserhaltung.⁶⁰⁹ Ein Grundsatz mit so essenziellen Ausnahmen lässt sich nicht mehr als absolut bezeichnen.⁶¹⁰ Wenn die Absolutheit des Grund-

⁶⁰⁵ Dreier, JZ 2007, 317, 321; Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, Vor §§ 211–217 Rn. 40; Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 282.

⁶⁰⁶ Grundlegend BGHSt 55, 191; s. im Folgenden E. I. 2. a).

⁶⁰⁷ E. I. 2. b).

⁶⁰⁸ BGHSt 49, 166, 171; so auch Matt/Renzikowski-Engländer, StGB, 2. Aufl. 2020, § 228 Rn. 4: Ausschluss der Sittenwidrigkeit bei einem „nach intersubjektiven Maßstäben positiven oder jedenfalls einsehbaren Zweckes“; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 44c: Keine Sittenwidrigkeit bei „nachvollziehbare[n] Motive[n]“ ausgehend von dem Wertesystem der handelnden Person; s. aber auch Hirsch, in: FS Amelung, 181, 196, der zur Korrektur nur rechtlich anerkannte Zwecke ausreichen lassen will.

⁶⁰⁹ Zum gleichen Ergebnis kommt auch Hardtung, der allerdings von vornherein die Sittenwidrigkeit im Wege einer Abwägung der Vor- und Nachteile der Tat bestimmen will, s. MüKo-Hardtung, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 228 Rn. 16 ff., 47; für eine grundsätzliche Berücksichtigung der Zwecke auch NK-Paeffgen/Zabel, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 43.

⁶¹⁰ S. bereits Eser, JZ 1986, 786, 789; Kubiciel, JZ 2009, 600, 602; Schröder, ZStW 1994, 565, 567; vgl. aber auch G. Merkel, Behandlungsabbruch und Lebensschutz, 229, die vorbringt, der Absolutheitsgrundsatz werde erst durch explizite strafrechtliche Ausnahmeregelungen durchbrochen, während die derzeitigen Konstellationen erlaubter Tötungen gerade nicht gesetzlich fixiert seien. Dass es wirklich nur auf geschriebene (zumal strafrechtliche) Ausnahmen ankommen soll, dürfte aber nur schwer zu begründen sein. Wenn nicht nur die gelebte Realität sowohl indirekte Sterbehilfe als auch den Behandlungsabbruch ermöglicht, sondern darüber hinaus mit der Patientenverfügung nach § 1901a BGB auch rechtlich bindende Instrumente zur Durchsetzung entsprechender Erklärungen vorgesehen sind, dürfte die isolierte strafrechtliche geschriebene Absolutheit des Lebensschutzes nur von überschaubarer Bedeutung sein. Ferner eignet sich dieses Argument nicht, um etwa die Existenz des

satzes aber gerade das Argument für die Nichtzulassung von Abweichungen sein soll, dann führen die bereits bestehenden Ausnahmen dazu, dass dieser Aspekt nicht geeignet ist, als Argument gegen die Zulassung weiterer Ausnahmen herangezogen zu werden.

Komplexer ist allerdings die Frage, ob ein bestehendes Fremdtötungstabu zur Rechtfertigung strafbewehrter Verbote herangezogen werden kann. Durch die Konstruktion eines solchen kollektiven Rechtsguts wäre es für Einzelne nicht disponibel, sodass dem Aspekt der Selbstbestimmung keine entscheidende Bedeutung zukäme. Das Bestehen eines Tabus ist, wie bereits gezeigt, im Grundsatz nicht ausreichend für die Begründung einer Strafnorm.⁶¹¹ Entscheidend ist damit, ob sich gerade im Fall von Tötungshandlungen besondere Umstände finden lassen, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz begründen können. In Betracht kommen hierfür verschiedene Anknüpfungspunkte:⁶¹² Als sogenanntes „Dammbruchargument“⁶¹³ lässt sich die Befürchtung einer Zunahme bestimmter Verhaltensweisen beschreiben; die Strafbewehrung soll danach insbesondere eine Häufung dieser Verhaltensweisen verhindern. Eng verwandt hiermit ist das Risiko weiterer staatlicher Entscheidungen, durch welche das Leben Einzelner zunehmend in Gefahr gerät, etwa durch die Ermöglichung von Einwilligungen durch Vertretungsbefugte oder staatliche Organe („Risiko des nächsten Schritts“⁶¹⁴).⁶¹⁵ Weitere Argumente resultieren aus der Besonderheit der Unumkehrbarkeit der Tötungshandlung⁶¹⁶ und der Unmöglichkeit, die Perspektive der verstorbenen Person zu befragen. Damit einher gehen Beweisschwierigkeiten in Bezug auf den tatsächlichen Willen der verstorbenen Person und die Gefahr des Missbrauchs.⁶¹⁷ Schließlich wird das sozialpräventive Argument vorbracht, es solle verhindert werden, dass sich Personen aus sozialem Druck für den Tod entscheiden, um etwa nahen Angehörigen nicht länger zur Last zu fallen.⁶¹⁸

§216 StGB zu rechtfertigen; denn würde die Norm gestrichen, wäre ja noch immer keine geschriebene Ausnahme geschaffen, sondern die Möglichkeit der Ausdehnung der rechtfertigenden Einwilligung auch auf Tötungshandlungen eröffnet.

⁶¹¹ S. dazu D. III. 2. c) aa) (3) (a).

⁶¹² *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 189, bezeichnet diese als „flankierende Argumente“ und weist darauf hin, dass sie mit Schutzobjekt nicht unmittelbar in Zusammenhang stünden.

⁶¹³ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 311 ff.

⁶¹⁴ *Hirsch*, in: FS Lackner, 597, 613.

⁶¹⁵ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 311 ff.

⁶¹⁶ *Hoerster*, NJW 1986, 1786, 1789.

⁶¹⁷ *Hirsch*, in: FS Lackner, 597, 613; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 305 f.

⁶¹⁸ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 306.

(aa) Dammbbruch/Risiko des nächsten Schritts

Sowohl das Dammbbruch-Argument als auch der Einwand des Risikos des nächsten Schritts stellen in ihrer Begründung nicht auf die Einzeltat ab, sondern begründen das sozialetische Unwerturteil mit möglichen künftigen Entwicklungen.⁶¹⁹ Dabei ist der Einwand möglicher unerwünschter staatlicher Entwicklungen von vornherein nicht geeignet, ein sozialetisches Unwerturteil zu begründen. Zum einen ist eine solche Entwicklung völlig unvorhersehbar. Zum anderen sind spätere Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers aufgrund gewandelter gesellschaftlicher Überzeugungen der Einzelperson in keiner Weise zuzurechnen.⁶²⁰ Das wäre aber für die Begründung eines sozialetischen Unwerturteils erforderlich.

Auch das Dammbbruch-Argument überzeugt nicht. Es lässt sich schon bezweifeln, ob es für das Aufstellen eines Dammbbruch-Arguments überhaupt genügen kann, die befürchteten Entwicklungen lediglich zu behaupten.⁶²¹ Bereits in den 1980er Jahren wurde das Dammbbruch-Argument (auch: Argument der schiefen Bahn) im Zusammenhang mit der indirekten aktiven Sterbehilfe vorgebracht.⁶²² *Hegselmann* skizzierte damals aus philosophischer Perspektive „einige Faustregeln zum Umgang mit Schiefe-Bahn-Argumenten“, darunter: „Wer eine bloße Schiefe-Bahn-Behauptung aufstellt, hat damit noch kein Schiefe-Bahn-Argument vorgelegt“ (Regel 1), sowie: „Wer eine Schiefe-Bahn-Argumentation vorlegt, hat als Beleg für seine Behauptung mehr anzugeben als nur die logische Möglichkeit, daß moralisch etwas dramatisch schief gehen könnte, denn diese logische Möglichkeit besteht überall und jederzeit; man sollte vielmehr mindestens Indizien angeben können und den Mechanismus des Ins-Rutschen-Kommens auf der Basis möglichst guter psychologischer und gesellschaftswissenschaftlicher Theorien zu skizzieren versuchen.“⁶²³

Letztlich trägt das Dammbbruch-Argument aber auch inhaltlich nicht. Es ähnelt zwar auf den ersten Blick der Argumentation im Falle sogenannter Kumulationsdelikte, in denen ebenfalls die Sozialschädlichkeit der Einzelhandlung mit der Gefahr der wiederholten Begehung durch völlig unabhängige Dritte begründet wird. In einem Punkt besteht jedoch ein erheblicher Unterschied. Für die

⁶¹⁹ Ausführlich, u.a. zur Struktur der Argumente, *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbe-
reiche des Tötungsverbots, 191 ff.; *R. Merkel*, in: Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.),
285 ff.; *Tröndle*, ZStW 1987, 25, 39 f.

⁶²⁰ Ablehnend auch *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 280 ff.

⁶²¹ Ablehnend *Rosenau*, in: FS Roxin II, 577, 589.

⁶²² Vgl. etwa *Gössel*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 1. Aufl. 1987, S. 31 f., der ange-
sichts der „Erfahrungen nicht nur der NS-Zeit, sondern auch aktuelle[n] politische[n] Ge-
schehen[s] in sozialistischen oder sonstigen Diktaturen“ die Bedeutung des konsequenten und
lückenlosen Lebensschutzes betont.

⁶²³ *Hegselmann*, in: ders./Merkel (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 197, 208; die man-
gelnden empirischen Grundlagen für die vorgebrachten Dammbbruch-Argumente beklagt
auch *Hoerster*, NJW 1986, 1786, 1791.

Begründung der Sozialschädlichkeit eines Verhaltens über den Kumulations-Gedanken ist es erforderlich, dass sich der scheinbar fehlende Zusammenhang zwischen der Einzelhandlung und dem geschützten Rechtsgut bzw. dem zu verhindernden Schaden aus der geringen tatsächlichen Auswirkung der Einzelhandlung ergibt. Ein Gemeinschaftsgut wie die natürlichen Lebensgrundlagen kann aus rein tatsächlichen Gründen in der Regel nicht durch Einzelne, sondern nur durch massenhafte Handlungen beeinträchtigt werden. In der Summe ist das Schadenspotenzial jedoch unbestreitbar. Grundlegend anders ist die Situation zu beurteilen, in der die Einzelhandlung aus normativen Gründen nicht mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt werden kann. Denn in diesem Fall gilt daselbe auch für alle Folgehandlungen.⁶²⁴

Aus einer massenhaften Kumulation entsprechender Verhaltensweisen könnte schließlich auch keine Verletzung des Tötungstabus resultieren, schlicht, weil eine solche massenhafte Begehung mit der Existenz eines Tabus nicht zu vereinbaren wäre. Stattdessen würde sich die gesellschaftliche Konstruktion des Tabus selbst auflösen. Dann bestünde aber gerade kein schützenswertes Gemeinschaftsgut mehr – aus vernunftorientierter Sicht ist das Überwinden von Tabus ohne rationalen Kern eine begrüßenswerte Entwicklung. Dass das Argument bereits vor mehreren Jahrzehnten in Bezug auf Konstellationen vorgebracht wurde, die heute unstrittig als straflos angesehen werden, deutet außerdem darauf hin, dass das Dammbuch-Argument in seiner Struktur dem Wunsch des Erhalts des Status Quo entspricht, also der Verhinderung eines befürchteten gesellschaftlichen Wertewandels – besonders eindrücklich in den vorgebrachten Dammbuch-Warnungen in Bezug auf das Frauenwahlrecht vor seiner Einführung im Jahr 1918.⁶²⁵ Aus einem solchen Interesse kann sich ein sozialetisches Unwerturteil nicht ergeben.⁶²⁶

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, dass die massenhafte Zunahme selbstschädigender Verhaltensweisen, auch unter Zuhilfenahme Dritter, zu begrüßen wäre. Als Symptom mögen sie allgemein bedenkliche Entwicklungen verdeutlichen, etwa eine abnehmende Lebensqualität oder fehlende Perspektiven.⁶²⁷ Damit kann aber das sozialetische Unwerturteil in Bezug auf die einzelnen, selbstbestimmten Willensentschlüsse nicht begründet werden. Gleiches gilt für die Sorge vor einer Zunahme von (ggf. assistierten) Selbsttötungen aufgrund

⁶²⁴ Vgl. auch *R. Merkel*, in: FS Schroth, 285, 288.

⁶²⁵ S. dazu *R. Merkel*, in: FS Schroth, 285, 288.

⁶²⁶ S. dazu bereits D. III. 2. c) aa) (1) zum gesellschaftlichen Interesse am Erhalt des Status Quo; vgl. auch *Kubicjel*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 188.

⁶²⁷ S. aber auch BVerfG zu 217, wonach steigende Zahlen der Sterbe- und Suizidhilfe infolge einer Legalisierung „mit einer größeren Akzeptanz der Sterbe- und Suizidhilfe in der Gesellschaft, der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts oder dem gewachsenen Bewusstsein [...], dass der eigene Tod nicht mehr als unbeeinflussbares Schicksal hingenommen werden muss“ erklärt werden könnten.

eines steigenden sozialen Drucks insbesondere für alte und kranke Menschen, die ihren Angehörigen oder der Gesellschaft nicht länger zur Last fallen wollen.⁶²⁸ Gesellschaftlicher Druck kann zwar, wie auch sonst strukturelle Machtgefälle, autonomiegefährdende Ausmaße annehmen, nicht aber ohne Weiteres die Individualisierung eines darauf gestützten sozialetischen Unwerturteils rechtfertigen.⁶²⁹ Für einen entsprechenden Vorwurf ist ein Bezug der vom sozialetischen Unwerturteil adressierten Person bzw. ihres Verhaltens zu den autonomiegefährdenden Umständen erforderlich. In Konstellationen, in denen diese gefahrbe gründenden Umstände gerade in überindividuellen gesellschaftlichen Strukturen begründet sind, oder sonst der adressierten Person nicht zugerechnet werden können, ist zumindest ein Element des Ausnutzens oder Missbrauchs dieser Strukturen oder Umstände erforderlich. Als bereits existierende Beispiele für entsprechende Regelungen in Bezug auf andere Rechtsgüter sei an dieser Stelle auf die Missbrauchsdelikte der §§ 174a-c StGB sowie den Wuchertatbestand des § 291 StGB verwiesen.

Nur, weil etwas nicht mit Strafe bedroht werden kann, bedeutet es zudem nicht, dass der Staat keinerlei Möglichkeiten hat, Maßnahmen gegen unerwünschte Entwicklungen zu ergreifen – das ist gerade die Konsequenz aus einer dogmatischen Trennung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm. Ein gesellschaftliches Interesse an dem Entgegenwirken autonomiegefährdender Strukturen und Entwicklungen kann nicht ernsthaft bestritten werden. In diesem Fall jedoch ergibt sich das gesellschaftliche Regelungsinteresse aus der Gewährung von Freiheitsräumen, welche immer auch mit Missbrauchsrisiken einhergeht.⁶³⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung muss es aber gerade das tatbestandlich beschriebene Verhalten sein, welches das sozialetische Unwerturteil trägt. Präventive Maßnahmen bleiben damit selbstverständlich möglich. Lediglich das Instrument des Strafrechts steht nicht zur Regulierung zur Verfügung.

(bb) Unumkehrbarkeit

Tötungshandlungen heben sich in ihrer existenziellen Unumkehrbarkeit deutlich von anderen Verletzungsformen ab. Damit sind verschiedene Folgeprobleme verbunden. So steht die verstorbene Person nicht mehr als Zeugin zur Verfügung, um etwa Beweis über die Freiwilligkeit zu erheben. Damit verbunden ist ein gewisses Missbrauchsrisiko, wenn sich Dritte mit dem Behaupten der ernsthaften Aufforderung durch die getötete Person der Strafverfolgung entziehen könnten und jedenfalls keinen Widerspruch der getöteten Person erwarten müssten. Be-

⁶²⁸ Lindner, JZ 2006, 373, 378 f.; Roxin, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 116 f.; Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 119; Tröndle, ZStW 1987, 25, 38 f.

⁶²⁹ Vgl. auch Ingelfinger, Grundbereiche und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 190 f.

⁶³⁰ Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 20; Kienzerle, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 306.

weisschwierigkeiten sind allein jedoch keine ausreichende Grundlage für ein sozialetisches Unwerturteil. Erstens sind Beweisschwierigkeiten bei der Willensermittlung Verstorbener der Rechtsordnung auch sonst nicht unbekannt. Verfügungen von Todes wegen verlangen aus diesem Grund die Einhaltung besonderer Formvorschriften. Auch dem Strafprozess sind schwer zu beweisende Umstände nicht fremd.⁶³¹ Zweitens werden bei einer Heranziehung von Beweisschwierigkeiten als Grund für die Kriminalisierung die Ebenen der materiellen Begründung des strafwürdigen Verhaltens und diejenige der späteren Beweisbarkeit in unzulässiger Weise vermischt. Verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist das staatliche Fremdbild in Form des sozialetischen Unwerturteils, das sich auf das im Tatbestand umschriebene Verhalten bezieht. Dieses Verhalten selbst muss daher (in typisierter Form) das Urteil der Sozialschädlichkeit begründen. Aus demselben Grund sind auch die (niemals ganz auszuschließenden) Missbrauchsrisiken⁶³² nicht in der Lage, ein sozialetisches Unwerturteil pauschal für alle Konstellationen der Freiheitsbetätigung zu rechtfertigen.⁶³³

Die Unumkehrbarkeit hat zudem zur Folge, dass das Risiko von defizitären Entscheidungen besonders schwer wiegt. Diesen Umstand als Argument für die Verhinderung jeder Entscheidung heranzuziehen, entspricht aber dem unzulässigen Argument des Autonomieschutzes durch Autonomieverhinderung. Autonomieschutz lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts rechtfertigen, durch das jede selbstbestimmte Entscheidung unterbunden wird.⁶³⁴ Ein milderer Mittel wäre die Absicherung der Ernsthaftigkeit der Entscheidung durch besondere materielle, ggf. auch prozedurale Voraussetzungen⁶³⁵ für einen Erlaubnistatbestand.

Für die Entscheidung über lebensbeendende Maßnahmen etwa sind Voraussetzungen nach dem Vorbild des § 216 StGB (ausdrückliches und ernstliches Verlangen) denkbar.⁶³⁶ Dabei ist darauf zu achten, dass die Anforderungen zwar die Ernsthaftigkeit der Entscheidung absichern sollen, aber dabei nicht zu voraussetzungsvoll ausgestaltet werden dürfen, um nicht manche Personengruppen von vornherein vom Anwendungsbereich auszuschließen, wie dies etwa in einer körperbetonten Begründung von Tatherrschaft als Kriterium angelegt ist. Gewähr-

⁶³¹ Mosbacher, Strafrecht und Selbstschädigung, 148.

⁶³² Fischer, in: FS Roxin II, 557, 575.

⁶³³ Kritisch insbesondere mit dem Hinweis auf eine ungerechte Verdachtsstrafe Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 190; Mosbacher, Strafrecht und Selbstschädigung, 147 ff.; s. auch Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 1a: „mit dem Schuldprinzip unvereinbare Verdachtsstrafe“. Differenzierter Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 107, der die Verdachtsstrafe nicht per se für unzulässig hält, sondern darauf abstellt, ob ein strafwürdiges Verhalten auch dann begründet werden könne, wenn der Verdacht nicht bestehe.

⁶³⁴ S.o. unter D. III. 2. c) bb) (c), 143 f.

⁶³⁵ BVerfGE 153, 182, 309; s. dazu Hassemer, in: FS Mahrenholz, 731, 735 ff., sowie 741 ff. speziell zum Fall der Sterbehilfe; Saliger, in: FS Hassemer, 599 ff.

⁶³⁶ Von Hirsch/Neumann, GA 2007, 671, 678.

leistung von Autonomie beinhaltet auch eine Ermöglichungskomponente – zu ihrem Gelingen kann Hilfe und Unterstützung in verschiedenem Ausmaß erforderlich sein.⁶³⁷

Nicht zielführend dürfte es daher auch sein, die Eigenhändigkeit der Tötungshandlung als besonderes, die Entscheidungsreife sicherndes, Formerforderniss anzusehen.⁶³⁸ Eine solche Ausgestaltung des Formerfordernisses, die manchen Personen aufgrund einer körperlichen Behinderung nicht zur Verfügung steht, ist nach der hier vertretenen Auffassung als nicht zu rechtfertigende Benachteiligung wegen einer Behinderung nach Art. 3 III S. 2 GG zu werten.⁶³⁹ Zivilrechtliche Formerfordernisse, die Eigenhändigkeit voraussetzen (§§ 126 I, 2247 BGB, § 13 BeurkG), sehen immerhin formwahrende Alternativen vor (vgl. § 126 IV, 2231 Nr. 1, 2249 I S. 6 BGB, § 25 BeurkG). Auch jenseits solcher Härtefallkonstellationen ist das Erfordernis einer eigenhändigen Begehung aufgrund des fehlenden Zusammenhangs zur Selbstbestimmung nicht überzeugend.⁶⁴⁰ Selbstbestimmung beinhaltet nicht nur die Entscheidung über das „Ob“, sondern auch über das „Wie“.⁶⁴¹ Der Wunsch, die lebensbeendende Maßnahme nicht selbst auszuführen, kann verschiedene Gründe haben: Die Sorge vor einem Fehlschlag, die Ablehnung bestimmter besonders gewaltvoller Methoden, sogar der Wunsch, dass das Lebensende durch die Handlung einer sehr nahestehenden Person herbeigeführt wird.⁶⁴² Gegen die Ernstlichkeit des Sterbewunsches sprechen sie nicht.

Vorgeschlagen wird zuweilen auch eine Absicherung durch weitere prozedurale Voraussetzungen.⁶⁴³ Das können Dokumentationspflichten sein, oder Beratungs- und Wartepflichten, wie sie der § 218a I StGB für die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs nach der sog. Beratungslösung verlangt.⁶⁴⁴ Bei dem

⁶³⁷ BVerfGE 153, 182, 264 f.; *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 405.

⁶³⁸ *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 44b; s. ferner *Chatzikostas*, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Leben und Euthanasie, 265 f., der in der fehlenden Bereitwilligkeit der eigenhändigen Begehung ein Indiz für mangelnde Entschlossenheit sieht. Dagegen zu recht aber *von Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, 679 f.; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 206 f.

⁶³⁹ Vgl. auch *G. Merkel*, Behandlungsabbruch und Lebensschutz, 247. Denkbar wäre ggf. auch eine Verletzung von Art. 3 III S. 1 GG in Fällen, in denen die Option der eigenhändigen Lebensbeendigung aus religiösen Überzeugungen nicht zur Verfügung steht.

⁶⁴⁰ Zur Diskrepanz zwischen Selbstbestimmung und Tatherrschaft s. bereits Abschnitt D. III. 2. c) bb) (2), 137 f.

⁶⁴¹ *Von Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, 680; *Zehetgruber*, HRRS 2017, 31, 33.

⁶⁴² *Neumann*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 245.

⁶⁴³ Grundlegend zu dem Instrument prozeduraler Rechtfertigungen *Hassemer*, in: *FS Mahrenholz*, 731, 735 ff.; s. ferner *LK-Römmau*, StGB, Band 3, 3. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 319 ff.; *von Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, 676 ff.

⁶⁴⁴ So etwa *Fateh-Moghadam*, in: *ders./Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Paternalismus im

Einsatz solcher formalen Voraussetzungen für die Ermöglichung selbstbestimmter Verfügungen über eigene Rechtsgüter ohne strafrechtliche Konsequenzen (für sich selbst oder Dritte) ist allerdings Zurückhaltung geboten, da sie in einem grundsätzlichen und nicht vollends zu beseitigenden Spannungsfeld zur materiellen Unrechtsbegründung und damit zu den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips stehen. Einen Unrechtsbezug weisen sie allenfalls mittelbar auf. So sind sie zwar in der Lage, für die nach einem formalen Konzept zugelassenen Konstellationen höhere Sicherheit für das Vorliegen selbstbestimmter Entscheidungen zu gewährleisten; sie ermöglichen aber im Umkehrschluss keine Aussage über den Grad der Selbstbestimmung der weiterhin strafrechtlich erfassten Verhaltensweisen. Als Voraussetzungen für mögliche staatliche Gewährleistungen sind sie daher deutlich besser geeignet, denn als Voraussetzungen der Straflosigkeit.⁶⁴⁵ Deutlich wurden die Probleme eines starken Fokus auf prozedurale Voraussetzungen im (mittlerweile abgelehnten) Entwurf der Abgeordneten *Castellucci u.A.* „eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zur Selbsttötung“.⁶⁴⁶ Vorgesehen war darin die erneute umfassende Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nach § 217 I StGB-E unter Einführung eines Rechtfertigungsgrundes nach § 217 II StGB-E. Dieser war aber mit derart hohen prozeduralen Anforderungen ausgestaltet, dass von dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben kaum etwas übrig blieb – insofern wäre nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts⁶⁴⁷ bereits auf der Ebene der Verhaltensnorm ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der sterbewilligen Person anzunehmen.⁶⁴⁸ Aber auch

Strafrecht, 21, 40. Ob sich nun gerade die Voraussetzungen des § 218a I Nr. 1 StGB als Beispiel besonders gelungener Gesetzgebung eignen, mag allerdings bezweifelt werden. Der UN-Frauenrechtsausschuss empfahl Deutschland bereits 2017, sowohl die Pflichtberatung als auch die dreitägige Wartezeit nach § 218a I Nr. 1 StGB zu streichen, s. *Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, 9.3.2017, UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7–8, para. 38(b). Vgl. auch den Fragebogen für den neuen Berichtszeitraum *Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, List of Issues and Questions Prior to the Submission of the Ninth Periodic Report of Germany, 11.3.2020, UN Doc. CEDAW/C/DEU/QPR/9, para. 16.

⁶⁴⁵ Kritisch im Hinblick auf prozedurale Legalisierungsvorschläge für die Regulierung strafbarer Formen der Suizidbeihilfe s. *Saliger*, in: FS Merkel, 1063, 1070 ff.

⁶⁴⁶ BT-Drs. 20/904.

⁶⁴⁷ BVerfGE 153, 182, 288 f.

⁶⁴⁸ Für unvereinbar mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hält den Entwurf der Sachverständige *Knauer* in seiner Stellungnahme, abrufbar unter: <https://www.bundesta.g.de/resource/blob/923024/efe4b30b1b093bbac4cefb7c5957127a/Knauer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 16.4.2023), 4 ff.; kritisch auch der Sachverständige *Gaede* in seiner Stellungnahme zum Entwurf, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/922560/2f1f2ed7c3ef5d2d0c92b0023adb8591/Gaede-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 16.4.2023), 8 f.; für die Verfassungswidrigkeit des Entwurfs auch *Hecker*, StV 2023, 57, 60 ff.

die Sanktionsnorm wäre großen Bedenken ausgesetzt, da sie durch das tatbestandlich vertypete sozialetische Unwerturteil weiterhin umfassend im Kern selbstbestimmte Verhaltensweisen erfasst, der enge Erlaubnistatbestand hingegen nur einen Bruchteil davon wieder ausgenommen hätte.⁶⁴⁹ Die Geschäftsmäßigkeit der Handlung eignet sich mangels Gefahrezusammenhangs im Hinblick auf die Selbstbestimmung der sterbewilligen Person gerade nicht zur Begründung des sozialetischen Unwerturteils.⁶⁵⁰

Nicht ausreichend ist es ferner, solche prozeduralen Voraussetzungen schlicht mit dem Hinweis des milderen Mittels im Vergleich zu einer absoluten Zugangsbeschränkung zu rechtfertigen.⁶⁵¹ Stattdessen muss das staatliche Fremdbild gesellschaftsschädlichen Verhaltens grundsätzlich, und damit auch im Hinblick auf die mit prozeduralen Mitteln ergänzte typisierte Unrechtsbeschreibung, gerechtfertigt werden. Die Nichteinhaltung prozeduraler Anforderungen begründet unmittelbar allenfalls das Unrecht einer abstrakten Gefährdung der autonomen Willensbildung, nicht aber das Unrecht einer vorsätzlichen Verletzung im Hinblick auf das verfügte Rechtsgut.⁶⁵² Der grundsätzliche Widerspruch zwischen materieller Beschreibung eines Unrechtstatbestands und hiermit nicht unmittelbar zusammenhängenden formellen Kriterien für die Straffreiheit selbstbestimmter Verhaltensweisen lässt sich aber nicht vollends beseitigen.

(4) Fazit zu Selbstbestimmung:

Das staatliche Fremdbild in Form des sozialetischen Unwerturteils kann zu seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nicht auf den Schutz von Rechtsgütern gestützt werden, über welche eine verfügungsbefugte Person selbstbestimmt verfügt hat. Das gilt nicht nur für die verfügende Person selbst, sondern gleichermaßen für Dritte, welche an dem Geschehen konsensual mitgewirkt haben. Tatherrschaft ist dabei kein geeignetes Kriterium für die Konkretisierung von Selbstbestimmung. Stattdessen ist Selbstbestimmung verfassungsrechtlich anhand der Verfügungsbefugnis zu messen. Als Instrument hierfür dient das prozedurale Instrument der Zugangskontrolle, welche auf Konsens basiert.

Dieser Grundsatz gilt auch für lebensbeendende Handlungen. Die ohne Zweifel bestehenden Besonderheiten dieser existenziellen Verfügung können ein pau-

⁶⁴⁹ Kritisch im Hinblick auf den Unrechtsgehalt des § 217 I StGB-E auch die Stellungnahmen der Sachverständigen *Frister*, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/923398/365a25f59ddc2b1034986209c35143ab/Frister-data.pdf>, (zuletzt abgerufen am: 16.4.2023), 14 f., und *Simm*, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/923420/52cb9ff99ae00089125b03fa21d38253/Sinn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 16.4.2023), 7 ff.

⁶⁵⁰ *Gaede*, JuS 2016, 385, 387; *Hecker*, StV 2023, 57, 61; *NK-Saliger*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 3, 6.

⁶⁵¹ Vgl. *Fateh-Moghadam*, in: ders./Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 21, 40.

⁶⁵² Vgl. auch *Jakobs*, *Rechtsgüterschutz?*, 35 f. im Hinblick auf die Übertretung der von ihm als Formvorschrift eingeordneten Eigenhändigkeit im Rahmen des § 216 StGB.

schales sozialetisches Unwerturteil, welches keinen Raum für selbstbestimmte Entscheidungen lässt, nicht rechtfertigen.

Zulässig ist aber ein strafrechtlicher Schutz der Autonomie selbst, indem bestimmte Gefährdungszusammenhänge tatbestandlich erfasst werden.⁶⁵³ In Betracht kommen sowohl individuelle Einflussnahmen auf die freie Willensbildung als auch Konstellationen des Missbrauchs oder Ausnutzens strukturell ungleicher, autonomiegefährdender Machtverhältnisse. Das sozialetische Unwerturteil darf sich auch in solchen Konstellationen nicht gegen die zu schützende Person richten, sondern nur gegen Dritte, denen die entsprechenden Gefährdungszusammenhänge zuzurechnen sind. Der strafrechtliche Schutz darf dabei nicht solche Ausmaße annehmen, dass der Schutz von Autonomie durch vollständige Autonomieverhinderung angestrebt wird. Abstrakte Gefährdungsdelikte zum Schutz der Autonomie, die eine selbstbestimmte Entscheidung völlig unmöglich machen, sind nicht zu rechtfertigen. Straftatbestände zum Schutz der Autonomie müssen zudem sachgerechte Anknüpfungspunkte für eine Autonomiegefährdung enthalten. Inhaltliche Anforderungen an eine selbstbestimmte Willensbildung, durch welche die Ernsthaftigkeit der Entscheidung gesichert werden sollen, können mit der Bedeutung des Rechtsguts sowie der Unumkehrbarkeit der Verfügung steigen. Sie dürfen aber nicht so voraussetzungsvoll ausgestaltet sein, dass sie für manche Personengruppen nicht umzusetzen sind. Auch eine Pathologisierung bestimmter Motivlagen ist zu vermeiden. Unzulässig ist ferner eine Festlegung auf bestimmte „gute Gründe“, oder bestimmte Umstände (wie unheilbare Krankheiten), an welche eine strafbefreiende Verfügungsbefugnis geknüpft wird.

3. Zusammenfassung

Bestimmte Argumentationslinien stehen der Gesetzgebung bei der Rechtfertigung einer strafrechtlichen Sanktionsnorm nicht zur Verfügung. Das damit einhergehende sozialetische Unwerturteil kann weder mit einem bloßen Konformitätsinteresse unterhalb der Grenze des verfassungsrechtlich gesetzten Minimumkonsenses noch mit dem Schutz einer selbstbestimmt handelnden mündigen Person vor eigenen oder konsensualen Schädigungshandlungen durch Dritte begründet werden. Nicht zur Verfügung steht der Gesetzgebung ferner der bloße Hinweis auf die Absicherung verwaltungsrechtlicher oder sonstiger außerstrafrechtlicher Verbote, wenn diese nicht ihrerseits den beschriebenen Anforderungen genügen.

In Bezug auf die Regulierung abweichenden Verhaltens bedeutet das, dass eine strafrechtliche Sanktion nicht mit dem Schutz von herrschenden Moralvorstellungen begründet werden kann, solange durch sie nicht gleichzeitig weitere rechtlich anerkannte Interessen betroffen sind. Dies gilt selbst dann, wenn entspre-

⁶⁵³ Hecker, StV 2023, 57, 61.

chende Verhaltensnormen in der Mehrheitsgesellschaft in Form von Tabus derart fest verankert sind, dass ihre Übertretung zu massiven ablehnenden Reaktionen führen könnte. Die daraus resultierende Unfriedlichkeit lässt sich den einzelnen abweichenden Personen im Regelfall nicht zurechnen. Eine Grenze zunehmender Unfriedlichkeit ist aber erreicht, wenn in dem abweichenden Verhalten objektiv ein Risiko weiterer Straftaten zurechenbar angelegt ist, oder subjektiv die zurechenbare Befürchtung schwerwiegender Straftaten in (Teilen) der Bevölkerung hervorgerufen wird, sofern diese späteren Straftaten ihrerseits den hier aufgestellten Anforderungen genügen. Geschützt wird durch eine solche Vorverlagerung aber letztlich nicht die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, sondern die jeweiligen von den (möglichen) späteren Straftaten gefährdeten oder verletzen Interessen bzw. die individuelle Entfaltungsfreiheit. Eine weitere Grenze zunehmender Unfriedlichkeit lässt sich dem verfassungsrechtlich gesetzten Minimalkonsens entnehmen, der in den von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG umfassten Verfassungsgrundsätzen verankert ist. Insbesondere gruppenbezogene menschenfeindliche Verhaltensweisen, die den gesellschaftlichen Grundkonsens des Zusammenlebens als Freie und Gleiche in Frage stellen, können mit strafrechtlichen Sanktionen belegt werden, ohne dass es auf die Gefährdung oder Verletzung dahinterstehender Individualinteressen ankommt.

Für selbstbestimmte Verhaltensweisen gilt, dass ein sozialetisches Unwerturteil nicht mit dem Schutz einer Person vor sich selbst begründet werden kann. Sind nur die eigenen Interessen von einem Verhalten betroffen, lässt sich aus der Selbstschädigung kein Vorwurf gesellschaftsschädlichen Verhaltens herleiten. Selbstbestimmung ist aber nicht auf den Handlungskreis der eigenen Person beschränkt. Zu ihrer Verwirklichung kann Unterstützung und Mitwirkung von Dritten erforderlich oder gewünscht sein. Ebenfalls nicht mit einem sozialetischen Unwerturteil belegen lassen sich daher konsensuale Mitwirkungshandlungen zur Umsetzung eines selbstbestimmten Willentsentschlusses. Das gilt unabhängig von Kriterien der Tatherrschaft oder Eigenhändigkeit. Maßstab für die Beurteilung selbstbestimmten Verhaltens ist die Verfügungsbefugnis, die anhand des prozeduralen Instruments der konsensbasierten Zugangskontrolle konkretisiert wird. Nicht relevant ist hingegen der jeweilige Beweggrund des Willentsentschlusses, insbesondere nicht, ob dieser bestimmte Voraussetzungen der Rationalität und Vernünftigkeit erfüllt. Für konsensuale Interaktionen lassen sich themenspezifische Anforderungen formulieren, etwa eine gleiche Verteilung von Wissen oder das Fehlen struktureller Zwänge. Bestehende Machthierarchien können die Herstellung von Konsens erschweren. Mit dem Argument des Schutzes der Autonomie selbst lassen sich daher Verhaltensweisen unter Strafe stellen, die einen solchen selbstbestimmten Willentsentschluss gefährden. Dabei muss aber Raum bleiben für selbstbestimmte Verhaltensweisen. Strafrechtlicher Schutz der Autonomie lässt sich – jedenfalls für grundsätzlich mündige Personen – nicht mit einer vollständigen Autonomieverhinderung bewirken.

E. Anwendung auf Beispielsfälle

Die oben entwickelten Maßstäbe werden im Folgenden auf einzelne Normen angewendet, um sie auf ihre Anwendungstauglichkeit hin zu überprüfen. Eine Untersuchung sämtlicher in Betracht kommender Strafvorschriften kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), der Doppellehe bzw. doppelten Lebenspartnerschaft (§ 172 StGB) und der Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB). Die Auswahl der exemplarisch herausgesuchten Vorschriften erfolgte anhand der oben gebildeten Argumentationsgruppen: Leitend war die Idee, dass möglichst viele Zwischenbefunde einmal einem Anwendungstest unterzogen werden können. Weitere mögliche Vorschriften wie die Einwilligungssperre des § 228 StGB bei Sittenwidrigkeit der Körperverletzung, die Strafbarkeit des einvernehmlichen Inzests (§ 173 StGB) oder die Strafbarkeit der (einvernehmlichen) Störung der Totenruhe nach § 168 StGB werden daher an dieser Stelle nicht näher betrachtet.

I. Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)

Die Rechtsnatur des § 216 StGB wird nicht einheitlich beurteilt. Während die Rechtsprechung und Teile der Literatur von einem selbstständigen Spezialtatbestand ausgehen,¹ wird § 216 StGB von anderen als unselbstständige Privilegierung zum Totschlag gem. § 212 I StGB eingeordnet.² Im Ergebnis wird § 216 StGB aber fast einhellig eine Sperrwirkung gegenüber § 211 StGB zugesprochen.³

¹ BGHSt 2, 258; 13, 162, 165; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 2; s. aber auch BGH NStZ 2012, 85, 86 („Privilegierung“).

² Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 1; Maurach/Schröder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 11. Aufl. 2019, § 2 Rn. 61; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 1; SK-Simm, StGB, Band 4, 9. Aufl. 2017, § 216 Rn. 2.

³ BGHSt 2, 258; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 2; Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 216 Rn. 2; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 1; LK-Rissing-van Saan, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 8; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 72; SK-Simm, StGB, Band 4, 9. Aufl. 2017, § 216 Rn. 2; s. aber auch Herzberg, JZ 2000, 1093 ff., 1099, der die Figur der Sperrwirkung zwar ablehnt, aber über eine teleologische Reduktion des § 211 StGB zum selben Ergebnis kommt.

Wurde jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen einer anderen Person zu ihrer Tötung bestimmt, so sieht § 216 I StGB im Vergleich zu § 212 I StGB einen erheblich geringeren Strafraumen (sechs Monate bis fünf Jahre anstelle von nicht unter fünf Jahren) vor. Die Strafmilderung wird überwiegend auf die Minderung des Unrechts aufgrund des Tötungsverlangens zurückgeführt;⁴ zuweilen wird zudem auch auf eine schuld mindernde Konfliktlage der adressierten Person hingewiesen.⁵

Der Grund für die fortbestehende Strafdrohung trotz ausdrücklichem und ernstlichem Verlangen der sterbewilligen Person wird weit uneinheitlicher beschrieben. Paternalistische Begründungen zum Schutz der sterbewilligen Person selbst⁶ finden sich ebenso wie das Rekurren auf Allgemeingüter, etwa den Bestandsschutz eines allgemeinen Fremdtötungstabus.⁷ Damit zusammenhängend werden in unterschiedlichem Ausmaß Legitimationszweifel an der Strafnorm geäußert,⁸ wobei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. die Kritik an § 216 StGB weiter befeuert hat.⁹ Weitestgehend abgelehnt wird ein hart paternalistischer Legitimationsan-

⁴ *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 215 f.; NK-*Neumann/Saliger*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 216 Rn. 1; MüKo-*Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 1; LK-*Rissing-van Saan*, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 9.

⁵ Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 7; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 1; s. aber auch MüKo-*Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 1, der darauf hinweist, dass eine Konfliktlage oder sonst hochwertige Gesinnung für eine Anwendbarkeit des § 216 StGB nicht erforderlich ist; kritisch auch SK-*Simm*, StGB, Band 4, 9. Aufl. 2017, § 216 Rn. 2; LK-*Rissing-van Saan*, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 9.

⁶ S. etwa *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 215 f., der zwischen einem objektiven Gehalt des Rechtsguts und dem subjektiven Recht des Inhabers unterscheidet. An ersterem trete auch im Falle einer Einwilligung ein Schaden ein, sodass das Geschehen als Unrecht einzuordnen sei. Weitere, allerdings weich paternalistische, Begründungsansätze sind in der Beschreibung als abstraktes Gefährdungsdelikt zum Schutz vor übereilten Entscheidungen zu erblicken, s. MüKo-*Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 8.

⁷ S. bereits die Nachweise in Abschnitt D., Fn. 604; für einen ausführlichen Überblick über die verschiedenen Legitimationsansätze s. *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 333 ff.; *Müller*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 29 ff.; *Schröder*, ZStW 1994, 565, 567 ff.; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 107 ff.

⁸ Für einen Überblick s. Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 1a;

⁹ *Leitmeier*, NSTz 2020, 508, 512 ff.; anders MüKo-*Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 60, nach dem sich beide Konstellationen nicht vergleichen ließen. Vgl. ferner *Lindner*, NSTz 2020, 505, 507 f., der ausführt, dass sich die Erwägungen des BVerfG zwar auf die Konstellation des § 216 StGB übertragen ließen, die daraus folgende Nichtigkeit des § 217 StGB und die damit verbundene Möglichkeit, professionelle Hilfe zur Selbsttötung annehmen zu können, aber gerade dazu führten, § 216 StGB verfassungsrechtlich „halten“ zu können. Die Gesetzgebung müsse aber eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des § 216 StGB schaffen, falls sich das Recht auf selbstbestimmtes Sterben nicht realisieren ließe.

satz, der unmittelbar auf den Schutz des Lebens der sterbewilligen Person abstellt.¹⁰ Zuweilen wird § 216 StGB aber als abstraktes Gefährdungsdelikt im Sinne einer weich paternalistischen Schutznorm verstanden, die letztlich eine Form des Übereilungsschutzes in Bezug auf die Entscheidung zur Lebensbeendigung beinhaltet.¹¹

Das ernstliche Verlangen erfordert einen freien und bewusst auf die Tötung gerichteten Willensentschluss. Ein Mangel an Einsichts- und Urteilsfähigkeit steht dem ebenso entgegen, wie das Vorliegen von Zwang, Drohungen oder ein auf Täuschung beruhender Willensentschluss – so werden überwiegend selbst (wesentliche¹²) Motivirrtümer als der Ernstlichkeit entgegenstehend betrachtet.¹³ Nicht erforderlich ist aber das Vorliegen besonderer (etwa nachvollziehbarer oder gar „vernünftiger“) Gründe.¹⁴ Die Rechtsprechung verlangt ferner eine gewisse Festigkeit und Zielstrebigkeit des Willensentschlusses; fehlt es an daran, so genüge ein „Verlangen in depressiver Augenblicksstimmung“ den Anforderungen des § 216 StGB nicht.¹⁵ Die Ausdrücklichkeit des Verlangens erfordert, dass es eindeutig und unmissverständlich, nicht aber zwangsläufig durch gesprochene Worte, vorgebracht wird.¹⁶

Die Strafbarkeit nach § 216 StGB wird in zweierlei Hinsicht begrenzt. Zum einen im Wege der Abgrenzung zur straflosen Suizidbeihilfe, zum anderen durch Konstellationen der straflosen Sterbehilfe.¹⁷ Beide Abgrenzungen sind im Detail umstritten.

¹⁰ Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 1a; *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 19; NK-Neumann/Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, § 216 Rn. 1.

¹¹ *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 23; *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 605; *ders.*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 194 f.; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 33 Fn. 165; s. ferner MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 5, der allerdings anerkennt, dass auch mit der Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt „ein gewisses Erklärungsdefizit“ bleibe.

¹² Gegen die Differenzierung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Motivirrtümern aber MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 22 f.

¹³ Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 8; *Matt/Renzikowski-Safferling*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 9; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 19.

¹⁴ Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 8.

¹⁵ BGH NStZ 2011, 340, 341; BGH NStZ 2012, 85, 86; so auch Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 8; *Matt/Renzikowski-Safferling*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 9; s. aber auch MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 20 Rn. 82, der die Festigkeit und Zielstrebigkeit „als Beleg für die einwilligungstypische Mangelfreiheit der Entscheidung“ versteht.

¹⁶ Schönke/Schröder-*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 7; *Matt/Renzikowski-Safferling*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 8

¹⁷ *Jäger*, JZ 2015, 875, 876 f. Für die verfassungsrechtliche Einordnung beider Konstellationen s. *Hufen*, NJW 2001, 849, 855 f.

1. Strafflosigkeit der Suizidbeihilfe

Für die Abgrenzung zwischen strafloser Suizidbeihilfe und strafbarer Tötung auf Verlangen wird überwiegend auf das äußere Kriterium der Tatherrschaft abgestellt.¹⁸ Das innere Element der Freiverantwortlichkeit des Willensentschlusses für die Annahme einer freiverantwortlichen Selbsttötung spielt in Abgrenzung zum § 216 StGB (anders als bei der Abgrenzung zu §§ 212, 211, 25 I Alt. 2 StGB) kaum eine Rolle, wird doch die Freiheit von Willensmängeln bereits durch das (zum Teil sogar weitergehende¹⁹) Erfordernis des ernstlichen Verlangens erfasst.²⁰ Ob die Freiverantwortlichkeit als inneres Element einer Selbsttötung erst im Falle von Zuständen entsprechend der §§ 19, 20, 35 StGB bzw. § 3 JGG²¹ ausgeschlossen ist, oder ob an ihn dieselben Voraussetzungen zu stellen sind, wie an eine wirksame Einwilligung,²² kann daher an dieser Stelle dahinstehen.²³ Eine Tötung auf Verlangen in mittelbarer Täterschaft durch Einsatz des Opfers als Werkzeug gegen sich selbst ist, da es in diesen Fällen bereits an der Ernsthaftigkeit des Verlangens fehlt, kaum denkbar. Fehlt es an einem freiverantwortlichen Willensentschluss ist stattdessen die Verwirklichung der §§ 212, 211 StGB in mittelbarer Täterschaft zu prüfen.²⁴ In Bezug auf eine mögliche Verwirklichung des § 216 StGB ist daher eine Abgrenzung zur Suizidbeihilfe allein über das äußere (zum Teil aber erheblich modifizierte) Element der Tatherrschaft angezeigt.²⁵

Umstritten ist dabei nicht nur der zu beherrschende Zeitpunkt bei zeitlich gestreckten Abläufen, sondern auch der Umgang mit Konstellationen der

¹⁸ *Joecks/Jäger*, StGB, 13. Aufl. 2017, § 216 Rn. 13; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 216 Rn. 4a, *Jeong*, Zur Problematik der Freiverantwortlichkeit beim Suizid, 105; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 204, 405 ff.

¹⁹ Vgl. *MüKo-Schneider*, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 21.

²⁰ *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 204; *MüKo-Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 20; vgl. auch *SK-Sinn*, StGB, Band 4, 9. Aufl. 2017, § 216 Rn. 12.

²¹ Zur sog. Exkulpationslehre s. *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, Vor §§ 211–217 Rn. 27; *SK-Sinn*, StGB, Band 4, 9. Aufl. 2017, § 216 Rn. 13, 15 f.

²² S. zur Einwilligungslösung *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 192 f.; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 4 Rn. 14; *LK-Rosenau*, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 103.

²³ Unterschiede zwischen diesen Auffassungen ergeben sich insbesondere im Falle von nicht rechtsgutsbezogenen Motivirrtümern, s. dazu *Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 36.

²⁴ *Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 38, sowie § 216 Rn. 11a.

²⁵ Dass sich ein subjektiver Maßstab angesichts der Struktur des § 216 StGB nicht zur Abgrenzung zwischen täterschaftlicher Begehung des § 216 StGB und Teilnahme an der Selbsttötung eignet, führte dazu, dass der BGH seine ansonsten zu diesem Zeitpunkt noch subjektiv geprägte Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Rahmen des § 216 StGB bereits 1963 zu Gunsten des objektiven Kriteriums der Tatherrschaft aufgab, s. BGHSt 19, 135, 139; s. dazu auch *Roxin*, NStZ 1987, 345, 346; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, 636 f.

sog. Quasi-Mittäterschaft, in denen ein arbeitsteiliges Zusammenwirken der sterbewilligen mit einer weiteren Person stattfindet. Weitestgehend erledigt haben dürfte sich hingegen die früher vom BGH vertretene (und erheblich kritisierte²⁶) Auffassung, selbst bei eigenhändiger Einleitung des Tötungsgeschehens sei eine Strafbarkeit durch Unterlassen für anwesende Garant*innen möglich, wenn diese ab dem Zeitpunkt der Bewusstlosigkeit der sterbewilligen Person keine Rettungsmaßnahmen einleiteten.²⁷ Nachdem der BGH derartige Rettungspflichten in zwei Grundsatzentscheidungen im Jahr 2019 bereits im Hinblick auf Ärzt*innen ausgeschlossen hatte,²⁸ stellte er mit Beschluss vom 28. Juni 2022 schließlich klar, dass das mittlerweile bundesverfassungsgerichtlich gestärkte Recht auf selbstbestimmtes Sterben dazu führen müsse, die Einstandspflicht iSd § 13 StGB auch in Bezug auf andere Garant*innen zu begrenzen.²⁹

a) *Arbeitsteiliges Zusammenwirken („Quasi-Mittäterschaft“)*

Unmittelbar lässt sich die Beteiligungslehre nur im Fall der Alleintäterschaft der dritten Person anwenden, der aufgrund der unproblematischen Fallkonstellation aber kaum der Rede wert ist:³⁰ Erstickt etwa die hierzu (durch ausdrückliches und ernstliches Verlangen) bestimmte Person absprachegemäß das Opfer im Schlaf oder verabreicht sie selbst das unmittelbar tödlich wirkende Gift, ist sie Täterin einer Tötung auf Verlangen. Komplizierter wird es, wenn ein eigener Beitrag des Opfers erforderlich ist oder der Zeitablauf weitere Rettungsmaßnahmen ermöglicht. Eine unmittelbare Anwendung der Beteiligungslehre scheidet hier bereits daran, dass das Opfer selbst offenkundig kein strafrechtliches Unrecht begeht, es also weder um die Zurechnung eines Tatbeitrages nach § 25 II StGB gehen kann, noch um die Beteiligung an einer Tat i.S.d. § 27 StGB.³¹ Stattdessen geht es um die Bestimmung von eigenverantwortlichen Handlungsräumen des Opfers, welche die objektive Zurechnung des tatbestandlichen Erfolgs durchbrechen.³²

²⁶ *Chatzistikostas*, Die Disponibilität des Rechtsguts Leben, 290 ff.; Schönke/Schröder-Eser/*Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 10; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 4; Jäger, JZ 2015, 875, 878; Joeks/Jäger, StGB, 13. Aufl. 2021, § 216 Rn. 16; NK-Neumann/Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, § 216 Rn. 9; LK-Rosenau, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 96; *ders.*, in: FS Roxin II, 577, 581; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, 527 f.; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, § 2 Rn. 129; Zöllner, in: FS Rogall, 299, 302 f.

²⁷ BGHSt 2, 150, 152 ff.; 7, 268, 269 ff.; 13, 162, 166; 32, 367, 373 f.

²⁸ BGH NStZ 2019, 662, 664 ff.; NStZ 2019, 666, 668 ff. mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung Sowada, NStZ 2019, 670 ff.

²⁹ BGH NJW 2022, 3021, 3023 f.

³⁰ Vgl. auch Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 405.

³¹ Engländer, JZ 2003, 745, 747 f.; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 3; Herzberg, NStZ 2004, 1, 2; Hohmann/König, NStZ 1989, 304, 306 f.; NK-Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 211 Rn. 48, 53; LK-Rissing-van Saan, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 38; Roxin, NStZ 1987, 345, 347; Schröder, ZStW 1994, 565, 574 f.

³² Sowada, in: FS Merkel, 1109, 1110 f.; s. zum Prinzip der Eigenverantwortlichkeit auch Neumann, JA 1987, 244, 248 f.

Mit dem Fokus auf die Frage der Eigenverantwortlichkeit wird deutlich, warum das Kriterium der Tatherrschaft für diese Abgrenzung zu modifizieren ist. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht nicht die Beherrschung des Geschehens durch die ggf. strafbare Person, sondern die Opferperspektive.³³ Dabei handelt es sich letztlich nicht um eine empirische Frage, sondern eine Frage der normativen Zuständigkeit.³⁴ Handelt es sich aus Sicht des Opfers um eine eigenverantwortliche Selbstschädigung, ist eine Zurechnung ausgeschlossen; die eigenverantwortliche Selbstschädigung durch das Opfer fungiert somit als Zurechnungssperre.³⁵ Mit dieser Blickrichtung lässt sich auch die Problematik der Quasi-Mittäterschaft schlüssig beantworten: Solange das Opfer den jeweils entscheidenden Zeitpunkt zumindest mitbeherrscht, ist von einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung auszugehen, sodass die Strafbarkeit mitwirkender Dritter nach § 216 StGB ausgeschlossen ist.³⁶

b) Der zu beherrschende Zeitpunkt

In Bezug auf den zu beherrschenden Zeitpunkt wird überwiegend eine weitere Modifikation des Tatherrschaftskonzepts im Sinne einer zeitlichen Verengung vorgenommen.³⁷ Anstelle des gesamten Ausführungsstadiums wird als Bezugspunkt für die Bestimmung der Tatherrschaft der lebensbeendende Akt herangezogen,³⁸ der zum Teil als „point of no return“ konkretisiert wird.³⁹ Unklar ist dabei insbesondere, wie mit dem Fall umzugehen ist, in dem das Opfer nach der letzten Handlung der anderen Person durch bloße Untätigkeit Rettungschancen verstreichen lässt.⁴⁰ Besonders weitgehend ist etwa der Ansatz *Roxins*, der den entscheidenden Moment als Zeitpunkt charakterisiert, „jenseits dessen ein Zurück nicht mehr möglich ist“.⁴¹ Danach wäre ein Geschehen als Selbsttötung

³³ Sowada, in: FS Merkel, 1109, 1118; Neumann, JA 1987, 244, 248 f.

³⁴ Neumann, JA 1987, 244, 249.

³⁵ Engländer, JZ 2003, 745, 748.

³⁶ Engländer, JZ 2003, 745, 747 f.; *Roxin*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 177, 185; *ders.*, NStZ 1987, 345, 347 f.; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, 638 f., 641 f.; vgl. auch NK-Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 211 Rn. 54, nach dem die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Dritten erfordert, dass dieser „das Geschehen in höherem Maße beherrscht“; dag. aber *Herzberg*, NStZ 2004, 1, 3 f.; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 51 f.

³⁷ Sowada, in: FS Merkel, 1109, 1114 ff.; anders aber MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 49.

³⁸ StRspr.; s. zuletzt BGH NJW 3021, 3022 m.w.N.; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 3; *Roxin*, NStZ 1987, 345, 347; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, 641; NK-Neumann/Saliger, Vor § 211 Rn. 51 sowie § 216 Rn. 5

³⁹ NK-Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 211 Rn. 51.

⁴⁰ Zur Unschärfe dieser Formulierung s. *R. Merkel*, in: Hegselmann/Ders. (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 71, 77 ff.; *Schröder*, ZStW 1994, 565, 576 f.; s. aber auch die Replik von *Roxin*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 177.

⁴¹ *Roxin*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 177, 178.

einzuordnen, solange der sterbewilligen Person nach dem letzten Tatbeitrag der anderen Person noch die freie Entscheidung über Leben oder Tod verbleibt; eine Tötung auf Verlangen hingegen wäre erst anzunehmen, wenn der Vollzug des letzten irreversiblen Akts auf Dritte abgeschoben wird.⁴² Hieran lässt sich die erhebliche Modifikation des Tatherrschaftskriteriums gut erkennen. Solange die dritte Person keine irreversible Tötungshandlung vornimmt, sondern nach der Ausführung noch die Möglichkeit beim Opfer verbleibt, Rettungsmaßnahmen anzuweisen oder wahrzunehmen, handelt es sich um eine eigenverantwortliche Selbsttötung. Tatherrschaft wird so begründet durch reines Abwarten bzw. Nichtstun, indem etwa eine angebotene Rettungschance nicht genutzt wird.⁴³

Aber auch wenn man auf die Beherrschung des lebensbeendenden Aktes im Sinne einer aktiven Handlung abstellt, gibt es umstrittene Fallkonstellationen. Zu nennen ist hier insbesondere die Absicherung einer vorangegangenen Selbsttötungshandlung durch das Setzen einer eigenständigen Kausalbedingung für den Todeseintritt. Im Jahr 1986 beurteilte der 1. Strafsenat des BGH das (ab-sprachegemäße) Spritzen von Betäubungsmitteln durch den Neffen des Opfers zur Absicherung der Wirkung zuvor selbst gesetzter Spritzen als Tötung auf Verlangen.⁴⁴ Eine Besonderheit des Falls war, dass das Opfer zum Zeitpunkt der absichernden Handlung aufgrund der Wirkung der von ihm selbst verabreichten Spritzen bereits bewusstlos war. In einer neueren Entscheidung hingegen wertete der BGH das absichernde Setzen mehrerer (tatsächlich kausal den Tod herbeiführenden) Insulin-Spritzen durch die Ehefrau des Opfers nach dessen eigenständigen Einnahme erheblicher Mengen von Tabletten (die ihrerseits ebenfalls geeignet gewesen wären, den Tod herbeizuführen) als Beihilfe zur Selbsttötung.⁴⁵ Dabei stützte sich der 6. Strafsenat nunmehr auf eine normative Betrachtung des lebensbeendenden Aktes und bezog hierzu die nach dem Gesamtplan vorausgehende eigenhändige Tabletteneinnahme durch das Opfer ein: Diese sollte den Tod maßgeblich herbeiführen; die Insulin-Spritzen sollten dieses Ergebnis nur absichern, da der Suizident in keinem Fall „als Zombie zurückkehren“ wollte. Letztlich sei es dem Zufall geschuldet geblieben, welche Ursache den Tod kausal herbeiführen würde.⁴⁶

⁴² *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, 639.

⁴³ *Roxin*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 177, 178; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, 638 f.; s. ferner Schönke/Schröder-Eserl/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 11; diesen Ansatz als zu weitgehend ablehnend aber Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 3; Herzberg, NSTz 2004, 1, 7; NK-Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 211 Rn. 57a f.; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 47; Schröder, ZStW 1994, 565, 570 f., 577 f.; kritisch auch Murmann, ZfStw 2022, 530, 536.

⁴⁴ Sog. Scophedal-Fall, BGH NJW 1987, 1092.

⁴⁵ BGH NJW 2022, 3021.

⁴⁶ BGH NJW 2022, 3021, 3022. Zur Einschränkung des § 216 StGB in Fällen, in denen letztlich nur der Zufall über die Beherrschung des Geschehens entscheidet s. bereits Schröder, ZStW 1994, 565, 579.

Auch wenn sich diese Entscheidung vom 28. Juni 2022 in bereits zuvor erkennbare Entkriminalisierungstendenzen⁴⁷ einfügt, lässt sie sich doch als Reaktion auf die zuvor ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. einordnen. Dabei betont der 6. Strafsenat zwar ausdrücklich, in einer Linie mit früheren Entscheidungen zu stehen;⁴⁸ ein gewisser Widerspruch dürfte aber insbesondere im Hinblick auf die zuvor genannte Entscheidung aus dem Jahr 1986 kaum zu leugnen sein.⁴⁹ Auch in der neueren Entscheidung wurde der unmittelbar lebensbeendende Akt durch die handelnde Ehefrau des Opfers beherrscht. Die normative Betrachtung und damit verbundene Einbeziehung der eigenhändigen Tötungshandlungen hätten bereits im früheren Fall die Bewertung als Selbsttötung getragen.⁵⁰ Das Argument des 6. Strafsenats, die damals zugrunde liegende Konstellation sei aufgrund der Bewusstlosigkeit des Opfers zum Zeitpunkt der absichernden Kausalbedingung anders zu beurteilen, lässt sich durchaus infrage stellen. Schließlich stellte der BGH damals ausschließlich auf die absichernde Handlung ab, welche der nach § 216 StGB verurteilte Neffe des Opfers selbstverständlich ebenso beherrschte, wie im neueren Fall die Ehefrau durch das Setzen der Insulin-Spritzen.

Aus strafrechtsdogmatischer und kriminalpolitischer Perspektive ist die Entscheidung z.T. erheblich kritisiert worden.⁵¹ Zuzugestehen ist, dass sich der Bezug zum Begriff der Tatherrschaft nicht mehr ohne Weiteres erschließt – das traf auch bereits auf das Konzept *Roxins* zu, an dem sich die Entscheidung letztlich stark orientiert (ohne ihn allerdings zu zitieren oder in Bezug zu nehmen).⁵² An der Sache vorbei geht aber die Kritik, mit dieser Entscheidung habe der BGH „den klar umrissenen Tatbegriff, der für das gesamte Strafrecht [gelte], [...] kompromittier[t]“.⁵³ Denn für die Bestimmung eigenverantwortlicher Selbstschädigungen des Opfers kann der strafrechtliche Tatbegriff mangels vorhandener Tat gerade nicht unmittelbar herangezogen werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Entscheidung im Ergebnis jedenfalls zu begrüßen. Auch wenn es ausdrücklich nicht der Argumentation des BGH entspricht,⁵⁴ kann die Entscheidung doch als ein Versuch verfassungskonformer Auslegung der täterschaftlichen Begehung

⁴⁷ *Grünwald*, NJW 2022, 3021, 3025.

⁴⁸ BGH NJW 2022, 3021, 3023.

⁴⁹ *Grünwald*, NJW 2022, 3021, 3025.

⁵⁰ *Roxin*, NStZ 1987, 345, 347 f.

⁵¹ S. *Grünwald*, NJW 2022, 3021, 3025; *Murmann*, ZfISw 2022, 530, 532 ff., der allerdings nicht das Ergebnis, sondern die Begründung kritisiert; *Pauli*, HRRS 2022, 281 ff.; anders aber *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 667, 668 f., die unter anderem die Wichtigkeit der Abkehr von naturalistischen Begründungen der Geschehensherrschaft betonen; zustimmend auch *Hecker*, JuS 2022, 1073, 1075.

⁵² So auch *Hecker*, JuS 1073, 1074.

⁵³ *Pauli*, HRRS 2022, 281, 283.

⁵⁴ Der BGH verneinte die Täterschaft aus strafrechtsdogmatischen Gründen. Die verfassungskonforme Auslegung wird nur für Fälle erwogen, in denen Beherrschung der Tat auch nach dieser Grundlage nicht angenommen werden könne.

des § 216 StGB gelesen werden.⁵⁵ Die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Recht auf selbstbestimmtes Sterben aufgestellt hat, sprechen nicht für eine Begrenzung auf Teilnahmehandlungen im strafrechtsdogmatischen Sinn.⁵⁶

c) *Verfassungskonforme Auslegung und teleologische Reduktion*

Zum Teil wird der Anwendungsbereich des § 216 StGB weiter eingeschränkt. Der BGH selbst führte zuletzt in einem obiter dictum aus, dass eine verfassungskonforme Auslegung erforderlich sein könne, wenn die sterbewillige Person selbst nicht zur eigenhändigen Selbsttötungshandlung in der Lage sei.⁵⁷ Auch in der Literatur wurde bereits auf diese Zwangslage hingewiesen.⁵⁸

Mit Blick auf den Schutzzweck des Übereilungsschutzes im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts schlägt *Murmann* zudem eine teleologische Reduktion für die Fälle vor, in denen die sterbewillige Person bereits durch das eigenhändige Setzen einer zur Herbeiführung des Todes geeigneten Kausalbedingung unter Beweis gestellt hat, dass sie „zur eigenhändigen Vornahme der Selbsttötungshandlung nicht nur physisch, sondern auch psychisch in der Lage war.“⁵⁹ Damit kommt er sowohl im Ergebnis als auch in der Argumentation der Auffassung *Roxins* recht nahe, wenngleich mit anderem dogmatischen Zugang.⁶⁰

⁵⁵ Eine andere Frage ist allerdings, ob der entscheidende 6. Strafsenat nicht aufgrund Abweichens von früheren Entscheidungen die Frage nach den Voraussetzungen der Tatherrschaft zunächst den zuvor anders entscheidenden Senaten und anschließend ggf. dem Großen Strafsenat zur Entscheidung hätte vorlegen müssen (§ 132 GVG). Hätte dieser im Sinne der gängigen Auslegung entschieden, hätte der Senat immerhin noch die – zugegebenermaßen aufwendigere – Möglichkeit einer konkreten Normenkontrolle gehabt.

⁵⁶ So auch BGH NJW 2022, 3021, 3023; für die (verfassungsrechtliche) Gleichheit von einvernehmlicher Fremdschädigung und eigenverantwortlicher Selbstschädigung s. *Leitmeier*, NStZ 2020, 508, 511 f.; *Arthur Kaufmann*, in: FS Roxin I, 841, 851; *Krack*, KJ 1995, 60, 64 ff.; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 291 ff.; *Rosenau*, in: FS Roxin II, 577, 582.

⁵⁷ BGH NJW 2022, 3021, 3023; zustimmend *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 667, 668 f.; *Murmann*, ZfISw 2022, 530, 537.

⁵⁸ *Leitmeier*, NStZ 2020, 508, 513 f.; *Lindner*, NStZ 2020, 505, 507.

⁵⁹ *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 499 ff.; *ders.*, ZfISw 530, 537.

⁶⁰ So führt dieser zur Begründung der Beherrschung des lebensbeendenden Aktes im sog. Scophedal-Fall aus: „Denn der Onkel hatte die mit Ernst und Entschlossenheit im Zustand voller Verantwortungsfähigkeit geplante Selbsttötung nicht auf den Angeklagten abgeschoben, sondern er hatte sie in die eigene Hand genommen und sogar die Heraushaltung jeder fremden Hilfe nach Kräften erstrebt. Er hat auch bewiesen, daß er den letzten, unwiderruflichen Schritt selbst zu tun in der Lage war; denn er hat sich 15–20 ml Scophedal in der – vermutlich auch richtigen – Annahme eingespritzt, daß dies zur Herbeiführung des Todes ausreichen werde. Es lag also eine in vollem Umfange eigenverantwortliche Tötungshandlung vor, im Verhältnis zu der die nachhelfende Aktivität des Angeklagten als Beihilfe erscheint.“, s. *Roxin*, NStZ 1987, 345, 348; *Neumann*, JA 1987, 244, 249; vgl. ferner *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 31, der allerdings zusätzlich die

Auch die neuerdings befürwortete Bewertung der Tatherrschaft über den lebensbeendenden Akt durch den BGH kommt zum selben Ergebnis.

d) Fazit: Grenzen der Eigenverantwortlichkeit

Ausgehend von der dogmatischen Figur der Eigenverantwortlichkeit des Opfers als Zurechnungssperre ist durch verschiedene Modifikationen ein erhebliches Entfernen des Tatherrschaftskriteriums von seiner ursprünglichen, der Beteiligungslehre entnommenen, Bedeutung zu beobachten. Stattdessen findet der Aspekt der Selbstbestimmung im Sinne einer freien Verfügung auch über das Rechtsgut Leben zunehmend Berücksichtigung. Es werden zudem normative Kriterien vorgeschlagen, die auf das Konzept der Tatherrschaft ganz verzichten und so zu einer weiteren Orientierung an dem Konzept der Eigenverantwortlichkeit und dem weich paternalistischen Schutzzweck des Autonomieschutzes führen.⁶¹

Auch diese bedeuten allerdings keine vollständige Abkehr von äußeren Voraussetzungen, da eine solche mit der Existenz des § 216 StGB und der darin festgeschriebenen Einwilligungssperre schlicht unvereinbar wäre. Dogmatische Konzepte von Eigenverantwortlichkeit können sich daher im Kontext des bestehenden § 216 StGB gar nicht so weit von äußeren Kriterien entfernen, dass es allein auf den intellektuellen Aspekt der selbstbestimmten Willensentschließung ankommen könnte.

2. Straflosigkeit der Sterbehilfe

Als straflose Sterbehilfe sind im Wesentlichen zwei Fallgruppen anerkannt: Indirekte Formen der (aktiven) Sterbehilfe durch das Verabreichen lebensverkürzender, aber medizinisch indizierter Medikamente für eine schmerz- (oder sonst leid-)mindernde Therapie tödlich Kranker⁶² sowie Fälle des Behandlungsabbruchs, bei denen lebenserhaltende bzw. -verlängernde Maßnahmen auf Grundlage des (mutmaßlichen) Patient*innenwillens abgebrochen oder unterlassen werden.⁶³ Während das Ergebnis der Straflosigkeit in diesen Fällen auf überwie-

objektive Vernünftigkeit des Willensschlusses verlangt, um das Geschehen als Selbsttötung einzuordnen.

⁶¹ *Hohmann/König*, NStZ 1989, 304, 308 f.; kritisch aber Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 216 Rn. 3; *Herzberg*, NStZ 1989, 559, 560 f. Einen weiteren Vorschlag jenseits des Kriteriums der Tatherrschaft unterbreitet *Murmann*, der die Thematik auf die Frage des rechtlich missbilligten Risikos verlagern möchte, s. *ders.*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 353 ff., sowie *ders.*, ZfISw 2022, 530, 534 f.

⁶² Grundlegend BGHSt 42, 301, 305; leicht modifiziert in BGHSt 55, 191, 204: Dort ist nunmehr die Rede vom „tödlich Kranken“ anstelle vom vormaligen „Sterbenden“, sowie der Zulässigkeit der „palliativen Maßnahme“ anstelle der „schmerzlindernden Medikation“, s. dazu sogleich in E. I. 2. b).

⁶³ Die vormalig noch übliche Unterscheidung zwischen strafbarer aktiver und strafloser

gende Zustimmung stößt, ist die rechtliche Einordnung umstritten – vorgeschlagen werden Lösungen auf Tatbestandsebene ebenso wie die Annahme einer rechtfertigenden Einwilligung oder eines Notstands nach § 34 StGB.⁶⁴

a) Der Behandlungsabbruch

In einer Grundsatzentscheidung im Jahr 2010 legte der BGH die Voraussetzungen für einen straflosen Behandlungsabbruch angesichts des mittlerweile in Kraft getretenen Patientenverfügungsgesetzes⁶⁵ unabhängig von einer Einordnung des Verhaltens als Tun oder Unterlassen einheitlich fest; der Oberbegriff des Behandlungsabbruchs wurde als normativ-wertender Begriff neu gefasst. Sterbehilfe durch einen Behandlungsabbruch ist danach gerechtfertigt, „wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.“⁶⁶ Voraussetzung ist, dass die jeweilige (unterlassene oder abgebrochene) Maßnahme zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist, also eine objektive Behandlungsbezogenheit besteht.⁶⁷ Vornehmen dürften den Behandlungsabbruch nicht nur die behandelnden Ärzt*innen, Betreuer*innen und Bevollmächtigte, sondern auch Dritte, die als von den genannten Personen für die Behandlung oder Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden.⁶⁸ In diesen Fällen sei ausnahmsweise eine rechtfertigende (auch mutmaßliche) Einwilligung möglich.⁶⁹ In der Literatur hingegen wird von manchen ein Ausschluss auf Tatbestandsebene⁷⁰ vorgeschlagen, von anderen eine Anwendung des § 34 StGB.⁷¹

passiver Sterbehilfe und die damit erforderliche Konstruktion des „Unterlassen durch Tun“ wurde in BGHSt 55, 191 ausdrücklich aufgegeben.

⁶⁴ Für einen Überblick s. *Berghäuser*, ZStW 2016, 741, 751 ff. zur indirekten Sterbehilfe, sowie 756 f. für den Behandlungsabbruch; *Dreier*, JZ 2007, 317, 321 ff.; *Otto*, NJW 2006, 2217, 2218 ff.; *Rosenau*, in: FS Roxin II, 577, 582 ff.

⁶⁵ BGBl. I, 2286.

⁶⁶ BGHSt 55, 191 (amtl. Leitsatz 1).

⁶⁷ BGHSt 55, 191, 204; Im Ergebnis zustimmend *Gaede*, NJW 2010, 2925.

⁶⁸ BGHSt 55, 191, 205 f.

⁶⁹ BGHSt 55, 191, 206. Das maßgebliche Abstellen auf die Patientenautonomie wird von MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 125 als „überragende[r] Stellenwert dieses Urteils“ bezeichnet; kritisch zur Lösung über die rechtfertigende Einwilligung aber *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, § 2 Rn. 150.

⁷⁰ *Dreier*, JZ 2007, 317, 322 f.; *Gaede*, NJW 2010, 2925, 2927 f.; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 284 ff.; *Roxin*, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 95; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 119.

⁷¹ *Bosch*, JA 2010, 908, 911; *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 311 f.

b) Die indirekte aktive Sterbehilfe

Die indirekte aktive Sterbehilfe betrifft die mögliche Lebensverkürzung als nicht intendierte, aber in Kauf genommene Nebenfolge einer ärztlich gebotenen schmerzlindernden Medikation. Sie hat gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Patient*innenwillen zu erfolgen. Nicht eindeutig geklärt ist, in welchem Stadium der Erkrankung eine solche Maßnahme zugelassen wird. Während der 3. Strafsenat des BGH 1996 noch von der Person des „Sterbenden“ sprach,⁷² stellte der 5. Strafsenat 2001 auf den „tödlich Kranken“ ab.⁷³ Letzteres ist auch überzeugend. Es ist nicht zu erklären, warum Schmerzpatient*innen in einem früheren Stadium der Erkrankung die lindernde Medikation vorenthalten werden sollte.⁷⁴ Ebenfalls nicht eindeutig geht aus den bisherigen Entscheidungen hervor, ob lediglich eine schmerzlindernde, oder auch eine sonstige Leiden lindernde Therapie für zulässig gehalten wird. Die beiden soeben genannten Entscheidungen benennen lediglich eine schmerzlindernde Medikation, wohingegen der BGH in der Grundsatzentscheidung zum Behandlungsabbruch in Bezug auf die Rechtfertigung der indirekten Sterbehilfe allgemeiner von einer „palliativen Maßnahme“⁷⁵ spricht. Das legt die Einbeziehung auch sonstiger leidensmindernder Maßnahmen nahe.⁷⁶

Für die rechtliche Behandlung der indirekten aktiven Sterbehilfe wird ganz überwiegend eine Rechtfertigung nach § 34 StGB befürwortet,⁷⁷ so zunächst auch durch den BGH.⁷⁸ In der bereits genannten Grundsatzentscheidung zum Behandlungsabbruch führte der 2. Strafsenat allerdings aus, auch die indirekte aktive Sterbehilfe sei von einer rechtfertigenden Einwilligung gedeckt.⁷⁹ Ob die Entscheidung von früheren tragenden Entscheidungen anderer Senate abweiche,

⁷² BGHSt 42, 301, 305.

⁷³ BGHSt 46, 279, 285.

⁷⁴ Schönke/Schröder-Eser/*Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 26a; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, Vor §§ 211–217 Rn. 56; *Otto*, NJW 2006, 2217, 2221; *Roxin*, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 89; *MüKo-Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 104.

⁷⁵ BGHSt 55, 191, 204.

⁷⁶ Für eine Anwendung auf „Leidenszustände“ s. bereits *Baumann u.a.* (Hrsg.), Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, § 214a Anm. 4; s. ferner *Otto*, NJW 2006, 2217, 2221; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 274; Schönke/Schröder-Eser/*Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 26a; *Roxin*, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 89 f.

⁷⁷ *R. Merkel*, Frühethanasie, 155; *Otto*, NJW 2006, 2217, 2221; *LK-Rosenau*, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 42; *Roxin*, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 87 f.; *MüKo-Schneider*, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 109; für eine Kombination aus § 34 StGB und (ggf. mutmaßlicher) Einwilligung s. Schönke/Schröder-Eser/*Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 26.

⁷⁸ BGHSt 46, 279, 285; nicht ganz eindeutig in BGHSt 42, 301, 305.

⁷⁹ BGHSt 55, 191, 202 f.; so auch *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, Vor §§ 211–217 Rn. 56; im Ergebnis zustimmend *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 272 f.

könne dahinstehen, da der Senat nun auf Grundlage der neuen §§ 1901a ff. BGB zu entscheiden gehabt habe.⁸⁰ Gegen die Annahme einer rechtfertigenden Einwilligung wird allerdings vorgebracht, dass sie mit der Existenz des § 216 StGB nur schwerlich zu vereinbaren sei.⁸¹ Das lässt sich in der Tat kaum bestreiten, handelt es sich doch um eine vorsätzliche⁸² Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges, für die § 216 StGB gerade eine Einwilligungssperre vorsieht. Die Kollision der verschiedenen Interessen – das (ärztliche) Interesse an der längstmöglichen Lebenserhaltung einerseits, das Patient*inneninteresse an der schmerzlin-dernden Therapie andererseits – spricht eher für eine notstandstypische Abwägung im Rahmen des § 34 StGB,⁸³ in welche allerdings Elemente der Einwilligung einfließen: Schließlich ist maßgebliches Kriterium für die Abwägung der (mutmaßliche) Patient*innenwille.⁸⁴ Andere wiederum wollen bereits die objektive Zurechnung aufgrund sozialadäquaten Verhaltens ausschließen.⁸⁵

c) Weitere Anwendungsfälle des § 34 StGB

Für eng umgrenzte Härtefälle, in denen schwerstkranke und massive Schmerzen leidende Personen zur Selbsttötung nicht in der Lage sind, wird von Manchen darüber hinaus die Anwendung des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB auch auf Fälle sogenannter direkter Sterbehilfe erwogen.⁸⁶ Vergleichsweise weit-

⁸⁰ BGHSt 55, 191, 206.

⁸¹ Dreier, JZ 2007, 317, 322; R. Merkel, Früheuthanasie, 155; LK-Rosenau, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 42; ders., in: FS Roxin II, 577, 583; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 109: „kaum zu überwindende Spannungslage“.

⁸² Zur Einbeziehung auch des dolus directus 2. Grades Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. Rn. 26a; Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 275; G. Merkel, Behandlungsabbruch und Lebensschutz, 229; Otto, NJW 2006, 2217, 2221; s. aber auch R. Merkel, Früheuthanasie, 166 ff., der sich ausführlich mit dem vielfach vorgenommenen Ausschluss des dolus directus 1. Grades auseinandersetzt und zu dem Schluss kommt, dass eine solche Einschränkung des § 34 StGB nicht zu begründen sei, s. a.a.O., 195 ff.; gegen eine Differenzierung auch Kubiciel, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 226 f.; LK-Rosenau, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 43; ders., in: FS Roxin II, 577, 578.

⁸³ Roxin, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 87 f.; MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 109; vgl. aber auch a.a.O. Rn. 111: „keine Ideallösung“; für eine analoge Anwendung des § 34 StGB Rosenau, in: FS Roxin II, 577, 584; gegen die Anwendbarkeit von § 34 StGB aber Herzberg, NJW 1996, 3043, 3048 mit dem Argument, in diesen Fällen fehle es bereits an einer Interessenkollision, da auf Eingriffsseite kein Interesse vorzufinden sei; dagegen Roxin, in: ders./Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 88.

⁸⁴ Roxin, in: Ders/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 75, 87 f.; vgl. ferner R. Merkel, Früheuthanasie, 158 ff.

⁸⁵ Herzberg, NJW 1996, 3043, 3048 f.; dagegen LK-Rosenau, StGB, Band 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 45; ders., in: FS Roxin II, 577, 582.

⁸⁶ Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 15a; Herzberg, NJW 1996, 3043, 3047; Kubiciel, JZ 2009, 600, 607; Rosenau, in: FS Roxin II, 577, 590;

gehend ist die Forderung *Grischa Merkels*, § 34 StGB ausgehend von verfassungsrechtlichen Erwägungen zur Gewährleistung des Rechts jeder Person, zu sterben, auf Fälle anzuwenden, in denen die sterbewillige Person den Tod eigenhändig nicht herbeiführen kann, das zur Tötung verwendete Mittel unter Einbeziehung des Willens der sterbewilligen Person ein möglichst schnelles und schmerzfreies Sterben ermöglicht und die Tötungshandlung angemessen ist, insbesondere den Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde unangetastet lässt.⁸⁷ Es bleibt aber auch hierbei bei einer Ausnahme für bestimmte Härtefälle bei grundsätzlicher Anerkennung des Verbots einvernehmlicher Fremdtötungen.

d) Zusammenfassung

Die Fälle der straflosen Sterbehilfe erfordern allesamt das Vorliegen besonderer äußerer Umstände in Form besonderer Leiden und Krankheitszustände. Erst wenn diese vorliegen, ist der Raum für eine Orientierung an der Patient*innenautonomie eröffnet. Die Fälle des Behandlungsabbruchs ermöglichen insofern nicht mehr als das „Laufenlassen“ des natürlichen Sterbevorgangs; die Fälle der indirekten Sterbehilfe erlauben zwar eine aktive Fremdtötung, dies allerdings nur als nichtintendierte Nebenfolge einer schmerz- oder sonstigen leidmindernden Therapie. Intendierte Fremdtötungen können, selbst wenn man die Anwendbarkeit des § 34 StGB nicht pauschal ablehnt, nur in besonderen Ausnahmesituationen gerechtfertigt sein. Der bloße Wunsch der Lebensbeendigung kann angesichts des § 216 StGB niemals ausreichen, um zu einem wesentlichen Überwiegen des Interesses zur Lebensbeendigung im Rahmen des § 34 StGB zu führen, da ansonsten die Einwilligungssperre des § 216 StGB vollends wirkungslos wäre. Der Anwendungsbereich des § 34 StGB bleibt damit besonderen Härtefällen vorbehalten.

3. Beurteilung des verbleibenden Anwendungsbereichs

Die bisher in Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien zur Suizidbeihilfe einerseits und zur Sterbehilfe andererseits sind nicht in der Lage, dem Grundsatz der Selbstbestimmung und Verfügungsfreiheit auch in Bezug auf das Rechtsgut Leben hinreichend Rechnung zu tragen. Für die Ausklammerung der genannten Härtefälle aus dem Bereich des Strafbaren gibt es gute, auch verfassungsrechtliche Gründe.⁸⁸ Diese ergeben sich aber letztlich aus

MüKo-Schneider, StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 61; vgl. auch E. Fischer, Recht auf Sterben?, 249 ff., die über eine Anwendung des § 34 StGB das Holländische Modell der aktiven Sterbehilfe in das deutsche Regelungssystem überträgt; gegen eine Anwendbarkeit auf intrapersonale Interessenskollisionen aber Engländer, GA 2010, 15 ff., 25; für eine staatliche Verpflichtung, für solche Härtefälle eine grundrechtskonforme Ausnahme vom Verbot der aktiven direkten Sterbehilfe zu schaffen s. Lindner, JZ 2006, 373, 381.

⁸⁷ G. Merkel, Behandlungsabbruch und Lebensschutz, 247 ff.

⁸⁸ Hufen, NJW 2001, 849, 855 f.

einer Abwägung im Rahmen der Verbotsnorm: Diese darf nicht so ausgestaltet werden, dass einzelnen Personen das Recht auf selbstbestimmtes Sterben faktisch unmöglich gemacht wird.⁸⁹ Härtefallausnahmen sind insofern typische Ergebnisse von Abwägungsprozessen. In Bezug auf die Sanktionsnorm und den Grundrechtseingriff durch das staatliche Fremdbild sozialschädlichen Verhaltens kann aber auch das Ausklammern von Härtefällen über eine verfassungskonforme Auslegung des § 216 StGB oder durch die Anwendung des § 34 StGB den grundsätzlichen Widerspruch zwischen sozialem Unwerturteil und selbstbestimmten Schädigungshandlungen (auch unter Einbeziehung Dritter) nicht auflösen. Ausgehend von der Rechtfertigungsbedürftigkeit des sozialem Unwerturteils als eigenständiger Grundrechtseingriff kann es nicht um die Frage gehen, ob es zumutbar ist, die von dem Unwerturteil erfassten Verhaltensweisen zu vermeiden. Stattdessen müssen die vom typisierten Unrechtstatbestand erfassten Verhaltensweisen selbst das staatliche Fremdbild tragen. Selbstbestimmung ist zudem gerade nicht begrenzt auf bestimmte vorgegebene Beweggründe oder Umstände.⁹⁰

Nach den hier aufgestellten Maßstäben ist die Sanktionsnorm des § 216 StGB daher verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Der unmittelbare Individualschutz kann im Hinblick auf das Rechtsgut Leben das sozialem Unwerturteil der Fremdtötung nicht tragen, soweit hierüber selbstbestimmt verfügt wurde. Eine solche harte paternalistische Erwägung kann zur Rechtfertigung des Fremdbilds sozialschädlichen Verhaltens nicht herangezogen werden.⁹¹ Eine Einordnung des Verlangens als freiverantwortlicher Willensentschluss ist aber gerade Voraussetzung für die Anwendung des § 216 StGB. Die Einordnung des Rechtsguts Leben als unverfügbar ist nicht überzeugend. Die individuelle Menschenwürde lässt sich gegen selbstbestimmte Verhaltensweisen nicht vorbringen.⁹² Eine vermeintliche Absolutheit des Lebensschutzes eignet sich schon angesichts der zahlreichen Ausnahmen nicht, um § 216 StGB in seiner Gesamtheit zu begründen.⁹³ Vielmehr erfasst grundrechtlich gesicherte Selbstbestimmung auch das subjektive Recht auf das Beenden des eigenen Lebens. Auch Selbsttötungen sind nicht lediglich straflos, sie sind Teil eines grundrechtlich geschützten, subjektiven Rechts. Gleiches gilt für die Einbeziehung hierzu bereiter Dritter.⁹⁴ Die Differenzierung nach Tatherrschaftskriterien wird dem nicht gerecht.⁹⁵

Das Abstellen auf Allgemeingüter kann das sozialem Unwerturteil ebenfalls nicht rechtfertigen. Gleiches gilt für ein vermeintliches Fremdtötungstabu.

⁸⁹ BVerfGE 153, 182, 288 f.

⁹⁰ S.o., D. III. 2. c) bb) (3) (c), 145.

⁹¹ *Tenthoff*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 125.

⁹² D. III. 2. c) bb) (3) (b).

⁹³ D. III. 2. c) bb) (3) (d), insbes. 148 f.

⁹⁴ D. III. 2. c) bb) (2) (a).

⁹⁵ Vgl. *Rosenau*, in: FS Roxin II, 577, 582.

Gesellschaftliche Tabus können für sich genommen kein sozialetisches Unwerturteil rechtfertigen.⁹⁶ Weder aus der Unumkehrbarkeit des Vorgangs der Lebensbeendigung und damit zusammenhängenden Beweis- und Missbrauchsrisiken noch aus der Bedeutsamkeit des Rechtsguts selbst lassen sich hinreichende Argumente für eine Ausnahme von diesem Grundsatz herleiten.⁹⁷

Ebenso unzulässig ist das Argument, durch die Bestätigung eines Fremdtötungstabus werde die Psyche der dritten Person geschützt, welche die Tötungshandlung ausführt, zumal diese Person keine eigenen Höchstwerte realisiere.⁹⁸ Auch dieses Argument geht von einem unzulässigen harten direkten Paternalismus aus,⁹⁹ dass nämlich eine mündige Person vor den selbstschädigenden Konsequenzen ihrer eigenen Willensentschlüsse zu schützen sei.

Damit bleibt zur Rechtfertigung allein der weich-paternalistische Ansatz zum Schutz der Autonomie der sterbewilligen Person. Der vollständige Autonomieausschluss ist für diesen Zweck allerdings nicht erforderlich. Ein milderer Mittel wäre die tatbestandliche Orientierung an typisierenden gefahr begründenden Umständen. Diese können sich aus Verhaltensweisen wie der Beeinflussung des Willensbildungsprozesses ergeben, oder aus dem Missbrauch bestimmter Machtungleichheiten. Die Eigenhändigkeit der Tötungshandlung hingegen lässt sich nicht als taugliches Kriterium zur Sicherstellung selbstbestimmter Verhaltensweisen heranziehen.¹⁰⁰

§ 216 StGB ist indes in seiner derzeitigen Ausgestaltung ersichtlich nicht auf Autonomiegefahren zugeschnitten. Das sozialetische Unwerturteil betrifft stattdessen durch die tatbestandliche Ausgestaltung („ausdrückliches und ernstliches Verlangen“, „bestimmt worden ist“) im Kern selbstbestimmte Verhaltensweisen. Dies ist mit den hier aufgestellten Maßstäben nicht zu vereinbaren. Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB ist daher in ihrer umfassenden Ausgestaltung verfassungswidrig.

⁹⁶ D. III. 2. c) aa) (3) (a).

⁹⁷ D. III. 2. c) bb) (3) (d).

⁹⁸ So aber *von der Pfordten*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 193, 199.

⁹⁹ *Kienzerle*, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 348 f.; *Neumann*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 245, 248.

¹⁰⁰ *Rosenau*, in: *FS Roxin II*, 577, 582; daran zweifelnd, dass das Kriterium der Eigenhändigkeit den Unterschied zwischen Straflosigkeit und fünf Jahre Freiheitsstrafe legitimieren könne, *Fischer*, *StGB*, 70. Aufl. 2023, § 216 Rn. 3a.

II. Doppelehe und doppelte Lebenspartnerschaft (§ 172 StGB)

Das Verbot der Doppelehe nach § 172 StGB wurde über 14 Jahre nach Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft (und nicht einmal zwei Jahre vor ihrer Ablösung durch die „Ehe für alle“ im Jahr 2017¹⁰¹) durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner vom 20. November 2015¹⁰² um die Erklärung ergänzt, eine eingetragene Lebenspartnerschaft bei bereits bestehender Ehe oder Lebenspartnerschaft führen zu wollen.¹⁰³ Strafbar nach § 172 StGB ist nicht nur, wer bereits in einer Ehe oder Lebenspartnerschaft lebt und eine weitere schließt bzw. führen zu wollen erklärt, sondern auch, wer selbst ohne Ehe- oder Lebenspartner*in ist, aber eine Ehe oder Lebenspartnerschaft mit einer Person schließt bzw. führen zu wollen erklärt, die ihrerseits bereits verheiratet oder verpartnert ist. Die Zustimmung aller Beteiligten wirkt sich auf die Strafbarkeit nicht aus.

Die Unterscheidung der Tathandlungen in Bezug auf Ehe und Lebenspartnerschaft – das Schließen der Ehe einerseits, das Erklären, eine Lebenspartnerschaft führen zu wollen andererseits – erklärt sich daraus, dass die entgegen dem Eheverbot nach § 1306 BGB geschlossene Ehe zivilrechtlich wirksam, aber gem. § 1314 I Nr. 2 BGB mit Wirkung ex nunc (§ 1318 II BGB, in entsprechender Anwendung der Scheidungsvorschriften §§ 1569 bis 1586b BGB) aufhebbar ist, während die Lebenspartnerschaft nach § 1 III Nr. 1 LPartG a.F. bei bereits bestehender Ehe oder Lebenspartnerschaft gar nicht erst wirksam geschlossen werden konnte.¹⁰⁴

Soweit also § 172 StGB als Zustandsdelikt eingeordnet wird,¹⁰⁵ ist dies nur im Hinblick auf die Eheschließung überzeugend. Der Unrechtsgehalt des § 172 S. 1 Nr. 2, S. 2 Alt. 2 StGB kann sich für diese Fälle allein auf die Erklärung stützen, eine Lebenspartnerschaft führen zu wollen; im Hinblick auf die Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustands stellt die Strafbarkeit der Erklärung, eine Lebenspartnerschaft führen zu wollen, eine besondere Form des untauglichen Versuchs dar.¹⁰⁶ Diesen unter Strafe zu stellen, ist mit Blick auf den erfassten Unrechtsgehalt immerhin wertungswidersprüchlich im Vergleich zur Doppelehe, da der Ver-

¹⁰¹ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017, in Kraft getreten am 1. Oktober 2017 (BGBl. I, 2787).

¹⁰² BGBl. I, 2010.

¹⁰³ Zur Gesetzeshistorie s. *Schramm*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 4, § 27 Rn. 59.

¹⁰⁴ Matt/Renzikowski-Kuhli, StGB, 2. Aufl. 2020, § 172 Rn. 1.

¹⁰⁵ Schönke/Schröder-Boschl/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl. 2019, § 172 Rn. 7; NK-Frommel, StGB, 5. Aufl. 2017, § 172 Rn. 3; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 172 Rn. 6; Matt/Renzikowski-Kuhli, StGB, 2. Aufl. 2020, § 172 Rn. 1.

¹⁰⁶ Schönke/Schröder-Boschl/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl. 2019, § 172 Rn. 7.

such des § 172 StGB nicht strafbar ist.¹⁰⁷ Letztlich geht die tatbestandliche Erfassung der Erklärung, eine Lebenspartnerschaft führen zu wollen, sogar über die Konstellation eines untauglichen Versuchs hinaus, da ein Auseinanderfallen von Vorstellung und Sachverhalt gar nicht erforderlich ist; selbst bei Kenntnis der Unmöglichkeit, eine wirksame zweite Lebenspartnerschaft einzugehen, ist eine entsprechende Erklärung von § 172 StGB erfasst. Auf die Reichweite der Strafbarkeit wirkt sich dieser Unterschied zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft gleichwohl nicht aus, da auch im Falle der Eheschließung das Delikt mit Abgabe der erforderlichen Erklärungen zugleich voll- und beendet ist.¹⁰⁸ Seit dem 1. Oktober 2017 können aufgrund der Einführung der Ehe für Alle keine Lebenspartnerschaften mehr begründet werden (§ 1 S. 1 LPartG), sodass dieser Form der Tatbestandsbegehung abgesehen von der Anwendung auf „Altfälle“ keine Bedeutung mehr zukommt – auch hier dürfte § 172 S. 1 Nr. 2, S. 2 Alt. 2 StGB angesichts der Verjährungszeit von drei Jahren nach § 78 III Nr. 5 StGB nur noch auf absolute Ausnahmefälle, nämlich bei mehrjährigem Ruhen der Verjährung, überhaupt zur Anwendung kommen.¹⁰⁹

Als Schutzgut des § 172 StGB wird überwiegend die auf dem Grundsatz der Einehe beruhende staatliche Eheordnung angegeben.¹¹⁰ Vor dem Hintergrund wandelnder gesellschaftlicher Moralvorstellungen und nicht zuletzt der staatlichen Eheordnung selbst, wie durch die Einführung der „Ehe für alle“ deutlich wurde, wird die strafrechtliche Schutzwürdigkeit dieser Ordnung durchaus infrage gestellt.¹¹¹ *Frommel* will den strafrechtlichen Schutz des § 172 StGB aus diesem Grund auf die gegenseitigen Rechtsansprüche der (ggf. ehemaligen) Ehe- bzw. Lebenspartner*innen begrenzen.¹¹² *De lege lata* stößt eine solche Auslegung allerdings an die Grenzen des offensichtlich gegenläufigen gesetzgeberischen Willens: Die Tatbestandsverwirklichung durch Abgabe der rechtsfolgenlosen Erklärung, eine doppelte Lebenspartnerschaft führen zu wollen, wäre in diesem Fall stets ausgeschlossen und ihre Einführung insofern überflüssig gewesen.

¹⁰⁷ Kritisch im Hinblick auf die Unmöglichkeit im Falle der Lebenspartnerschaft, einen rechtswidrigen Zustand herbeizuführen auch *Schönke/Schröder-Bosch/Schittenhelm*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 172 Rn. 1.

¹⁰⁸ *Schönke/Schröder-Bosch/Schittenhelm*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 172 Rn. 7.

¹⁰⁹ Anders in dem Fall einer bestehenden Lebenspartnerschaft und dem Eingehen einer weiteren Ehe: Hier sind aufgrund der weiterhin bestehenden Lebenspartnerschaften noch immer weitere Tatbegehungen möglich, s. *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, StGB, 30. Aufl. 2023, § 172 Rn. 1.

¹¹⁰ *Schönke/Schröder-Bosch/Schittenhelm*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 172 Rn. 1; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, StGB, 30. Aufl. 2023, § 172 Rn. 1; *Joecks/Jäger*, StGB, 13. Aufl. 2021, § 172 Rn. 1; *Matt/Renzikowski-Kuhli*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 172 Rn. 1; *MüKo-Ritscher*, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 172 Rn. 2; *Schramm*, JA 2013, 881, 884; *BeckOK-Ziegler*, StGB, Stand: 1.2.2023, § 172 Rn. 2.

¹¹¹ *NK-Frommel*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 172 Rn. 2; *MüKo-Ritscher*, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 172 Rn. 2.

¹¹² *NK-Frommel*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 172 Rn. 2.

1. *Der Schutz der einfachgesetzlichen staatlichen Eheordnung*

Eine einfachgesetzliche staatliche Ordnung mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen, kann für sich genommen den hier aufgestellten Maßstäben nicht genügen. Darin kommt unmittelbar nicht mehr als das generelle staatliche Interesse an der Verhinderung gesetzeswidriger Zustände zum Ausdruck. Diese Konstellation ist nicht anders zu beurteilen als die Sanktionierung verwaltungsrechtlicher Übertretungen: Anlass für die strafrechtliche Sanktionierung ist allein die einfachgesetzliche Normübertretung. Das genügt zur Rechtfertigung des strafrechtsspezifischen Unwerturteils indes nicht.¹¹³

Es kommt daher darauf an, ob sich hinter der staatlichen Festlegung auf die Einehe individuelle oder gesellschaftliche Interessen ausmachen lassen, die zu ihrem Schutz den Einsatz des Strafrechts rechtfertigen können. In Betracht kommen verschiedene Anknüpfungspunkte: zum einen der Schutz der Ehe als Institution im Hinblick auf den besonderen Schutzauftrag des Art. 6 I GG, zum anderen der Schutz der Einehe als eigenständiges materielles (individuelles oder gesellschaftliches) Interesse.

2. *Der Schutz des verfassungsrechtlichen Instituts der Ehe*

Die Ehe steht gem. Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Das könnte rechtfertigen, die Einehe unabhängig vom Willen der Eheleute als verfassungsrechtliches Institut zu schützen.¹¹⁴

Der Dogmatik des Art. 6 I GG werden drei verschiedene Schutz- bzw. Gewährleistungsdimensionen zugeschrieben: Danach enthält Art. 6 I GG zunächst ein Grundrecht im Sinne eines klassischen Abwehrrechts, eine Instituts- und eine wertentscheidende Grundsatznorm.¹¹⁵

Bereits der Begriff der Ehe wird unterschiedlich definiert; eine Legaldefinition enthält Art. 6 I GG nicht. Überwiegend wird Ehe verstanden als „Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft [...], begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen“¹¹⁶. Bemerkenswert ist an dieser Stelle der kürzlich ergangene Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 13 III Nr. 1 EGBGB in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017. In Abweichung von früheren Entschei-

¹¹³ D. III. 2. b).

¹¹⁴ So *Schramm*, JA 2013, 881, 884.

¹¹⁵ Von Münch/Kunig-Heiderhoff, GG, Band 1, 7. Aufl 2021, Art. 6 Rn. 44 ff.; Stern/Becker-Kotzur/Vasel, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 12.; Epping/Hillgruber-Uhle, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 1; *Steiner*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 108 Rn. 6.

¹¹⁶ BVerfGE 137, 273, 242; 105, 313, 345; s. auch Dreier-Brosius-Gersdorf, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 49.

dungen findet das Geschlecht der Eheleute darin keine Erwähnung mehr.¹¹⁷ Auch wenn eine explizite Auseinandersetzung mit den früheren Formulierungen ausgeblieben ist, so ist doch eine zufällige oder gar bedeutungslose Umformulierung unwahrscheinlich.

Nicht alle Begriffsbestandteile sind allerdings von der Institutsgarantie umfasst. Da Art. 6 I GG ein normgeprägtes Grundrecht ist, unterliegt es in Teilen der Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber.¹¹⁸ Auch die so konkretisierten Ausprägungen nehmen am grundrechtlichen Schutz des Art. 6 I GG teil.¹¹⁹ Die Institutsgarantie hingegen erfasst nur die unveränderlichen Strukturelemente – welche das sind, ist freilich umstritten.

So wird überwiegend auch die Verbindung von Mann und Frau als von der Institutsgarantie erfasst angesehen.¹²⁰ Zum Teil wird die Verschiedengeschlechtlichkeit der Lebensgemeinschaft für derart bedeutsam gehalten, dass die Öffnung der einfachgesetzlichen Eheordnung für gleichgeschlechtliche Paare als Verstoß gegen Art. 6 I GG in Form der Institutsgarantie beurteilt wird: Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften seien danach nicht nur nicht vom Schutz des Art. 6 I GG erfasst, sondern ihre einfachgesetzliche Ausgestaltung als Ehe verletze darüber hinaus ein aus Art. 6 I GG folgendes Abstandsgebot.¹²¹ Das Bundesverfassungsgericht hat einem solchen Abstandsgebot aber mittlerweile zu Recht eine explizite Absage erteilt.¹²² Im Gegenteil stellt es mittlerweile vergleichbare rechtlich verfasste Lebensgemeinschaften über die konsequente Anwendung von Art. 3 I GG unter ein Gleichstellungsgebot.¹²³ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei Annahme eines Abstandsgebots weder die Erklärung, eine doppelte Lebenspartnerschaft führen zu wollen, noch das tatsächliche Schließen einer doppelten gleichgeschlechtlichen (nur bürgerlichen, nicht aber verfassungsrechtlichen) Ehe die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 6 I GG berühren könnten. Im Gegenteil: Verstünde man § 172 StGB als Schutz der (Ein-)Ehe und die Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne wiederum exklusiv als Verbindung von Mann und Frau, wäre das Versagen eines vergleichbaren Schutzes für andere Formen der Lebensgemeinschaften gerade konse-

¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.2.2023 – 1 BvL 7/18 Rn. 109; für die Ausdehnung auf nach dem LPartG geschlossene Lebensgemeinschaften s. auch *Dreier-Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 53.

¹¹⁸ *Dreier-Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 49.

¹¹⁹ *Steiner*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 108 Rn. 9.

¹²⁰ So etwa noch BVerfGE 105, 313, 345; *Ipsen*, NVwZ 2017, 1096, 1097; *Schmidt*, NJW 2017, 2225, 2228; *Steiner*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 108 Rn. 9, 39.

¹²¹ *Ipsen*, NVwZ 2017, 1096, 1097; *Schmidt*, NJW 2017, 2225, 2228; *Steiner*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, § 108 Rn. 9, 39.

¹²² BVerfGE 105, 313, 350; zustimmend von Münch/Kunig-Heiderhoff, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 90; Stern/Becker-Kotzur/Vasel, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 31.

¹²³ BVerfGE 133, 59, 96; 133, 377, 410; so auch *Jestaedt*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 22 Rn. 40.

quent. Mit einem solchen exklusiven Begriffsverständnis würde der staatliche Schutz- oder Gewährleistungsauftrag durch das Eingehen einer hiervon wesensverschiedenen Lebensgemeinschaft (oder gar durch den untauglichen Versuch eines Eingehens) schon gar nicht tangiert. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können.“¹²⁴ § 172 StGB in seiner Gesamtheit mit dem Schutz der Institutsgarantie aus Art. 6 I GG zu begründen, ist daher widerspruchsfrei nur mit einem geschlechtsneutralen Ehebegriff möglich.¹²⁵

Ausgehend von dem Befund, dass gesellschaftliche Kollektive und Institutionen keinen Selbstzweck verfolgen,¹²⁶ ist es naheliegend, die Institutsgarantie auf diejenigen Elemente zu begrenzen, die auch für die gesellschaftliche Funktion von Ehen von Bedeutung sind. Die eheliche Gemeinschaft erfüllt als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft soziale Aufgaben, die die Solidargemeinschaft insofern entlasten.¹²⁷ Dies begründet ihren besonderen Schutz. Mit *Brosius-Gersdorf* ist daher die Institutsgarantie auf die hierfür erforderlichen Strukturelemente zu beschränken.¹²⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht führte kürzlich aus: „Zu den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien von Ehen gehört, dass es sich um eine rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten einhergehende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft handelt, die aufgrund eines jeweils freien Entschlusses durch die Eheschließung

¹²⁴ BVerfGE 105, 313, 347.

¹²⁵ Für eine Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in den Schutz des Art. 6 I GG Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 81 ff.; *dies.*, NJW 2015, 3557, 3558 ff.; *Bumke*, in: FS Schmidt, 155, 168; *Möller*, DÖV 2005, 64, 68 ff.; von Münch/Kunig-*Heiderhoff*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 59; von Mangoldt/Klein/Starck-*Robbers*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 47a; gegen die Verschiedengeschlechtlichkeit als Kernelement des Art. 6 I GG auch *Blome*, NVwZ 2017, 1658, 1660 ff.; vgl. ferner *Jestaedt*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 22 Rn. 40, der zwar die gleichgeschlechtliche Ehe nicht von Art. 6 I GG erfasst ansieht, gleichwohl einen vergleichbaren Schutz über Art. 3 I GG für die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennt; so auch BVerfGE 124, 199, 224 ff.; 133, 59, 96; 133, 377, 410; zuversichtlich im Hinblick auf einen entsprechenden Wandel in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur ausdrücklichen Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in den verfassungsrechtlichen Ehebegriff Stern/Becker-*Kotzur/Vasel*, GG, 3. Aufl. 2022, Rn. 38.

¹²⁶ S. oben D. III. c), 98; vgl. ferner *Bumke*, in: FS Schmidt, 155, 165 ff., 171.

¹²⁷ BVerfGE 133, 377, 410; Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 43; *Bumke*, in: FS Schmidt, 155, 159; *Röthel*, in: FS Schmidt, 173, 175; anders Epping/Hillgruber-*Uhle*, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 4, der die aus der Ehe „potentiell hervorgehende Familie“ als Grund für den besonderen Schutz aus Art. 6 I GG anführt. Hiergegen spricht aber die in Art. 6 I GG gerade in Abkehr zu Art. 119 I S. 1 WRV vorgenommene Entkopplung von Ehe und Familie. S. dazu Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 43 ff.; *dies.*, NJW 2015, 3557, 3559 ff.; *Jestaedt*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 22 Rn. 27 f.

¹²⁸ Dreier-*Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 78.

als formalisierten, nach außen erkennbaren Akt begründet wird.¹²⁹ Die gegenseitigen Einstandspflichten sind aber nicht auf das Konzept einer Einehe angewiesen. Stattdessen lassen sich diese Aufgaben gleichermaßen in konsensualen Mehrehen realisieren.

Auch aus dem Strukturelement der Gleichberechtigung lässt sich nicht auf ein Erstrecken der Institutsgarantie auf die Einehe schließen. Danach sind Regelungen ausgeschlossen, welche zu einer einseitigen Dominanz einer Eheperson führen würden.¹³⁰ Soweit angenommen wird, Mehrehen seien mit dem Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren,¹³¹ ist dies in der vorgetragenen Pauschalität nicht überzeugend.¹³² Dass sich strukturelle gesellschaftliche Hierarchien und Machtdimensionen auch in den sich unter diesen Gegebenheiten formenden Gemeinschaften wiederfinden, ist weder überraschend noch als Phänomen exklusiv bei Mehrehen zu verorten. Natürlich bilden sich Mehrehen in existierenden patriarchalen Gesellschaften nicht unabhängig von den bestehenden Strukturen. Das trifft aber gleichermaßen auf die Einehe zu. Obwohl die bürgerliche (Ein-)Ehe ihre explizit normative Prägung als patriarchale Ordnung überwunden hat,¹³³ so ist doch die gelebte Realität komplexer.¹³⁴ Als Grundlage für die Bewertung der Einehe als grundsätzlich gleichheitswidrig taugt sie aber ebenso wenig wie dies in Bezug auf die Mehrehe überzeugt. Nach diesem Verständnis der Institutsgarantie ist das Konzept der Einehe daher nicht von ihr umfasst.¹³⁵

Dem könnte man entgegen, dass das Konzept der Einehe zwar, wenn schon nicht von der Institutsgarantie, dann aber immerhin vom verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 I GG erfasst sei; schließlich hat der Gesetzgeber insofern von seiner Ausgestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Isoliert auf das Verbot der Doppelehe nach § 1306 BGB abzustellen greift allerdings zu kurz. Denn zur einfachgesetzlichen Eheordnung gehört auch § 1314 BGB und damit die Entschei-

¹²⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.2.2023 – 1 BvL 7/18 Rn. 114.

¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.2.2023 – 1 BvL 7/18 Rn. 114.

¹³¹ So etwa der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe des Freistaats Bayern, BR-Drs. 249/18; s. auch *Bumke*, in: FS Schmidt, 155, 168.

¹³² *Martens*, ZRP 2018, 242, 243.

¹³³ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, §16 Rn. 3; *Sacksofsky*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, §19 Rn. 109 ff.; *Wapler*, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, 33, 49.

¹³⁴ Zu den mittelbaren geschlechtsspezifischen Auswirkungen etwa des Ehegattensplittings s. *Sacksofsky*, NJW 2000, 1896 ff.; *Spangenberg/Färber/Späth*, DVBl. 2021, 196, 299 f.; *Wersig*, Der lange Schatten der Hausfrauenehe, 44 ff.; s. ferner *Röthel*, in: FS Schmidt, 174, 178 ff. zu zwar verschwiegenen, aber noch immer existierenden Rollenleitbildern.

¹³⁵ *Dreier-Brosius-Gersdorf*, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 79; anders aber von *Münch/Kunig-Heiderhoff*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 57; vgl. aber auch von *Mangoldt/Klein/Starck-Robbers*, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 42, der einen eherechtlichen Schutz für nach ausländischem Recht gültig geschlossene Mehrehen vorschlägt.

dung für die grundsätzliche Wirksamkeit der Zweitehe bis zu ihrer Aufhebung, zumal der Antrag auf Aufhebung durch die zuständige Verwaltungsbehörde nur im Regelfall vorgesehen ist: Nach § 1316 III S. 1 BGB soll die Behörde bei Verstößen gegen § 1306 BGB den Aufhebungsantragstellen, „wenn nicht die Aufhebung der Ehe für einen Ehegatten oder für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint.“ Auch die entgegen § 1306 BGB wirksam geschlossenen Ehen nehmen bis zu ihrer Aufhebung am Schutz des Art. 6 I GG teil.¹³⁶

3. *Der Schutz der Einehe als materielles gesellschaftliches Interesse*

Hinter dem Konzept der Einehe könnten aber unabhängig von ihrem verfassungsrechtlichen Rahmen gesellschaftliche sowie individuelle Interessen stehen, die einen strafrechtlichen Schutz rechtfertigen. Nicht in Betracht kommt dabei allerdings das einseitige Interesse am Fortbestand einer bestimmten, etwa der Erst-Ehe: Als wesentliches Strukturelement der Institutsgarantie gewährleistet die Freiwilligkeit auch die verfassungsrechtlich gebotene Möglichkeit, eine Ehe zu beenden.¹³⁷

a) *Gesellschaftliche Interessen*

Das gesellschaftliche Interesse am Konstrukt der (Ein-)Ehe wird überwiegend mit einer Entlastungsfunktion beschrieben, indem die Eheleute eine gegenseitige Verantwortungsgemeinschaft eingehen und die Solidargemeinschaft insofern von entsprechenden Verpflichtungen freihalten.¹³⁸ Dass sich dies für die Mehrehe nicht pauschal ausschließen lässt, wurde bereits ausgeführt. Allerdings gehen mit Ehen nicht nur staatliche Entlastungen einher. Erbrechtliche Ansprüche, Freibeträge, Steuervorteile, sowie aufenthaltsrechtliche Status können einerseits (steuer- und erbrechtliche) Ansprüche des Staates gegen die Eheleute mindern und andererseits Ansprüche derselben gegen den Staat begründen. Die Verantwortungsgemeinschaft der Ehe kann gerade durch die Institutsgarantie des Art. 6 I GG auch Spielräume des Staates verengen und Ressourcen binden. Das grundsätzliche staatliche Interesse, diese mit Gewährleistungsgarantien verknüpfte Form der Anerkennung auf überschaubare Konstellationen zu beschränken, ist nicht von der Hand zu weisen. Für die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Ehe als Einehe gem. § 1306 BGB mögen damit hinreichende Gründe bestehen. Das gilt aber nicht gleichermaßen für die Möglichkeit, dies auch strafrechtlich abzusichern. An dieser Stelle zeigt sich, dass das sozialetische Unwerturteil des

¹³⁶ Dreier-Brosius-Gersdorf, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 51 ff.

¹³⁷ Dreier-Brosius-Gersdorf, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 65; von Mangoldt/Klein/Starck-Robbers, GG, Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 62; kritisch aber Stern/Becker-Kotzur/Vasel, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 24.

¹³⁸ S. dazu bereits die Nachweise in Abschnitt E., Fn. 127.

§ 172 StGB mit beiden möglichen Rechtsfolgen, der Unwirksamkeit der Lebenspartnerschaft einerseits, sowie der Wirksamkeit der Ehe bis zu ihrer Aufhebung andererseits, in Konflikt gerät:

Die gesetzliche Unmöglichkeit, eine zweite Lebenspartnerschaft einzugehen (§ 1 III Nr. 1 LPartG a.F.), schließt den rechtswidrigen Zustand von vornherein aus. Lässt sich bereits die grundsätzliche Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs in Zweifel ziehen,¹³⁹ so tritt die Widersprüchlichkeit zum sozialemischen Unwerturteil bei der tatbestandlichen Ausgestaltung des § 172 S. 1 Nr. 2 StGB deutlich zu Tage: Jedes Erfolgsonrecht ist mangels Rechtswirkung der Erklärung vorn Vornherein ausgeschlossen. Insofern ist die Situation anders zu bewerten, anders als etwa im Falle des § 176 I Nr. 3, III S. 2 StGB. Dort ist ebenfalls eine spezifische Form des untauglichen Versuchs geregelt, nämlich die Untauglichkeit, auf ein Kind durch pornografischen Inhalt einzuwirken, die daraus resultiert, dass es sich bei der anderen Person entgegen der Vorstellung des Täters nicht um ein Kind handelt. In diesen Fällen scheidet die Vollendung an zufälligen Umständen, die nicht der Kontrolle des Täters unterliegen. Das vom Täter vorgestellte Geschehen hingegen hätte auch das Erfolgsonrecht begründet; das Handlungsunrecht ist ungemindert. Das ist in den Fällen des § 172 S. 1 Nr. 2 StGB auch deshalb anders, weil für die Verwirklichung schon kein Irrtum erforderlich ist. Insofern unterscheidet sich die Konstellation sogar von der Erwägung des § 23 III StGB. Strafbar ist vielmehr auch, wer weiß, dass die Erklärung ohne Rechtswirkung bleibt. Bezieht sich aber eine komplette tatbestandliche Begehungsvariante auf ein Schutzgut, das durch das beschriebene Verhalten unabhängig von Zufälligkeiten niemals verletzt werden kann, so ist das sozialemische Unwerturteil in dieser Hinsicht mangels Geeignetheit nicht zu rechtfertigen.

Ungereimtheiten ergeben sich aber auch im Hinblick auf die gegenteilige Situation mit Blick auf das Schließen einer wirksamen, aber aufhebbaren Zweitehe. Dass die Möglichkeit wirksamer Zweitehen überhaupt besteht, entspricht der gesetzgeberischen Wertung des § 1314 BGB, nämlich der grundsätzlichen Wirksamkeit der Zweitehe bis zu ihrer Aufhebung. Der daraus resultierende Wertungswiderspruch ist nicht zu übersehen: Einerseits wird der rechtswidrige Zustand durch den Gesetzgeber nicht als derart untragbar eingeordnet, dass er um jeden Preis zu verhindern wäre, andererseits soll aber das Begründen des wirksamen Zustands mit der schärfsten staatlichen Sanktion belegt werden.

Allein dieser Umstand spricht dagegen, dass dem Zustand selbst eine sozial-schädliche Bedeutung zuzumessen ist, die ein sozialemisches Unwerturteil rechtfertigen könnte. Im Hinblick auf die gesellschaftlichen Interessen der Verhinderung von Mehrehen wäre es aber bereits ein milderes Mittel, der Zweitehe ex tunc die Wirksamkeit zu versagen und so entsprechende Belastungen des Staates gar nicht erst entstehen zu lassen. Damit lässt sich § 172 StGB mit gesellschaftlichen Interessen am Schutz des Konzepts der Einehe nicht rechtfertigen.

¹³⁹ Hirsch, in: FS Roxin I, 711, 720 ff.

b) Individualinteressen

Aus individueller Perspektive können Interessen gutgläubiger Eheleute durch das Eingehen weiterer Ehe berührt sein. Mit dem Eingehen der zweiten Ehe ist die zweifach verheiratete Person ggf. weiteren Unterhalts- und Sorgereverpflichtungen ausgesetzt, welche die bereits bestehenden Ansprüche sowohl der vorhandenen (Erst-)Ehepartner*innen sowie der gutgläubigen neuen Ehepartner*innen beeinträchtigen können. An dieser Stelle sind aber Einschränkungen zu machen. Erstens kann diese Perspektive kein schutzwürdiges Interesse für das strafrechtliche Verbot konsensualer Mehrehen begründen.¹⁴⁰ Zweitens können auch die danach verbleibenden schutzwürdigen Interessen nicht ohne Ansehung der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen beurteilt werden. Dazu im Einzelnen:

Aufgrund der *ex tunc* Unwirksamkeit einer zweiten Lebenspartnerschaft gem. § 1 III Nr. 1 LPartG a.F. sind konkurrierende Versorgungsansprüche weiterer Lebenspartner*innen von vornherein ausgeschlossen. Übrig bleibt allein ein Vertrauensschaden der gutgläubigen dritten Person, welche entgegen ihrer Vorstellung keine wirksame Lebenspartnerschaft führen kann.

Die Entscheidung für die Wirksamkeit einer aufhebbaren Zweitehe hingegen bringt potenzielle Interessenskollisionen der beteiligten Personen mit sich. So sieht sich die gutgläubige zweite Eheperson ggf. mit der Aufhebung der Zweitehe konfrontiert. Das Interesse am Fortbestehen einer bestimmten Ehe kann aber nicht mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden, da die Möglichkeit zur einseitigen Beendigung einer Ehe verfassungsrechtlich garantiert ist.¹⁴¹ Für gutgläubige Ehepartner*innen treten im Falle der Aufhebung gem. § 1318 II Nr. 1 BGB die Rechtsfolgen der Scheidung ein. Damit werden Erwartungen in Unterhalt- und Versorgungsansprüche angemessen berücksichtigt. Die Scheidungsfolgen halten für beendete Ehen einen interessensgerechten Ausgleich bereit. Der Vertrauensschutz der gutgläubigen Eheperson kann nicht über die Rechtsfolgen hinausgehen, die auch sonst bei Beendigung einer Ehe eintreten würden.

Das Eingehen einer wirksamen Zweitehe kann aber auch Interessen der ersten Eheperson beeinträchtigen. § 1316 I Nr. 1 BGB berücksichtigt dies, indem auch ihr das Antragsrecht zur Aufhebung der Zweitehe zugestanden wird. Durch das Eintreten der hierdurch ausgelösten Scheidungsfolgen in Bezug auf gutgläubige Ehepartner*innen der Zweitehe könnten zwar Ausgleichsansprüche entstehen, welche die entsprechenden Ansprüche der ersten Eheperson mindern könnten. Für derartige Konstellationen sieht § 1318 III, IV BGB immerhin eine besondere Berücksichtigung der Belange der ersten Eheperson vor, wodurch besondere Härten vermieden werden. Die zivilrechtlichen Vorschriften sehen für diesen Konfliktfall also ebenfalls einen angemessenen Interessensausgleich vor. Im Übrigen wäre es auch hier ein milderes Mittel, die Wirksamkeit der Zweitehe gesetzlich auszu-

¹⁴⁰ D. III. 2. c) bb) (2) (b).

¹⁴¹ S. die Nachweise in Abschnitt E., Fn. 137.

schließen und für gutgläubige Zweit-Ehepartner*innen, die entgegen ihrer Vorstellung eine Ehe nicht schließen konnten, Entschädigungspflichten bereitzuhalten.

4. Fazit zu § 172 StGB

Die Schwierigkeiten in der Erfassung schützenswerter Interessen im Rahmen des § 172 resultieren überwiegend aus der Besonderheit eines vollständig rechtlich konstituierten Rechtsguts. Ehe kann ausschließlich durch ihren rechtlichen Rahmen existieren: „Es existiert [...] kein Ort, an dem sich die Ehe außerhalb des Rechts, quasi als natürliches Phänomen beobachten lässt.“¹⁴² Individuelle Handlungen können die Ehe als solche daher überhaupt nur tangieren, soweit das Recht solche Einflussnahmen zulässt. Es ist aber gleichermaßen widersprüchlich, entweder rechtlich explizit zugelassene Konsequenzen oder aber den untauglichen Versuch einer rechtlich unmöglichen Einwirkung mit einem sozialetischen Unwerturteil zu belegen.

Ausgehend von den hier aufgestellten Maßstäben ist § 172 StGB zu erheblichen Teilen verfassungswidrig. Der Schutz der Einehe als Bestandteil der einfachgesetzlichen Eheordnung ist kein Interesse, dessen Beeinträchtigung ein sozialetisches Unwerturteil begründen kann. Die verfassungsrechtliche Dimension der Institutsgarantie führt zu keinem anderen Ergebnis.

Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, eine doppelte Lebenspartnerschaft einzugehen, ist im Hinblick auf das gesellschaftliche Interesse an der Verhinderung entsprechender Zustände mangels Wirksamkeit der Erklärung ungeeignet. Die Möglichkeit zweier nebeneinander existierender Ehen ist auf eine wertende Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen. Der Zweitehe die Wirksamkeit zu versagen, wäre ein milderer Mittel, sodass eine zusätzliche strafrechtliche Sanktionsnorm nicht erforderlich ist. Aber auch im Falle des Festhaltens an dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung der Wirksamkeit, aber Aufhebbarkeit wäre ein sozialetisches Unwerturteil im Hinblick auf diese Wertung unangemessen.

Damit kommen allein individualrechtliche Interessen für die Rechtfertigung des § 172 StGB in Betracht. Konsensuale Doppelehen und Lebenspartnerschaften können vor diesem Hintergrund nicht mit dem Vorwurf gesellschaftsschädlichen Verhaltens versehen werden. Für alle übrigen Konstellationen wäre es im Hinblick auf schützenswerte Individualinteressen der ersten Eheperson ein milderer Mittel, die Zweitehe ex tunc für unwirksam zu erklären. Im Übrigen spricht die gesetzliche Wertung der Wirksamkeit auch hier dafür, diese Risiken auch nicht für derart sozialschädlich zu befinden, dass ein sozialetisches Unwerturteil angemessen wäre. Übrig bleiben damit Vertrauensschäden gutgläubiger Zweit-ehepartner*innen, die allerdings auf das Maß der Scheidungsfolgen beschränkt

¹⁴² Bumke, in: FS Schmidt, 155, 159.

sind. Das einseitige Interesse am Bestand einer bestimmten Ehe hingegen ist mit dem Strukturelement der Freiwilligkeit nicht zu vereinbaren.

Die verbleibenden schützenswerten Individualinteressen resultieren aber letztlich nicht aus einem Unrechtsgehalt der Doppelehe, sondern aus der Täuschung einer Person über die Tatsache, eine Ehe ohne Aufhebungsgründe schließen zu können. Wollte man einen zulässigen Kern des § 172 StGB beibehalten, so wären diese Schutzzwecke sachgemäß über Betrugsdelikte zu adressieren.

III. Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB)

Nach § 184f StGB macht sich wegen Ausübung der verbotenen Prostitution strafbar, „[w]er einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, beharrlich zuwiderhandelt“.

§ 184f StGB ist ein Tätigkeitsdelikt.¹⁴³ Das Der-Prostitution-Nachgehen erfasst bereits den Vorgang des Anbahnens, das in seiner konkludenten Form sogar in dem „Sichanbieten, etwa durch Herumstehen oder bloßes Aufundabgehen“¹⁴⁴ erblickt wird. Schutzzweck der Vorschrift ist, entsprechend der Schutzrichtung der Rechtsverordnungen, der Schutz der Jugend sowie der Schutz des öffentlichen Anstands (Art. 297 I EGStGB) – letzteres überwiegend ausgelegt als Schutz der Allgemeinheit vor den mit der Ausübung von Prostitution verbundenen Belästigungen.¹⁴⁵ Damit geht es bei § 184f StGB um eine Form des Konfrontationsschutzes.¹⁴⁶ Da aber eine belästigende Wirkung oder gar eine Wahrnehmbarkeit durch Dritte zur Erfüllung des Tatbestands gar nicht erforderlich ist,¹⁴⁷ ist § 184f StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt einzuordnen.¹⁴⁸ Zuweilen wird diese Schutzrichtung aber auch bezweifelt und stattdessen die Sanktionierung von hartnäckigem Verwaltungsungehorsam als alleiniger Schutzzweck beschrie-

¹⁴³ MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 4.

¹⁴⁴ BVerfG, NStZ 1985, 131; s. dazu Lüderssen, StV 1985, 178 f.

¹⁴⁵ MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 2. Zum Teil wird das Interesse des Jugendschutzes auch ausgeblendet und nur auf den Schutz der Allgemeinheit vor belästigenden Auswirkungen der Prostitution abgestellt, s. Schönke/Schröder-Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 184f Rn. 1; Matt/Renzikowski-Eschelbach, StGB, 2. Aufl. 2020, § 184f Rn. 1.

¹⁴⁶ Matt/Renzikowski-Eschelbach, StGB, 2. Aufl. 2020, § 184f Rn. 1.

¹⁴⁷ BayObLGSt 1988, 107, 108; Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 184f Rn. 3; MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 24; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 4.

¹⁴⁸ MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 2; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 2.

ben.¹⁴⁹ Die vom BMJV eingesetzte Reformkommission fordert in ihrem 2017 vorgelegten Abschlussbericht die Streichung der Vorschrift.¹⁵⁰

Bezugspunkt der Strafbarkeit ist in der Tat ein Verstoß gegen ein verwaltungsrechtliches Verbot. Das reicht für sich genommen zum Erlass einer strafrechtlichen Sanktionsnorm nicht aus.¹⁵¹ Das strafbarkeitsbegründende Erfordernis eines beharrlichen Zuwiderhandelns – der einfache Verstoß begründet nach § 120 I OWiG lediglich eine Ordnungswidrigkeit – ändert nichts daran, dass damit zunächst einmal nur Verwaltungsungehorsam, wenngleich auch in einer hartnäckigen Form, beschrieben wird.¹⁵² Das gilt selbst dann, wenn man das beharrliche Zuwiderhandeln über ein quantitatives Element¹⁵³ hinaus mit der subjektiven Komponente einer besonderen Gesinnung in Form einer „gesteigerte[n] Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Verbot“¹⁵⁴ versieht, denn auch diese Gesinnung müsste sich nach dem hier vertretenen Ansatz zumindest auf einen legitimen Schutzzweck beziehen, der über das Übertreten einer Verbotsnorm hinausgeht.

Damit ist die Frage der Verfassungsgemäßheit aber noch nicht abschließend beantwortet. Entscheidend ist vielmehr, ob sich die strafrechtlich abgesicherte Verwaltungsnorm selbst auf Interessen stützen lässt, die den hier aufgestellten Anforderungen genügen.

Rechtsgrundlage für den Erlass entsprechender Rechtsverordnungen ist Art. 297 EGStGB. Für ein durch Rechtsverordnung zu erlassenes Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten nachzugehen, sind nach Art. 297 I EGStGB zwei Schutzzwecke vorgesehen: Der Schutz der Jugend, sowie der Schutz des öffentlichen Anstands. Im Hinblick auf den räumlichen Umfang des Verbots sieht Art. 297 I EGStGB drei Möglichkeiten vor: für das ganze Gebiet einer Gemeinde bis zu 50.000 Einwohner*innen (Nr. 1), für Teile des Gebiets oder eine Gemeinde über 20.000 Einwohner*innen (oder eines gemeindefreien Gebiets) (Nr. 2), sowie unabhängig von der Einwohner*innenzahl für bestimmte öffentliche oder einsehbare Orte (Nr. 3). Art. 297 I S. 2 EGStGB sieht ferner die Möglichkeit vor, das Verbot auf bestimmte Tageszeiten zu beschränken.

¹⁴⁹ LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 2; s. auch MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 2, die im Hinblick auf die Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Strafnorm äußert.

¹⁵⁰ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 209 f., 365; so auch Schönke/Schröder-Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 184f Rn. 1; Heger, StV 2003, 350, 355; kritisch im Hinblick auf die Ausgestaltung als Strafnorm auch Matt/Renzikowski-Eschelbach, StGB, 2. Aufl. 2020, § 184f Rn. 1; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 1; vgl. ferner Hanack, JR 1980, 434, 435.

¹⁵¹ S. dazu Abschnitt E. II. 2. c).

¹⁵² Heger, StV 2003, 350, 355; MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 2; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 2.

¹⁵³ Zur ausschließlichen Bestimmung über die Kriterien der Anzahl und des zeitlichen Abstands s. MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 5.

¹⁵⁴ Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 184f Rn. 5; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 6.

1. Der Schutz des öffentlichen Anstands

Der Schutz des öffentlichen Anstands ist schon im Hinblick auf den Zweck einer außerstrafrechtlichen Verbotsnorm fragwürdig¹⁵⁵ – das Bundesverfassungsgericht allerdings befand Art. 297 EGStGB im Jahr 2009 für formell und materiell verfassungsgemäß.¹⁵⁶

Art. 297 EGStGB¹⁵⁷ entstammt einer Zeit, in der Prostitution insgesamt als sittenwidrig angesehen wurde. Dieses Urteil lässt sich heute nicht mehr aufrechterhalten.¹⁵⁸ Der Gesetzgeber selbst hat mit dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) vom 20. Dezember 2001¹⁵⁹ und der gesetzlichen Regelung eines Entgeltanspruchs eine bewusste Abkehr von diesem Grundsatz eingeleitet.¹⁶⁰ Auch die Rechtsprechung geht überwiegend nicht mehr von einer grundsätzlichen Sittenwidrigkeit aus.¹⁶¹ Die zuletzt durch den 1. und 3. (und entgegen dem 5.¹⁶²) Strafsenat des BGH vertretene Auffassung, mit dem ProstG sei nicht die Einordnung als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB, sondern lediglich die daran geknüpfte Rechtsfolge geändert worden,¹⁶³ ist nicht überzeugend.¹⁶⁴ Aus den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich eine solche Einschränkung nicht entnehmen. Im Gegenteil – an verschiedener Stelle wird deutlich, dass insgesamt eine Abkehr von der Bewertung als sittenwidrig gewollt war.¹⁶⁵ Eine Streichung

¹⁵⁵ *Von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 126.

¹⁵⁶ BVerfG NVwZ 2009, 905; für die Unvereinbarkeit mit Art. 12 I GG aber *Gurlit/Oster*, GewArch 2006, 361, 363 ff.; zum ebenfalls angenommenen Verstoß gegen Art. 80 I S. 2 GG a.a.O., 362 f.

¹⁵⁷ Zur Entstehungsgeschichte s. *von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 124 f. Vorgängervorschrift des Art. 297 EGStGB war § 361 Nr. 6 lit. a RStGB, eingeführt durch das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18.2.1927, RGBl. I, 61, 63.

¹⁵⁸ VGH Mannheim NJOZ 2009, 2787, 2791 f.; zum verfassungsrechtlichen Rahmen s. *Schmidt*, KJ 2015, 159, 162 ff.; zur Abkehr vom „Sittenwidrigkeitsverdikt“ *Finger*, KJ 2007, 73, 77 ff.; *Gurlit/Oster*, GewArch 2006, 361, 365 f.

¹⁵⁹ BGBl. I, 3983; zur Entstehungsgeschichte des ProstG s. *Rautenberg*, NJW 2002, 650, 651 f.; *von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 1 ff.

¹⁶⁰ Zur Bedeutung des ProstG für die Frage der Sittenwidrigkeit s. *von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 12 f.

¹⁶¹ S. aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung VG Berlin, NJW 2001; BVerwG, NVwZ 2003, 603, 604; BVerwG, NVwZ 2009, 909; sowie aus dem Zivilrecht grundlegend BGHZ 168, 314, 319 m. zust. Anm. *Armbrüster*, JZ 2007, 479, 480; BGH, NJW 2008, 140, 141.

¹⁶² BGH NSStZ 2003, 533.

¹⁶³ 1. Strafsenat: NJW 2016, 2434, 2436 mit abl. Anm. *von Galen*; 3. Strafsenat: NSStZ 2015, 699, 700; NSStZ 2011, 278, 279; so auch *Jauernig-Mansel*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 138 Rn. 7.

¹⁶⁴ MüKo-Armbrüster, BGB, Band 1, 9. Aufl. 2021, ProstG § 1 Rn. 30 ff.; *ders.*, JZ 2007, 479, 480; *Dehner*, NJW 2002, 3747, 3748; *Finger*, KJ 2007, 73, 77 ff.; *Rautenberg*, NJW 2002, 650, 651; *Staudinger-Rieble*, BGB, Neubearbeitung 2021, ProstG Vorbemerkungen Rn. 12 f.; *von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 11 f., 19 f.

¹⁶⁵ BT-Drs. 14/5958, 4: „Diese Bewertung entspricht nicht mehr der heutigen Zeit [...]. Eine Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB auf diese Vereinbarung soll damit ausgeschlossen werden.“; BR-Drs. 817/01: „[I]m Lichte der Abschaffung der Sittenwidrigkeit der Prostitution“.

des Art. 297 EGStGB wurde zwar im Zusammenhang mit den Beratungen zum ProstG von der PDS-Fraktion vorgeschlagen,¹⁶⁶ konnte sich aber nicht durchsetzen.

Das Bundesverfassungsgericht betont allerdings im Hinblick auf Art. 297 EGStGB, dass mit dem Schutz des öffentlichen Anstands nicht die Wahrung einer allgemeinen Sittlichkeit bezweckt werde: „Verstanden als Norm, die allein der Durchsetzung von herrschenden Moralvorstellungen dient, wäre die Vorschrift in der Tat verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.“¹⁶⁷ Stattdessen schließt es sich der verwaltungsgerichtlichen Auslegung an, wonach durch die Vorschrift bezweckt werde, „das Zusammenleben der Menschen zu ordnen, soweit ihr Verhalten sozialrelevant sei, nach außen in Erscheinung trete und das Allgemeinwohl beeinträchtigen könne. Handlungen und Zustände, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben, könnten Belange des Allgemeinwohls insbesondere dann beeinträchtigen, wenn durch einen Öffentlichkeitsbezug andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollten, erheblich belästigt würden; dies gelte insbesondere für die Begleitumstände der Prostitution, die Dritte in schutzwürdigen Interessen berührten“.¹⁶⁸

Bemerkenswert ist, dass trotz der Bedeutung des Öffentlichkeitsbezugs in der Beschreibung des Schutzzwecks das Verbot selbst im Hinblick auf Erscheinungsformen mit äußerst geringem Sozialbezug wie die Wohnungsprostitution unbeanstandet bleibt. Dabei führt das Gericht „Belästigungen der Anwohner, milieubedingte Unruhe, das Ansprechen Unbeteiligter sowie das Anfahren und Abfahren der Freier“¹⁶⁹ als mögliche Begleiterscheinungen der Prostitution auf, die eine Sperrbezirksverordnung rechtfertigen könnten.¹⁷⁰ Allerdings geht das Gericht nicht davon aus, dass hierdurch konkrete Rechtspositionen der belästigten Allgemeinheit gefährdet würden: In Bezug auf die Möglichkeit, ordnungsrechtliche Regulierungen als milderer Mittel einzusetzen, stellt es fest, dass die Voraussetzungen in der Regel mangels durch Konfrontationen mit Prostitution entstehender Gefahren nicht erfüllt seien; sie seien daher kein geeigneter Ersatz für das Vorhaben des Art. 297 I EGStGB, Belästigungen schon unterhalb der Gefahrenschwelle zu verhindern.¹⁷¹

Damit wird deutlich, dass mit dem Schutz des öffentlichen Anstands nicht einmal eine abstrakte Gefahr für individuelle rechtlich anerkannte Interessen adressiert wird. Selbst die tatsächlich eingetretene Konfrontation mit Prostitution ist, auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, in der Regel

¹⁶⁶ BT-Drs. 14/4456, 3.

¹⁶⁷ BVerfG, NVwZ 2009, 905, 906.

¹⁶⁸ BVerfG NVwZ 2009, 905, 906 mit Verweis auf VGH Mannheim, Urt. v. 15.12.2008 – 1 S 2256/07, BeckRS 2008, 92006 (in der Entscheidung fälschlich angegeben mit BeckRS 2009, 31076).

¹⁶⁹ BVerfG NVwZ 2009, 905, 907 f.

¹⁷⁰ Darauf weist auch *Lembke*, in: dies. (Hrsg.), *Regulierung des Intimen*, 271, 279, hin.

¹⁷¹ BVerfG NVwZ 2009, 905, 908.

schon nicht zur Begründung einer Gefahr für geschützte Rechtspositionen geeignet. Unterhalb dieser Schwelle ist aber das harmonische Zusammenleben, ohne mit anderen Lebensentwürfen konfrontiert zu werden, nach den hier aufgestellten Maßstäben gerade kein Interesse, das mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden kann.¹⁷² Ein sozialetisches Unwerturteil lässt sich darauf nicht stützen. Wollte man besonders bedrängende oder aggressive Formen des Ansprechens potenzieller Kund*innen verhindern, ließe sich eine Strafnorm durchaus erwägen. In Betracht kommt in solchen Ausnahmefällen eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung der ungewollt einbezogenen Personen. Dann wäre aber insgesamt über die Einführung einer Strafnorm zum Schutz vor nichtkörperlicher sexueller Belästigung nachzudenken¹⁷³ – eine Sonderstrafbarkeit von Sexarbeiter*innen ließe sich im Hinblick auf Art. 3 I GG nicht rechtfertigen.

2. Der Schutz der Jugend

Jugendschutz ist ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen¹⁷⁴ und als solches im Hinblick auf die zuvor aufgestellten negativen Vorgaben für die mittels Strafnormen schützenswerte Zwecke nicht zu beanstanden. Verfassungsrang schreibt das Bundesverfassungsgericht dem Kinder- und Jugendschutz einerseits im Hinblick auf das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 II S. 1 GG,¹⁷⁵ andererseits im Hinblick auf ihr eigenes, nach Art. 1 I i. V. m. Art. 2 I GG geschütztes Recht auf Entfaltung der eigenen Persönlichkeit¹⁷⁶ zu.

Auch wenn mehr als fraglich ist, ob § 184f StGB neben § 184g StGB¹⁷⁷ – der expliziten Strafbarkeit jugendgefährdender Prostitution – tatsächlich den Schutz der Jugend intendiert, so ist doch zu prüfen, ob § 184f StGB vor dem Hintergrund des Jugendschutzes zu rechtfertigen ist. Die Frage, ob die Konfrontation mit

¹⁷² S. auch *Finger*, KJ 2007, 73, 80.

¹⁷³ Grundlegend zur Einordnung nichtkörperlicher Beeinträchtigungen der sexuellen Selbstbestimmung unter Heranziehung verfassungsrechtlicher und strafrechtsdogmatischer Dimensionen *Burghardt/Schmidt/Steinl*, JZ 2022, 502, 503 ff.; vgl. ferner *Schuchmann*, in: Januskiewicz/Post/Riegel/Scheideler/Treutlein (Hrsg.), *Geschlechterfragen im Recht*, 91, 118 f.

¹⁷⁴ BVerfGE 30, 336, 347 f.; 83, 130, 139.

¹⁷⁵ BVerfGE 83, 130, 139.

¹⁷⁶ BVerfGE 83, 130, 140.

¹⁷⁷ Bereits das Erfordernis dieser Strafnorm wird zurecht bezweifelt. Überzeugend ist insofern die Forderung der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, nicht nur § 184f StGB, sondern auch § 184g StGB zu streichen und stattdessen als Ordnungswidrigkeit auszugestalten, s. *BMJV* (Hrsg.), *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*, 209 ff., 365 f. Umstritten war allerdings, ob es neben einer Ordnungswidrigkeit mit dem Inhalt des § 184g StGB noch eine weitere im Hinblick auf den Inhalt des § 184f StGB bräuchte, a. a. O., 211; für eine Streichung auch *Gleß*, *Die Reglementierung der Prostitution in Deutschland*, 143 f.; für eine Einschränkung des strafrechtlichen Tatbestands *Heger*, *StV* 2003, 350, 355.

Prostitution überhaupt jugendgefährdende Effekte auszulösen vermag, ist eine Frage der Geeignetheit; sie ist aber nicht vornehmlich von der Rechtswissenschaft zu beantworten. Die Vorstellung, die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen sei durch völlige Abschirmung von bestimmten unerwünschten Erscheinungsformen von Sexualitäten zu schützen, erscheint zumindest zweifelhaft.¹⁷⁸ Auch lässt sich in der historischen Verwendung des Jugendschutzarguments ein Zusammenhang zu generellen Sittlichkeitserwägungen feststellen: So hob der BGH im Jahr 1959 auf Revision der Staatsanwaltschaft den Freispruch einer Friseurin auf, die vor ihrem Salon einen Kondomautomaten angebracht hatte. Angeklagt war sie wegen eines Vergehens nach § 184 I Nr. 3a StGB a.F. Danach machte sich strafbar, wer „in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten dienen, öffentlich ankündigt, anpreist oder solche Mittel oder Gegenstände an einem dem Publikum zugänglichen Orte ausstellt“. Das Landgericht München I war der Auffassung, ein derartiger öffentlicher Verkauf verletze nicht per se Sitte oder Anstand, sondern lediglich bei Hinzutreten besonderer Umstände.¹⁷⁹ Dem trat der BGH entgegen und stützte sich dazu u.a. auf die Wirkung, die ein solcher Verkauf auf Kinder und Jugendliche hätte:

„Denn auf solche Weise werden jene Mittel nicht bloß wie in einer Zeitschrift angekündigt oder wie in der Auslage eines Schaufensters ausgestellt, sondern vor aller Augen in den Verkehr gebracht. Eindeutig geschlechtsbezogene Dinge verlieren dadurch das Schamhafte und Peinliche, das ihnen besonders dann anhaftet, wenn sie (wie hier und häufig) zu nicht naturgemäßem Geschlechtsverkehr bestimmt sind. Sie erhalten so, zumal im Angebot neben Gegenständen des täglichen Gebrauchs, den Anschein des Unverfänglichen und Selbstverständlichen. Es muß namentlich bei Kindern und Jugendlichen alle Begriffe von Sitte und Anstand hoffnungslos verwirren und das Schamgefühl zuletzt zerstören.“¹⁸⁰

Auch das Bundesverfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung zu § 175 StGB a.F. zur Rechtfertigung der Strafbarkeit sexueller Handlungen zwischen Männern u.a. auf die Gefahren für Jugendliche ab.¹⁸¹ Da aber das Heranziehen bloßer Sittlichkeitserwägungen heutzutage zu Recht zunehmend kritisch beurteilt wird,¹⁸² bleibt oft nur noch das Abstellen auf den Jugendschutz. Damit steht das Heranziehen jugendschützender Argumente gerade im Bereich der Konfrontation mit abweichenden Sexualitäten und unter Hinweis auf äußerst vage Gefah-

¹⁷⁸ Kritisch auch *Gleß*, Die Reglementierung der Prostitution in Deutschland, 143 im Hinblick auf § 184b StGB a.F. (jugendgefährdende Prostitution), die eine – bisher unerfüllte – Darlegungslast bei dem Gesetzgeber sieht; *Gurlit/Oster*, GewArch 2006, 361, 368 f.

¹⁷⁹ S. die Darstellung in BGHSt 13, 16, 18.

¹⁸⁰ BGHSt 13, 16, 19.

¹⁸¹ BVerfGE 6, 398, 427, 437.

¹⁸² Vgl. oben 43 f. zur Schranke des Sittengesetzes; s. ferner BVerfG, NVwZ 2009, 905, 906, in Bezug auf Art. 297 EGStGB: „Verstanden als Norm, die allein der Durchsetzung von herrschenden Moralvorstellungen dient, wäre die Vorschrift in der Tat verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt“.

renzusammenhänge zumindest im Verdacht, auf diese Weise das unmittelbare Verwenden von Sittlichkeitserwägungen zu umgehen. Zur Gefahr für die Jugend scheint allzu leicht zu werden, was den eigenen Sittlichkeitsvorstellungen nicht entspricht.

Gleichwohl ist der erhebliche Beurteilungsspielraum der Gesetzgebung gerade im Hinblick auf die Einschätzung bestimmter Gefahrenzusammenhänge zu berücksichtigen. So betonte das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die jugendgefährdenden Aspekte von Pornografie, dass dieser Zusammenhang zwar wissenschaftlich nicht habe abschließend geklärt werden können, der gesetzgeberische Spielraum aber erst überschritten sei, wenn ein solcher Zusammenhang vernünftigerweise ausgeschlossen werden könne.¹⁸³ In Ermangelung entgegenstehender wissenschaftlicher Erkenntnisse dürfte die Annahme eines solchen Gefahrenzusammenhangs daher bis auf Weiteres noch von dem gesetzgeberischen Spielraum umfasst sein.¹⁸⁴

Bereits die Rechtsgrundlage des Art. 297 I EGStGB ist allerdings nicht in ihrem gesamten Umfang geeignet, den Schutz der Jugend zu fördern. Im Hinblick auf private abgelegene Örtlichkeiten, die vor Einsichtnahme geschützt sind, erscheint eine Konfrontation schon äußerst unwahrscheinlich, wenn nicht gar ausgeschlossen – umfasst ist schließlich auch das Verbot der Wohnungsprostitution.¹⁸⁵ In diesem Umfang sind sowohl die darauf gestützten Rechtsverordnungen als auch die darauf bezugnehmende Sanktionsnorm des § 184f StGB nicht geeignet, den Schutz der Jugend überhaupt zu fördern.¹⁸⁶ Darüber hinaus ist auch die Erforderlichkeit des weiten örtlichen Verbotsumfangs fraglich. „Milieubedingte Unruhen“ sind bereits bauplanungsrechtlich zu berücksichtigen.¹⁸⁷ Ein milderer Mittel wäre zudem, das Tätigkeitsverbot auf öffentliche oder einsehbare Orte im Sinne des Art. 297 I S. 1 Nr. 3 EGStGB zu begrenzen, oder aber – wie § 184g StGB es vorsieht – auf die Nähe zu besonderen Örtlichkeiten, die zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen bestimmt sind. Mag man an dieser Stelle noch entgegenen, dass eine solche Einschränkung wohl nicht gleichermaßen geeignet wäre, da auch an anderen Örtlichkeiten die Konfrontation mit Kindern

¹⁸³ BVerfGE 83, 130, 141 f.

¹⁸⁴ Zum generellen Spielraum der Gesetzgebung im Zusammenhang mit Prognosen s. bereits die Nachweise in Abschnitt C., Fn. 37; s. auch *Finger*, KJ 2007, 73, 79 f.; zur Schwierigkeit, entsprechende Thesen mit empirischen Studien zu untermauern s. auch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 417; s. aber auch *Schumann*, in: FS Lenckner, 565, 576 f., der den Zweck des Jugendschutzes von vornherein nur für zulässig hält, solange er sich weltanschaulich neutral verhält und an den grundlegenden grundgesetzlichen Wertentscheidungen orientiert. Jugendschützende Maßnahmen müssten sich daher darauf beschränken, „das Entstehen von Einstellungen zu verhindern, die dem von der Anerkennung der Menschenwürde bestimmten Menschenbild des Grundgesetzes widersprechen“.

¹⁸⁵ BeckOK-Meyberg, OWiG, 37. Ed. Stand: 1.1.2023, EGStGB Art. 297 Rn. 5.

¹⁸⁶ Anders BVerfG, NVwZ 2009, 905, 907 f.

¹⁸⁷ S. dazu von *Galen/Gurlit*, NVwZ, 777 ff.; kritisch zur Verwendung des Begriffs der milieubedingten Unruhe im Bauplanungsrecht *Otto/Schulz*, ZfBR 2022, S. 434, 435 f.

und Jugendlichen nicht ausgeschlossen werden kann, so ist die Einschränkung spätestens im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu erzielen. Angesichts des überhaupt nur sehr vagen Gefahrenzusammenhangs zwischen der gesunden Entwicklung von Kindern und Jugendlichen und der Konfrontation mit dem Prostitutionsgewerbe ist ein derart weites, zumal abstraktes Gefährdungsdelikt unangemessen.¹⁸⁸ Dass vereinzelte, zufällige Begegnungen mit Sexarbeiter*innen zu einer Entwicklungsgefährdung führen, ist derart unwahrscheinlich, dass ein hierauf gestütztes sozioethisches Unwerturteil unverhältnismäßig ist.

3. Fazit zu § 184f StGB

§ 184f StGB wird den hier aufgestellten Maßstäben nicht gerecht. Die Sanktionierung von bloßem Verwaltungsungehorsam lässt sich im Hinblick auf das damit einhergehende staatliche Fremdbild sozialschädlichen Verhaltens nicht rechtfertigen. Gleiches gilt für den Schutz der Allgemeinheit vor Belästigungen durch die Konfrontation mit Prostitution. Soweit § 184f StGB auf diese Zwecke abzielt, ist die Sanktionsnorm verfassungswidrig. Der Schutz der Jugend hingegen ist zwar ein Zweck, der grundsätzlich auch mit dem Mittel des Strafrechts verfolgt werden kann. In seinem weiten Umfang ist § 184f StGB aber nicht zu rechtfertigen. Soweit Verhaltensweisen erfasst sind, die aufgrund ihres geringen Sozialbezugs eine Konfrontation mit Kindern und Jugendlichen von vornherein sehr unwahrscheinlich erscheinen lassen, ist die Sanktionsnorm angesichts der nur vage beschreibbaren Gefahren unangemessen und damit verfassungswidrig. Im Übrigen sprechen gute Gründe für die vollständige Streichung der Vorschrift,¹⁸⁹ nicht zuletzt, da § 184g StGB jugendgefährdende Erscheinungsformen hinreichend abdeckt.¹⁹⁰

Auch diesbezüglich ließe sich gleichwohl über die Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeit sprechen. Ob das Verhindern unerwünschter Konfrontationen mit Sexualität insgesamt eine sinnvolle Aufgabe für das Strafrecht darstellt, lässt sich bezweifeln. Dass besonders aufdringliche, ggf. sogar bedrohliche Formen der Einbeziehung in sexuelles Verhalten Dritter auch die nichtkörperliche Dimension der sexuellen Selbstbestimmung verletzen kann, mag Anlass für Erwägungen sein, auch bestimmte Formen nichtkörperlicher sexueller Belästigungen vom Schutz des Strafrechts zu erfassen. Unterhalb dieser Schwelle erscheint das Strafrecht angesichts seiner erheblichen Belastungen für die Betroffenen als Mittel der Konfliktlösung wenig zielführend.

¹⁸⁸ S. auch *Gleß*, Die Reglementierung der Prostitution in Deutschland, 141 f. zur Unverhältnismäßigkeit eines undifferenzierten Verbots für ganze Stadtbezirke; *Gurlitt/Oster*, GewArch 2006, 361, 370; vgl. auch *MüKo-Hörnle*, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 2.

¹⁸⁹ Zur Ungeeignetheit des Strafrechts zur Lösung der durch die Ausübung von Prostitution entstehenden Interessenskonflikte s. *Gleß*, Die Reglementierung der Prostitution in Deutschland, 141.

¹⁹⁰ *Finger*, KJ 2007, 73, 81; s. auch *von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 127 f.

Nur ergänzend sei an dieser Stelle auf zwei Wertungswidersprüche hingewiesen:

Zum einen bleiben nach überwiegender Auffassung die Kund*innen von Sexarbeiter*innen im Sperrbezirk selbst straflos. Zum Teil wird dafür das Argument der notwendigen Teilnahme herangezogen,¹⁹¹ zum Teil aber auch teleologische Gesichtspunkte, wie die Nichtpönalisierung des Konsumverhaltens.¹⁹² Auch die Bewertung des Überlassens von Räumlichkeiten zur Förderung der Prostitution als strafbare Teilnahme wird kritisch beurteilt, da hierfür § 180a II StGB abschließende Regelungen enthalte.¹⁹³ Damit bleibt es bei einer alleinigen Strafbarkeit der Sexarbeiter*innen selbst, während andere Beteiligte, die für die verschiedenen Erscheinungsformen von Prostitution jedenfalls mitverantwortlich sind, überwiegend straflos bleiben.¹⁹⁴ Im Hinblick auf die durch die Sperrverordnungen verfolgten Zwecke ist die Straflosigkeit der Kund*innen, auf deren Verhalten die zu verhindernden Belästigungen zum Teil explizit gestützt werden,¹⁹⁵ nicht zu erklären.¹⁹⁶

Zum anderen steht die Reichweite des strafrechtlichen Konfrontationsschutzes im Hinblick auf die Erscheinungsform der Prostitution in einem auffälligen Missverhältnis zu sonstigen Formen des Konfrontationsschutzes im Themenbereich Sexualität. Während für Sexarbeiter*innen bereits Verhaltensweisen wie das Herumstehen, oder Auf-und-Ablaufen zu Anbahnungszwecken unter Strafe

¹⁹¹ Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 184f Rn. 7; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 8; kritisch aber Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 184f Rn. 7 („nicht nur kriminalpolitisch [...], sondern auch dogmatisch zweifelhaft“); Graalman-Scheerer, GA 1995, 349, 352 f.; MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 4.

¹⁹² So MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 4; s. aber auch Graalman-Scheerer, GA 1995, 349, 352, nach der zumindest der Schutzzweck der Norm einer Strafbarkeit der Freier nicht entgegenstehe. Sie beurteilt das Verhalten der Kund*innen zudem als Ordnungswidrigkeit nach § 120 I Nr. 1 OWiG, a.a.O., 356 f.

¹⁹³ Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 184f Rn. 7; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 184f Rn. 7; Joeksl/Jäger, StGB, 13. Aufl. 2021, § 184f Rn. 3; dagegen aber MüKo-Hörnle, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 184f Rn. 7, da jeweils unterschiedliche Rechtsgüter geschützt würden. S. auch LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 9, die letzterem zwar zustimmt, aber gegen das Ergebnis der strafbaren Teilnahme den „ohnehin fragliche[n] Unrechtsgehalt“ anführt. Um zur Straflosigkeit zu kommen, schlägt sie vor, entsprechendes Verhalten als neutrale Beihilfe einzuordnen.

¹⁹⁴ Betreiber*innen von Bordellen begehen in Sperrgebieten, in denen sie das Gewerbe zwangsläufig ohne Erlaubnis betreiben, eine Ordnungswidrigkeit nach § 33 II Nr. 1 ProstSchG. Die Mitwirkung der Freier hingegen begründet auch keine Ordnungswidrigkeit nach § 120 OWiG, s. Matt/Renzikowski-Eschelbach, StGB, 2. Aufl. 2020, § 184f Rn. 8; LK-Nestler, StGB, Band 10, 13. Aufl. 2023, § 184f Rn. 8.

¹⁹⁵ So das Bundesverfassungsgericht, das u.a. auf das An- und Abfahren der Freier abstellt, s. das Zitat in Abschnitt E. III. 1., 188.

¹⁹⁶ Matt/Renzikowski-Eschelbach, StGB, 2. Aufl. 2020, § 184f Rn. 1 äußert im Hinblick auf die Straflosigkeit der Freier „Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG“; s. auch Graalman-Scheerer, GA 1995, 349, 358 („nicht begründbare Privilegierung“); Lembke, in: dies. (Hrsg.), Regulierung des Intimen, 271, 279.

stehen, wenn sie in einem Sperrbezirk geschehen – hier sei erneut darauf hingewiesen, dass abhängig von der Zahl der Einwohner*innen ganze Gemeinden hierzu erklärt werden können – ist für alle anderen Personen die Schwelle der Strafbarkeit erst überschritten, wenn erstens tatsächlich sexuelle Handlungen vorgenommen werden, und zweitens hierdurch absichtlich oder wissentlich „ein Ärgernis erregt“ wird (§ 183a StGB). Gravierende Unterschiede bestehen hier nicht nur in der Erfassung der Örtlichkeit, sondern auch bei den erfassten Handlungen sowie der erforderlichen Intention. Mit dem Jugendschutz allein lässt sich die wesentlich früher ansetzende Strafbarkeit der Sexarbeiter*innen nicht begründen; schließlich ist das Risiko der Konfrontation mit Kindern und Jugendlichen auch bei Handlungen nach § 183a StGB nicht auszuschließen.

Diese Umstände zeigen eine deutliche Überkriminalisierung von Sexarbeiter*innen im Vergleich zu anderen Personen, was den Aspekt des Konfrontationsschutzes vor unerwünschten Erscheinungsformen von Sexualität betrifft. Dadurch lässt sich der Eindruck nur schwer vermeiden, dass die Abkehr von der Einordnung der Prostitution als sittenwidrig im Strafrecht noch nicht vollständig umgesetzt ist.

VI. Zusammenfassung von Kapitel E

Die exemplarisch untersuchten Strafnormen haben gezeigt, dass die verfassungsrechtliche Beurteilung einer strafrechtlichen Sanktionsnorm sorgfältiger Differenzierungen bedarf. Das betrifft nicht nur die Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm, die zu dem Resultat führen kann, dass sich verfassungskonforme außerstrafrechtliche Verbotsnormen nicht in verfassungsgemäßer Weise mit einer strafrechtlichen Sanktion absichern lassen. Einer weiteren Differenzierung bedarf es im Hinblick auf die möglichen geschützten Interessen. Auch wenn einzelne Interessen einem strafrechtlichen Schutz nicht zugänglich sind, wäre es vorschnell, aus diesem Grund die Strafnorm im Ganzen als verfassungswidrig zu verwerfen. Stattdessen ist zu prüfen, ob sich die Norm ganz oder in Teilen über weitere Interessen rechtfertigen lässt.

Ausgehend von hier entwickelten Maßstäben ist die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB verfassungswidrig. Die Feststellung eines selbstbestimmten Sterbeentschlusses, die für die Strafbarkeit nach § 216 StGB erforderlich ist, muss zur Straflosigkeit aller konsensual Mitwirkenden führen. Wollte man Gefahren für die Autonomie in Bezug auf den Willensentschluss zur Lebensbeendigung unter Strafe stellen, müsste bereits der typisierte Unrechtstatbestand entsprechende gefahr begründende Umstände adressieren, um das sozioethische Unwerturteil im Ganzen rechtfertigen zu können.

Die Strafbarkeit einer doppelten Ehe bzw. Lebenspartnerschaft nach § 172 StGB ist ausschließlich im Hinblick auf nichtkonsensuale Mehrehen zu rechtfertigen. Dabei kommt es nur auf die Zweitehe an: Nur wenn die zweite (oder weitere) Eheperson keine Kenntnis von der bereits bestehenden Ehe hat,

lässt sich ein sozialetisches Unwerturteil begründen, das insofern den Unrechtsgehalt eines Betrugsdelikts abbildet. Im Übrigen ist § 172 StGB verfassungswidrig.

Die Strafbarkeit der verbotenen Prostitution nach § 184f StGB lässt sich nur insoweit rechtfertigen, als dies zum Schutz der Jugend erforderlich und angemessen ist; soweit § 184f StGB darüber hinaus verwaltungsrechtliche Verbote abzusichern bzw. die Allgemeinheit vor den belästigenden Wirkungen von Prostitution zu schützen bezweckt, ist die Strafnorm verfassungswidrig. Neben dem bestehenden § 184g StGB (Schutz der jugendgefährdenden Prostitution) verbleibt damit kein eigenständiger Anwendungsbereich des verfassungskonformen Bestandteils. Soweit die Vorschrift daher nicht bereits aus Gründen der Verfassungswidrigkeit zu streichen ist, ist sie überflüssig.

F. Zusammenfassung in Thesen

1. Es ist bislang nicht gelungen, effektive und verbindliche materielle Grenzen für die Strafgesetzgebung zu begründen, obwohl die materiellen Grenzen der Strafgesetzgebung bereits Gegenstand umfassender Auseinandersetzungen waren.

2. Die erforderliche Verbindlichkeit kann sich nur aus verfassungsrechtlichen Erwägungen ergeben.

3. Strafrechtsimmanente Begrenzungskonzepte wie die Rechtsgutstheorie können diese Verbindlichkeit mangels verfassungsrechtlicher Verankerung nicht für sich beanspruchen.

4. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist, zumindest nach der Lesart des Bundesverfassungsgerichts, nicht in der Lage, effektive Grenzen für die Strafgesetzgebung zu begründen. Das liegt zum einen an den sehr weiten Spielräumen, die der Gesetzgebung im Hinblick auf Prognoseentscheidungen zugestanden werden, zum anderen an der erheblichen Diskrepanz zwischen allgemeinen Anforderungen an Strafnormen und im Einzelfall angewandten Maßstäben, die dazu führen, dass die besondere Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich für Strafnormen anerkennt, im Einzelfall ins Leere läuft.

5. Sollen besondere materielle Vorgaben gerade für die Regelungsmaterie des *Strafrechts* begründet werden, müssen die Besonderheiten des Rechtsbereichs verfassungsrechtlich „übersetzt“ werden.

6. Diese Besonderheit des Strafrechts liegt in dem individuellen Schuldvorwurf, der sich auf die individuelle Verantwortlichkeit für begangenes Unrecht bezieht. Damit besteht der Schuldvorwurf im Wesentlichen aus zwei Elementen: Aus einem abstrakten, bereits in der Sanktionsnorm angelegten sozialetischen Unwerturteil in Form des vertypen Unrechts, sowie aus einer in der Verurteilung begründeten Individualisierung des Vorwurfs im Hinblick auf eine einzelne Person, indem diese für das Unrecht individuell verantwortlich gemacht wird.

7. Während die Individualisierung des Schuldvorwurfs bestimmte (objektive und subjektive) Zurechnungserfordernisse voraussetzt, die sich auch in anderen Regelungsmaterien zur Konfliktlösung finden, in denen einer Person ihr vergangenes Verhalten vorgehalten wird, ist das sozialetische Unwerturteil ein exklusives Merkmal des Strafrechts. Hierdurch unterscheidet sich das Strafrecht von allen anderen Regelungsmaterien. Diese Unterscheidung erfordert eine getrennte Betrachtung der Bestandteile einer Strafnorm: Während die reine Verbotsnorm keine strafrechtsspezifischen Besonderheiten aufweist, begründet das sozial-

ethische Unwerturteil einen Teil der Sanktionsnorm, und zwar denjenigen, der über das „Ob“ der Strafe entscheidet.

8. Dem sozialetischen Unwerturteil kommt eigenständige verfassungsrechtliche Relevanz zu. Indem der Staat mit einer strafrechtlichen Verurteilung im Namen des Volkes ein äußerst negatives Urteil über eine Person und ihr Verhalten als sozialschädlich ausspricht, beeinträchtigt er die Möglichkeiten der betroffenen Person, über ihr nach außen transportiertes Selbstbild frei zu verfügen. Als wirkmächtiges, staatliches Fremdbild stellt das sozialetische Unwerturteil damit einen Eingriff in das vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht als Teil der Entfaltungsfreiheit nach Art. 2 I GG umfasste Recht auf Selbstdarstellung dar. Das gilt zumindest in Bezug auf tatgeneigte Personen bereits für die Sanktionsnorm, in welcher das sozialetische Unwerturteil verankert ist.

9. Aus dem Inhalt und der Intensität des Grundrechtseingriffs lassen sich Mindestvoraussetzungen für seine Rechtfertigung formulieren. Zusammenfassen lassen sich diese Mindestvoraussetzungen für die Rechtfertigung des Schuldvorwurfs unter der Bezeichnung des materiellen verfassungsrechtlichen Schuldprinzips.

10. Der Inhalt des sozialetischen Unwerturteils ergibt sich dabei aus der staatlichen Funktion des Strafrechts, welche in dem Schutz vor besonders sozialschädlichem Verhalten liegt. Das sozialetische Unwerturteil enthält damit den Vorwurf der Verwirklichung von Unrecht in Form von sozialschädlichem Verhalten.

11. Dem sozialetischen Unwerturteil ist daher die materielle Unrechtsdimension des vorgeworfenen Verhaltens eingeschrieben. Der Vorwurf sozialschädlichen Verhaltens muss somit über den bloßen Verweis auf den Verstoß gegen eine außerstrafrechtliche Verbotsnorm hinausgehen.

12. Inhaltliche Grenzen des Vorwurfs sozialschädlichen Verhaltens lassen sich dem grundgesetzlichen Verhältnis zwischen Individualinteressen, mehrheitsgesellschaftlichen Interessen und gesamtgesellschaftlichen Interessen entnehmen. Dabei bewirkt die verfassungsrechtliche Entscheidung für das Demokratieprinzip und die darin verankerte legitimatorische Kraft von Mehrheitsentscheidungen nicht zwangsläufig auch einen normativen Vorrang von Mehrheitsinteressen. Stattdessen liegt der Fokus des Grundgesetzes auf dem Schutz von Individualinteressen (normativer Individualismus).

13. Im Spannungsfeld zwischen Mehrheits- und Individualinteressen lassen sich Grenzen für die Zulässigkeit des Vorwurfs sozialschädlichen Verhaltens aus zwei Richtungen formulieren:

14. Erstens können bloße (mehrheits-)gesellschaftliche Konformitätsinteressen ein sozialetisches Unwerturteil für abweichendes Verhalten nicht begründen. Gesellschaftliche Konflikte, die durch das Zusammentreffen verschiedener Wertvorstellungen und Lebensentwürfe entstehen, sind kein zu verhindernder Zustand, sondern Konsequenz einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft. Solange keine rechtlich relevanten Interessen Dritter betroffen sind, können selbst starke Ablehnungs- und Empörungsreaktionen nicht zur Rechtfertigung einer strafrechtlichen Sanktionsnorm herangezogen werden.

15. Jenseits konkret auszumachender (Individual-)Interessen findet das Ausmaß hinzunehmenden abweichenden Verhaltens aber eine Grenze in den unveränderlichen Verfassungsgrundsätzen des Art. 79 III GG, die sich als verfassungsrechtlich gesetzter Minimalkonsens interpretieren lassen. Verhaltensweisen, die der fundamentalen Wertentscheidung für das Zusammenleben als Freie und Gleiche zuwiderlaufen, müssen von der (Mehrheits-)Gesellschaft nicht hingenommen werden, und zwar, ohne, dass es darauf ankommt, ob im Einzelfall zusätzlich Individualinteressen betroffen sind.

16. Zweitens lässt sich der Vorwurf sozialschädlichen Verhaltens nicht rechtfertigen in Bezug auf selbstbestimmte Verhaltensweisen, durch die ausschließlich eigene Interessen der handelnden Person betroffen sind. Der gesellschaftliche Zugriff auf entsprechende Bewertungen des Verhaltens als sozialschädlich ist für Selbstschädigungen ausgeschlossen.

17. Selbstbestimmung ist dabei zu verstehen als Verfügungsbefugnis über eigene Rechtspositionen. Konkretisieren lässt sie sich mit Hilfe des prozeduralen Instruments der konsensbasierten Zugangskontrolle.

18. Ein so verstandenes Konzept der Selbstbestimmung schließt auch die Bewertung von Verhaltensweisen weiterer Personen als sozialschädlich aus, die konsensual an einem selbstbestimmten Willensentschluss mitwirken. Das gilt selbst für den existenziellen Vorgang einer Lebensbeendigung.

19. Kein geeignetes Kriterium zur Einordnung eines Vorgangs als selbstbestimmt ist hingegen die eigenhändige (tatherrschaftliche) Umsetzung des Willensentschlusses. (Mit-)Täterschaftliche Mitwirkungen Dritter sind daher ebenso von dem Ausschluss selbstbestimmter Verhaltensweisen umfasst, wie bloße Unterstützungshandlungen.

20. Zulässig ist aber der strafrechtliche Schutz der selbstbestimmten Willensentscheidung als Schutz der Autonomie selbst, indem die Strafbewehrung an Gefahren für defizitäre Entscheidungen anknüpft. Dieser Schutz kann jedoch nicht so weit gehen, dass zum Schutz der Autonomie jede selbstbestimmte Entscheidung mündiger Personen von vornherein ausgeschlossen wird.

21. Ausgehend von dem prozeduralen Instrument der Zugangskontrolle muss sich die tatbestandliche Ausgestaltung von Gefährungsdelikten zum Schutz der Autonomie an Umständen orientieren, die einen Gefahrenzusammenhang in Bezug auf den Herstellungsprozess von Konsens begründen können. Inhaltliche Bewertungen der Beweggründe scheiden als Anknüpfungspunkt für die Strafbewehrung aus.

22. Der strafrechtliche Schutz der Autonomie rechtfertigt zudem kein sozialschädliches Unwerturteil gegen die defizitär entscheidende Person, sondern allenfalls gegen weitere Mitwirkende.

23. Ausgehend von diesen Maßstäben ist die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB verfassungswidrig. Die Feststellung eines selbstbestimmten Sterbeentschlusses ist kein zulässiger Anknüpfungspunkt für ein soziales Unwerturteil.

24. Die Strafbarkeit einer doppelten Ehe bzw. Lebenspartnerschaft nach § 172 StGB ist ausschließlich im Hinblick auf nichtkonsensuale Mehrehen zum Schutz gutgläubiger weiterer Ehepersonen zu rechtfertigen. Im Übrigen ist § 172 StGB ebenfalls verfassungswidrig.

25. Die Strafbarkeit der verbotenen Prostitution nach § 184f StGB lässt sich nur insoweit rechtfertigen, als dies zum Schutz der Jugend erforderlich und angemessen ist. Neben dem bestehenden § 184g StGB (Schutz der jugendgefährdenden Prostitution) verbleibt damit kein eigenständiger Anwendungsbereich des verfassungskonformen Teils. Soweit die Vorschrift daher nicht bereits aus Gründen der Verfassungswidrigkeit zu streichen ist, ist sie überflüssig.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974.
- ders.*, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, S. 135–151.
- ders.*, Ständische Strafrechtspflege?, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 1195–1214.
- Alexy, Robert*, Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945?, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Baden-Baden 1992, S. 219–226.
- Ambos, Kai*, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Baden-Baden 2019.
- Amelung, Knut*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, Frankfurt am Main 1972.
- ders.*, Buchbesprechung zu Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main 1973, in: ZStW 1975, S. 132–145.
- ders.*, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 155–182.
- Appel, Ivo*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998.
- Armbrüster, Christian*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.7.2006 – I ZR 241/03, in: JZ 2007, S. 479–480.
- Ast, Stephan*, § 25 Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, Strafrecht Besonderer Teil I, Heidelberg 2019, S. 1071–1133.
- Bachmann, Mariol/Goeck, Ferdinand*, Ein Blick in den Abgrund? – Strafrecht auf dem Prüfstand von Verfassung und Kriminologie, in: Brunhöber, Beatrice/Höffler, Katrin/Kaspar, Johannes/Reinbacher, Tobias/Vormbaum, Moritz (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Berlin 2013, S. 37–56.
- Bäcker, Carsten*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, Tübingen 2015.
- Baer, Susanne*, Lecture: Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism, in: University of Toronto Law Journal 2009, S. 417–468.

- Baer, Susannel/Elsuni, Sarah*, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, Strafrecht Besonderer Teil I, Heidelberg 2019, S. 1071–1133.
- Baumann, Jürgen/Bochnik, Hans Joachim/Brauneck, Anne-Eval/Calliess, Rolf-Peter/Cars-tensen, Gertl/Eser, Albin/Jensen, Hans-Peter/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Koch, Hans-Georg/von Lutterotti, Markus/Perels, Michael/Rolinski, Klaus/Roxin, Claus/Schöch, Heinz/Schöne, Wolfgang/Schreiber, Hans-Ludwig/Schüler-Springorum, Horst/Teyssen, Johannes/Wawersik, Jürgen/Wolfslast, Gabriele/Zölch, Klaus-Joachim* (Hrsg.), Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe). Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, Stuttgart 1986.
- Beauchamp, Tom L.*, Paternalism and biobehavioral control, in: *The Monist* 1977, S. 62–80.
- Becker, Ulrich*, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1996.
- Berghäuser, Gloria*, Der „Laien-Suizid“ gemäß § 217 StGB – Eine kritische Betrachtung des Verbots einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, in: *ZStW* 2016, S. 741–784.
- Beulke, Werner*, Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB und Strafbarkeit gem. § 223 StGB, in: Amelung, Knut/Beulke, Werner/Lilie, Hans/Rosenau, Henning/Rüping, Hinrich/Wolfslast, Gabriele (Hrsg.), Strafrecht Biorecht Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, S. 29–41.
- Beulke, Werner/Schröder, S.*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 25.09.1990 – 4 StR 359/90, *NStZ* 1991, S. 393–395.
- Binding, Karl*, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, 1. Band, Leipzig 1885.
- ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Auflage, Leipzig 1916.
- Birnbacher, Dieter*, Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?, in: Von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 11–26.
- Birnbaum, Johann Michael Franz*, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge* (1834), S. 149–194.
- ders.*, Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens und die römischen Begriffe von *Delictum Juris Civilis*, *Delictum Juris Gentium* und *probrum natura*, in: *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge* (1834), S. 560–598.
- Blome, Thomas*, Die Geschlechterverschiedenheit der Ehegatten – Kerngehalt nach Art. 6 I GG?, in: *NVwZ* 2017, S. 1658–1663.
- Bosch, Nikolaus*, Rechtfertigung von Sterbehilfe, in: *JA* 2010, S. 908–911.
- Böse, Martin*, Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 89–95.
- Bottke, Wilfried*, Das Straftaterfordernis der Rechtsgutsverletzung, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), *Jus humanum*. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 463–490.
- Britz, Gabriele*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung. Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, Tübingen 2007.

- Brodowski, Dominik*, Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europas-trefrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, Baden-Baden 2023.
- Broemel, Roland*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, Tübingen 2021.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, in: NJW 2015, S. 3557–3561.
- Brugger, Winfried*, Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, in: AöR 1998, S. 337–374.
- Brunhöber, Beatrice*, Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker, Matthias/Burhard, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 53–81.
- Brüning, Janique*, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafs, Baden-Baden 2017.
- Bumke, Christian*, Der gesellschaftliche Grundkonsens im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Schuppert, Gunnar/Bumke, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 197–223.
- ders.*, Institution und Intimität. Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Die Professorinnen u. Professoren d. Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, Tübingen 2011, S. 155–171
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)* (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Baden-Baden 2017.
- Bung, Jochen*, Gibt es bessere und schlechtere Gründe zu sterben? Anmerkungen zu von Hirsch/Neumann, in: von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 27–32.
- ders.*, Rekonstruktion der Schuld, in: Albrecht, Peter-Alexis/Kirsch, Stefan/Neumann, Ulfrid/Sinner, Stefan (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2. Auflage, Berlin 2020, S. 65–72.
- Burckhardt, Björn*, Freiheitsbewußtsein und strafrechtliche Schuld, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 3–24.
- ders.*, Schuld – rechtliche Perspektiven: Rechtstheoretische und praktisch-empirische Überlegungen, in: Kick, Hermes Andreas/Schmitt, Wolfram (Hrsg.), Schuld. Bearbeitung, Bewältigung, Lösung. Strukturelle und prozessdynamische Aspekte, Münster 2011, S. 57–73.
- Burghardt, Boris*, Strafrechtliche Normentheorie goes Verfassungsrecht? Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm im verfassungsrechtlichen Kontext, in: Schneider, Anne/Wagner, Markus (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, Baden-Baden 2018, S. 59–78.
- Burghardt, Boris/Schmidt, Anja/Steinl, Leonie*, Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor nichtkörperlichen Beeinträchtigungen, in: JZ 2022, S. 502–511.
- Chatzikostas, Konstantinos*, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, Frankfurt am Main 2001.
- Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18, 13. Auflage, Berlin/Boston 2020.

- dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Zweiter Band §§ 19–31, 13. Auflage, Berlin/Boston 2020.
- dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Dritter Band §§ 32–37, 13. Auflage, Berlin/Boston 2019.
- dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Siebter Band §§ 80–121, 13. Auflage, Berlin/Boston 2021.
- dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Zehnter Band §§ 174–210, 13. Auflage, Berlin/Boston 2023.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, 9.3.2017, UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7–8
- dies.*, List of Issues and Questions Prior to the Submission of the Ninth Periodic Report of Germany, 11.3.2020, UN Doc. CEDAW/C/DEU/QPR/9
- Cornils, Matthias*, § 168 Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage, München 2009, S. 1155–1224.
- Dahm, Georg*, Gemeinschaft und Strafrecht, Hamburg 1936.
- Dammann, Ilmer*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte, Berlin 2011.
- Dehner, Walter*, Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2000, in: NJW 2002, S. 3474–3754.
- Discher, Thomas*, Die Peep-Show-Urteile des BVerwG – BVerwGE 64, 274 und BVerwG, NVwZ 1990, 668, in: JuS 1991, S. 642–649.
- Dreier, Horst*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundgehalten, Hannover 1993.
- ders.*, Grenzen des Tötungsverbots, in: JZ 2007, S. 317–326.
- ders.* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Präambel, Artikel 1–19, 3. Auflage, Tübingen 2013.
- Du Bois-Pedain, Antje*, Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus, in: Von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 33–56.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*, Grundgesetz Kommentar, fortlaufend, München.
- Duttge, Gunnar*, Strafrechtlich reguliertes Sterben. Der neue Straftatbestand einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, NJW 2016, S. 120–125.
- Dworkin, Gerald*, Paternalism, in: The Monist 1972, S. 64–84.
- Ebert, Udo*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. 16 Fälle mit Lösungen, 4. Auflage, Heidelberg 2003.
- Eifert, Martin*, § 18 Persönliche Freiheit, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Po-scher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, S. 1163–1228.
- Eifert, Martin/Wienfort, Nora*, Hassrede als Gefährdung der offenen Kommunikation, in: JZ 2023, S. 270–277.
- Ellscheid, Günter/Hassemer, Winfried*, Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II – Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1, Frankfurt am Main 1975, S. 266–292.

- Enders, Christoph*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997.
- ders.*, § 89 Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, in: Merten, Detlev/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, S. 159–232.
- Engisch, Karl*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin, 2. Auflage 1965.
- Engländer, Armin*, OLG Nürnberg, 18. 9. 2002 – Ws 867/02. Fahrlässige Tötung oder Beihilfe zum Selbstmord?, in: JZ 2003, S. 745–748.
- ders.*, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, in: GA 2010, S. 15–26.
- ders.*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, in: ZStW 2015, S. 616–634.
- Epping, Volker*, Grundrechte, 9. Auflage 2021, Berlin 2021.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2020.
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1: §§ 1–37, 4. Auflage, München 2020.
- dies.*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2: §§ 38–79b, 4. Auflage, München 2020.
- dies.*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3: §§ 80–184k, 4. Auflage, München 2021.
- dies.*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4: §§ 185–262, 4. Auflage, München 2021.
- Eser, Albin*, Freiheit zum Sterben – kein Recht auf Tötung – Ein Beitrag zum strafrechtlichen Thema des 56. Deutschen Juristentages 1986 in Berlin, in: JZ 1986, S. 786–795.
- Fahl, Christian*, Die Kanzlerin und die Strafanzeige, in: Jura 2011, S. 561–562.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Grenzen des weichen Paternalismus. Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus. Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 21–47.
- ders.*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität, Tübingen 2019.
- Feinberg, Joel*, Legal Paternalism, in: Canadian Journal of Philosophy 1971, S. 105–124.
- ders.*, The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 3: Harm to Self, New York 1989.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Zweiter Theil, Chemnitz 1800.
- ders.*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, Gießen 1801.
- Finger, Thorsten*, Sperrgebietsverordnungen zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstands – Eine kritische Bestandsaufnahme mit Ausblick, in: KJ 2007, S. 73–82.
- Fischer, Elena*, Recht auf Sterben?! Ein Beitrag zur Reformdiskussion der Sterbehilfe in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach der Übertragbarkeit des Holländischen Modells der Sterbehilfe in das deutsche Recht, Frankfurt am Main 2004.
- Fischer, Thomas*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung. Grundlagen und Entwicklung des Rechtsguts „öffentlicher Friede“, insbesondere in den §§ 126, 130, 140 Nr. 2, 166 StGB, Würzburg 1986.
- ders.*, Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören. Zur Beseitigung eines „restriktiven“ Phantoms, NStZ 1988, S. 159–165.

- ders.*, Direkte Sterbehilfe. Anmerkung zur Privatisierung des Lebensschutzes, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, Berlin/New York 2011, S. 555–576.
- ders.*, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Auflage, München 2023.
- Fischinger, Philipp S./Hengstberger, Silas/Kohler, Jürgen/Rieble, Volker* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134–138; ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), Neubearbeitung Berlin 2021.
- Forst, Rainer*, Praktische Vernunft und rechtfertigende Gründe. Zur Begründung der Moral, in: Gosepath, Stefan (Hrsg.), Motive, Gründe Zwecke. Theorien praktischer Rationalität, Frankfurt am Main 1999, S. 168–205.
- Frank, Reinhard*, Über den Aufbau des Schuldprinzips, Sonderausdruck aus der Festschrift der juristischen Fakultät Giessen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana, überreicht von ihren früheren Dozenten: Beling, Cosack, Frank, Gareis, Heimberger, Hellwig, Jung, v. Liszt, Regelsberger, Rehm, L. v. Seuffert, Stammler, v. Thudichum, v. Wendt, Gießen 1907.
- Frankenberg, Günter*, Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozeß der Integration, in: Schuppert, Gunnar/Bumke, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 31–58.
- ders.*, Die Würde des Klons und die Krise des Rechts, in: KJ 2000, S. 325–332.
- Freud, Sigmund*, Totem und Tabu, in: Mitscherlich, Alexander/Richards, Angela/Strachey, James (Hrsg.), Sigmund Freud Studienausgabe, Band IX, Fragen der Gesellschaft. Ursprünge der Religion, 5. Auflage, Frankfurt am Main 1974, S. 287–444.
- Freudenthal, Berthold*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Tübingen 1922.
- Friauf, Heinrich/Höfling, Wolfram* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, fortlaufend, Berlin.
- Frisch, Wolfgang*, Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung, in: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Weigend, Ewa (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht. Kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder, Freiburg im Breisgau 1993, S. 201–253.
- ders.*, An den Grenzen des Strafrechts, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 69–106.
- ders.*, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin/New York 1999, S. 485–506.
- ders.*, Zur Zukunft des Schuldstrafrechts — Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften, in: Heger, Martin/Kelker, Brigitte/Schramm, Edward (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 187–212.
- Frister, Helmut*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- ders.*, Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit, in: Freund, Georg/Murmann, Uwe/Bloy, René/Perron, Walter (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 533–554.

- ders.*, Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen BT-Drucksache 20/904, BT-Drucksache 20/2332, BT-Drucksache 20/2293, Düsseldorf 2022, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/923398/365a25f59ddc2b1034986209c35143ab/Frister-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.04.2023).
- Gaede, Karsten*, Durchbruch ohne Dammbrech – Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, in: NJW 2010, S. 2925–2928.
- ders.*, Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB, in: JuS 2016, S. 385–392.
- ders.*, Stellungnahme zur öffentlichen Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema Sterbebegleitung am 28. November 2022, Hamburg 2022, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/922560/2f1f2ed7c3ef5d2d0c92b0023adb8591/Gaede-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.04.2023).
- Garbe, Detlef*, Der Marburger Militärjurist Prof. Erich Schwinge. Kommentator, Vollstrecker und Apologet nationalsozialistischen Kriegsrechtes, in: Kirschner, Albrecht (Hrsg.), Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter: Marburger Zwischenbilanz zur NS-Militärjustiz vor und nach 1945, Marburg 2010, S. 109–130.
- Gärditz, Claus Ferdinand*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, in: Der Staat 2010, S. 331–367.
- ders.*, Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?, Paderborn 2015.
- ders.*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, in: JZ 2016, S. 641–696.
- ders.*, Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker, Matthias/Burhardt, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 15–51.
- Geis, Max-Emanuel*, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts – Ein Plädoyer für die „Sphärentheorie“, in: JZ 1991, S. 112–117.
- Geneuss, Julia*, § 27 Diskriminierungsschutz in der Strafrechtspflege, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Tübingen 2022, S. 1095–1130.
- Genz, Manfred*, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, in: NJW 1968, S. 1600–1607.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*, Familienrecht, 7. Auflage, München 2020.
- Geschke, Daniell/Klaßen, Anja/Quent, Matthias/Richter, Christoph*, #Hass im Netz: Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie. Eine bundesweite repräsentative Untersuchung, 2019, abrufbar unter: https://www.idz-jena.de/fileadmin/user_upload/_Hass_im_Netz_-_Der_schleichende_Angriff.pdf (zuletzt abgerufen am: 17.4.2023).
- Gkoutis, Ioannis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, Berlin 2011.
- Gleß, Sabine*, Die Reglementierung der Prostitution in Deutschland, Berlin 1999.
- Goeckenjan, Ingke*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, S. 184–209.
- Goldschmidt, James*, Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz. Sonderabdruck aus der „Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht“, Jahrgang 1913, 3. und 4. Heft, Wien 1913.
- Gössel, Karl Heinz*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums, Heidelberg 1987.
- Graalmann-Scheerer, Kirsten*, Die Privilegierung des Freiers im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, in: GA 1995, S. 349–359.

- Graf, Jürgen* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, OWiG, München, 37. Edition Stand: 1.1.2023.
- Greco, Luis*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009.
- ders.*, Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit von juristischen Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld, in: GA 2015, S. 503–516.
- Gröpl, Christoph/Windthorst, Kaylvon Coelln, Christian*, Grundgesetz Studienkommentar, 5. Auflage, München 2022.
- Grosse-Wilde, Thomas*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung. Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßelehre, Tübingen 2017.
- Grossmann, Hans*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ein neuer Beitrag zu einer alten Frage, in: Liepmann, Moritz (Hrsg.), Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Heft 6, Hamburg 1924.
- Grothe, Benedikt*, Nimmt uns die moderne Neurowissenschaft den freien Willen?, in: Hillenkamp, Thomas (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht? Tagungsband der 15. Max-Arlsberg-Tagung am 28.10.2005 in Berlin, Baden-Baden 2006, S. 35–49.
- Grünewald, Anette*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, Tübingen 2010.
- dies.*, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 26.8.2022, 6 StR 68/21, in: NJW 2022, S. 3021–3025.
- Grünhut, Max*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: Hegler, August (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Band 1, Tübingen 1930, S. 1–32.
- Günther, Klaus*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in: Prittwitz, Cornelius/Baurmann, Michael/Günther, Klaus/Kuhlen, Lothar/Merkel, Reinhard/Nestler, Cornelius/Schulz, Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden 2002, S. 205–219.
- ders.*, Schuld und kommunikative Freiheit, Frankfurt am Main 2005.
- Gurlit, Elkel/Oster, Jan*, „Skandal um Rosi“: Zur Verfassungsmäßigkeit von Artikel 297 EGStGB, in: GewArch 2006, S. 361–371.
- Gutmann, Thomas*, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, in: NJW 1999, S. 3387–3389.
- ders.*, „Gattungsethik“ als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?, in: van den Daele, Wolfgang (Hrsg.), Biopolitik, Wiesbaden 2005, S. 235–264.
- Häberle, Peter*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Auflage, Berlin 2008.
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1994.
- Halter, Ulrich R.*, Kommunitarismus und Grundgesetz. Überlegungen zu neueren Entwicklungen in der deutschen Verfassungstheorie, KritV 2000, S. 153–193.
- Hanack, Ernst-Walter*, Anmerkung zu BayOBLG, Urt. v. 8.11.1978 – RReg. 3 St 267/78, in: JR 1980, S. 434–436.
- Hassemer, Winfried*, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973.
- ders.*, Buchbesprechung zu Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozial-schädlichkeit“ des Verbrechens, Frankfurt am Main 1972, in: ZStW 1975, S. 146–164.

- ders.*, Prozedurale Rechtfertigungen, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (Hrsg.), Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 731–751.
- ders.*, Unverfügbares im Strafprozeß, in: Kaufmann, Arthur/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Zacher, Hans F. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, S. 183–204.
- ders.*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Scholler, Heinrich/Philipps, Lothar (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 85–94.
- ders.*, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 1001–1019.
- ders.*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 57–64.
- ders.*, Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen?, in: ZStW 2009, S. 829–859.
- Hecker, Bernd*, Strafrecht BT: Abgrenzung von strafbarer Fremdtötung und strafloser Suizidhilfe. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21, in: JuS 2022, S. 1073–1076.
- ders.*, Was bleibt vom Grundrecht auf Suizidhilfe?, in: StV 2023, S. 57–64.
- Hefendehl, Roland*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2002.
- Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003.
- Hefendehl, Roland*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts – Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 2007, S. 1–14.
- ders.*, Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts. Ein dogmatisch-empirischer Vergleich von Chile, Deutschland und Spanien, in: ZIS 2012, S. 506–512.
- Heger, Martin*, Zum Einfluß des Prostitutionsgesetzes auf das Strafrecht, in: StV 2003, S. 350–356.
- ders.*, Strafrecht, in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Handbuch Staat, Wiesbaden 2018, S. S. 1249–1259.
- Hegselmann, Rainer*, Moralische Aufklärung, moralische Integrität und die schiefe Bahn, in: Hegselmann, Rainer/Merkel, Reinhard (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie. Beiträge und Stellungnahmen, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 197–226.
- Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stuttgart 2022.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Straffreies Töten bei Eigenverantwortlichkeit des Opfers?, in: NSTZ 1989, S. 559–561.
- ders.*, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, in: NJW 1996, S. 3043–3049.
- ders.*, Das Zusammentreffen privilegierender und qualifizierender Umstände bei den Tötungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Neufassung der Tötungstatbestände, in: JZ 2000, S. 1093–1100.
- ders.*, Vorsätzliche und fahrlässige Tötung bei ernstlichem Sterbebegehren des Opfers, in: NSTZ 2004, S. 1–9.
- ders.*, Setzt strafrechtliche Schuld ein Vermeidenkönnen voraus?, in: ZStW 2012, S. 12–63.

- ders.*, Das Anderskönnen in der strafrechtlichen Schuldlehre, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette/Magnus, Dorothea/Putzke, Holm/Scheinfield, Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, S. 371–393.
- Hillenkamp, Thomas*, Willensfreiheit ist Illusion – oder: Was lässt die Hirnforschung vom Strafrecht übrig?, in: Gestrinch, Christof/Wabel, Thomas (Hrsg.), Freier oder unfreier Wille? Handlungsfreiheit und Schuldfähigkeit im Dialog der Wissenschaften, Beiheft zur BThZ 2005, S. 72–89.
- Hillgruber, Christian*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.
- Hirsch, Hans Joachim*, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Stratenwerth, Günter/Kaufmann, Armin/Geilen, Gerd/Hirsch, Hans Joachim/Schreiber, Hans-Ludwig/Jakobs, Günther/Loos, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, S. 775–800.
- ders.*, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Küper, Wilfried (Hrsg.) in Verbindung mit Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York 1987, S. 597–620.
- ders.*, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 711–728.
- ders.*, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, in: Böse, Martin/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 181–202.
- Hobbes, Thomas*, Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Wommon-Wealth ecclesiasticall and civil. London 1651.
- Hoerster, Norbert*, Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, in: NJW 1986, S. 1786–1792.
- Hofmann, Hasso*, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, in: JuS 1988, S. 841–848.
- Hohmann, Ralf/König, Pia*, Zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in den Fällen der aktiven Suizidteilnahme, in: NStZ 1987, S. 304–309.
- Hohnerlein, Jakob*, Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen: Konformitätspflichten Zwischen Staatsverständnissen und Dogmatik, in: Der Staat 2017, S. 227–254.
- Hong, Mathias*, § 2 Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts: Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Tübingen 2022, S. 67–123.
- Honig, Richard*, Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Leipzig 1919.
- Hörnle, Tatjana*, Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999.
- dies.*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005.
- dies.*, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs/Vogel, Joachim/Walter, Tonio (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln/München 2008, S. 325–343.
- dies.*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08, JZ 2010, S. 310–313.
- dies.*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, Baden-Baden 2013.

- dies.*, Strafrecht, 2. Auflage, Tübingen 2017.
- Hörnle, Tatjana/von Hirsch, Andrew*, Positive Generalprävention und Tadel, in: GA 1995, S. 261–282.
- Hoven, Elisal/Kudlich, Hans*, Abgrenzung Suizidteilnahme/aktive Sterbehilfe. Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21, in: NStZ 2022, S. 667–669.
- Hoyer, Andreas*, Normative Ansprechbarkeit als Schuld-element, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, Berlin/New York 2011, S. 723–736.
- Huber, Peter M.*, Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, S. 505–511.
- dies.*, §6 Rechtsstaat, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, S. 383–436.
- Hufen, Friedhelm*, In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, in: NJW 2001, S. 849–857.
- Huster, Stefan*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit. Normative Aspekte von Public Health, Baden-Baden 2015.
- dies.*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Auflage, Tübingen 2017.
- Ingelfinger, Ralph*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, Köln/Berlin/München 2004.
- Ipsen, Jörn*, Ehe für alle – verfassungswidrig?, in: NVwZ 2017, S. 1096–1099.
- Jäger, Christian*, Die Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung als Grenzproblem zwischen Täter- und Opferverantwortung, in: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luis (Hrsg.), Festschrift für Bernd Schünemann Zum 70. Geburtstag am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft, Berlin/Boston 2014, S. 421–434.
- dies.*, Der Arzt im Fadenkreuz der juristischen Debatte um assistierten Suizid, in: JZ 2015, S. 875–885.
- Jäger, Herbert*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Stuttgart 1957.
- Jahn, Matthias*, Strafverfassungsrecht. Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Verfahrensrechts, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, S. 63–86.
- Jahn, Matthias/Brodowski, Dominik*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, in: JZ 2016, S. 969–980.
- Jakobs, Günther*, Schuld und Prävention, Tübingen 1976.
- dies.*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 1985, S. 751–785.
- dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe, 2. Auflage, Berlin 1993.
- dies.*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, München 1998.
- dies.*, Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft, in: Schleim, Stephan/Spranger, Tade Matthias/Walter, Henrik (Hrsg.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?, Göttingen 2009, S. 243–263.
- dies.*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, Paderborn 2012.
- Jarass, Hans/Pieroth Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 17. Auflage, München 2022.

- Jellinek, Georg*, Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Saarbrücken 2007, Reprint der 2. Auflage, Heidelberg 1908.
- Jeong, Baekeun*, Zur Problematik der Freiverantwortlichkeit beim Suizid, Berlin 2019.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Jestaedt, Matthias*, §102 Meinungsfreiheit, in: Merten, Detlev/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, S. 875–964.
- Joecks, Wolfgang/Jäger, Christian*, Studienkommentar StGB, 13. Auflage, München 2021.
- Jung, Heike*, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: Kerner, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferez zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1983, S. 311–322.
- dies.*, Was ist Strafe? Ein Essay, Baden-Baden 2002.
- Kaspar, Johannes*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden 2014.
- Kaufmann, Arthur*, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Auflage, Heidelberg 1976.
- ders.*, Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 841–853.
- Kienzerle, Ruth Andrea*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, Baden-Baden 2021.
- Kindhäuser, Urs*, Rechtstreue als Schuldkategorie, in: ZStW 1995, S. 701–733.
- ders.*, Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat, in: Herzog, Felix/Neumann Ulfrid (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 761–774.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Kindhäuser, Urs/Schramm, Edward*, Strafrecht Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 10. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Kißlinger, Andreas*, Das Recht auf politische Chancengleichheit, Baden-Baden 1998.
- Kleinig, John*, Paternalism, Manchester 1983.
- Klimpel, Paul K.*, Bevormundung oder Freiheitsschutz? Kritik und Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften über das Leben, den Körper und die Sexualität im deutschen Recht, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2003.
- Knauer, Christoph*, Öffentliche Anhörung zum Thema „Sterbebegleitung/Suizidprävention“. Stellungnahme RA Prof. Dr. Christoph Knauer, Honorarprofessor an der LMU München, Vorsitzender des Ausschuss Strafprozessrecht der Bundesrechtsanwaltskammer, München 2022, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/923024/ef4b30b1b093bbac4cefb7c5957127a/Knauer-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.04.2023).
- Köhler, Michael*, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 1992, S. 3–64.
- Köhne, Michael*, Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe?, in: JZ 2004, S. 453–456.
- Kohlrausch, Eduard*, in: Festgabe für Dr. Karl Güterbock zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages dargebracht von früheren und den gegenwärtigen Angehörigen der Fakultät, Berlin 1910, S. 1–34.
- Kolbe, Frederike*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung: Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns, Baden-Baden 2017.

- Krack, Ralf*, Teilnahme am Suizid und Tötung auf Verlangen. Ein Appell an den Gesetzgeber, in: KJ 1995, S. 60–76.
- Krey, Volker/Esler, Robert*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, 7. Auflage, Stuttgart 2022.
- Krümpelmann, Justus*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, in: GA 1983, S. 337–360.
- Kube, Hanno*, § 148 Persönlichkeitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage, München 2009, S. 79–146.
- Kubiciel, Michael*, Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid als selbstbestimmtes Sterben?, in: JZ 2009, S. 600–608.
- ders.*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, Frankfurt am Main 2013.
- Kudlich, Hans*, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, in: JZ 2003, S. 127–133.
- ders.*, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, in: ZStW 2015, S. 635–653.
- Kühl, Kristian*, Zum Missbilligungscharakter der Strafe, in: Arnold, Jörg/Burkhardt, Björn/Gropp, Walter/Heine, Günther/Koch, Hans-Georg/Lagodny, Otto/Perron, Walter/Walther, Susanne (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 149–161.
- Lackner, Kristian/Kühl, Karl/Heger, Martin*, Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar, 30. Auflage, München 2023.
- Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996.
- ders.*, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 83–88.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung; §§ 1 bis 31, 12. Auflage, Berlin 2007.
- dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Siebenter Band, 1. Teilband, §§ 211–231, 12. Auflage, Berlin/Boston 2019.
- Lasson, Maximilian*, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik, ZJS 2009, S. 359–368.
- Leitmeier, Lorenz*, Ist § 216 StGB verfassungsrechtlich noch haltbar?, in: NStZ 2020, S. 508–514.
- Lembke, Ulrike*, Sexualität in der Öffentlichkeit. Zwischen Konfrontationsschutz und Teilhabe am öffentlichen Raum, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.), Regulierung des Intimen. Sexualität und Recht im modernen Staat, Wiesbaden 2017, S. 271–292.
- Liepmann, Moritz*, Literaturbericht Strafrecht Allgemeiner Teil, in: ZStW 1922, S. 706–722.
- Lindner, Josef Franz*, Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe, in: JZ 2006, S. 373–383.
- ders.*, Verfassungswidrigkeit des Verbotes aktiver Sterbehilfe?, in: NStZ 2020, S. 505–508.
- Lüderssen, Klaus*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 27.11.1984 – 2 BvR 236/84, in: StV 1985, S. 178–180.
- Mangold, Anna Katharina*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Tübingen 2021.

- Martens, Sebastian*, Wider die Bekämpfung der Mehrehe, in: ZRP 2018, S. 242–245.
- Marxen, Klaus*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, Berlin 1975.
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage, München 2020.
- Maurach, Reinhardt/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Auflage, Heidelberg 2019.
- Mayr, Erasmus*, Grenzen des weichen Paternalismus II, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus. Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 48–72.
- Merkel, Grischa*, Behandlungsabbruch und Lebensschutz. Strafrechtliche und rechtsethische Grundlagen medizinischer Lebensbeendigung unter besonderer Berücksichtigung des apallischen Syndroms (Wachkoma), Baden-Baden 2020.
- Merkel, Paul*, Die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfes von 1919 über die Straftat, in: ZStW 1922, S. 229–351.
- Merkel, Reinhard*, Teilnahme am Suizid – Tötung auf Verlangen – Euthanasie. Fragen an die Strafrechtsdogmatik, in: Hegselmann, Rainer/Merkel, Reinhard (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie. Beiträge und Stellungnahmen, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 71–127.
- ders.*, Früh euthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001.
- ders.*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2. Auflage, Baden-Baden 2004.
- ders.*, Das Dambruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus. Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 285–300.
- ders.*, Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit – Zu den Grundlagen der Schuldlehre Claus Roxins, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, Berlin/New York 2011, S. 737–762.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung: StPO. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 65. Auflage, München 2022.
- Mezger, Edmund*, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, in: ZStW 1936, S. 1–43.
- Möller, Kai*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, Berlin 2005.
- ders.*, Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe, in: DÖV 2005, S. 64–71.
- Möllers, Christoph*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Auflage, Berlin 2012.
- ders.*, § 5 Demokratie, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus/Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, S. 317–382.
- Mosbacher, Andreas*, Strafrecht und Selbstschädigung. Die Strafbarkeit „opferloser“ Delikte im Lichte der Rechtsphilosophie Kants, Berlin/Heidelberg 2001.
- Müller, Frank*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung. Versuch der Apologie einer Strafnorm, Berlin 2010.
- Murmann, Uwe*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2005.

- ders., Tötungshandlung und Einwilligung bei § 216 StGB. Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21, in: ZfISw 2022, S. 530–537.
- Müssig, Bernd, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB. Frankfurt 1994.
- Naucke, Wolfgang, Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafsens, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Berlin 2007, S. 101–125
- Neidhardt, Friedhelm, Formen und Funktionen gesellschaftlichen Grundkonsenses, in: Schuppert, Gunnar/Bumke, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 15–30.
- Nestler-Tremel, Cornelius, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.9.1990 – 4 StR 359/90, in: StV 1992, S. 273–278.
- Nettesheim, Martin, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, in: AöR 2005, S. 71–113.
- Neumann, Ulfrid, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“, in: JA 1987, S. 244–256.
- ders., Der Tatbestand der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) als paternalistische Strafbestimmung, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus. Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 245–266.
- Noltenius, Bettina, Grenzenloser Spielraum des Gesetzesgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008, in: ZJS 2009, S. 15–21.
- Otto, Christian-W./Schulz, Patrick, Die Zulässigkeit von Wohnungsbordellen in Mischgebieten nach § 6 BauNVO – Klarstellung zum falsch verstandenen Begriff der „milibedingten Unruhe“, in: ZfBR 2022, S. 434–438.
- Otto, Harro, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, in: NJW 2006, S. 2217–2222.
- Papageorgiou, Konstantinos A., Schaden und Strafe. Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität, Baden-Baden 1994.
- Pauli, Gerhard, Wie aus Tätern Teilnehmer werden: der „normative“ Tatbegriff, in: HRRS 2022 Nr. 800, S. 281–283.
- Poscher, Ralf, § 3 Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, S. 149–220.
- Puschke, Jens, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, Tübingen 2017.
- Rautenberg, Erardo Cristoforo, Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist gekommen!, in: NJW 2002, S. 650–652.
- Rawls, John, Politischer Liberalismus (übersetzt von Wilfried Hirsch), Frankfurt am Main 1998 (Original: Political Liberalism, New York 1993).
- Reinhard, Frank, Anmerkung zu LG Mannheim – Urteil vom 16.11.1995 ((4) 3 KLS 5/95), in: NStZ 1997, S. 86–89.
- Renzikowski, Joachim, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dölling, Dieter/Erb, Volker

- (Hrsg.), Festschrift für Karl-Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, S. 3–13.
- Rigopoulou, Maria*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, Berlin 2013.
- Risse, Jörg*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität, Baden-Baden 1998.
- Roellecke, Gerd*, Das Geheimnis der Tabus. Kulturell bedingte Orientierungen in Grenzsituationen, in: Depenheuer, Otto (Hrsg.), Recht und Tabu, Wiesbaden 2003, S. 61–74.
- Rosenau, Henning*, Aktive Sterbehilfe, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, Berlin/New York 2011, S. 577–591.
- Rossen-Stadtfeld, Helge*, Verfassungsgericht und gesellschaftliche Integration, in: Schuppert, Gunnar/Bumke, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 169–196.
- Rössler, Beate*, Der Wert des Privaten, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2018.
- Roth, Gerhard*, Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 43–64.
- ders.*, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung, in: Gestrich, Christoph/Wabel, Thomas (Hrsg.), Freier oder unfreier Wille? Handlungsfreiheit und Schuldfähigkeit im Dialog der Wissenschaften, Beiheft zur BThZ 2005, S. 37–47.
- Röthel, Anne*, Institution und Intimität. Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht aus privatrechtlicher Sicht, in: Die Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, Tübingen 2011, S. 173–194.
- Roxin, Claus*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: JuS 1966, S. 377–387.
- ders.*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Kaufmann, Arthur/Baumann, Günter/Krauss, Detlef/Volk, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, S. 279–309.
- ders.*, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen. Zugleich eine Besprechung von BGH, NSTz 1987, 365 und LG Ravensburg NSTz 1987, 229, in: NSTz 1987, S. 345–350.
- ders.*, Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigte Euthanasie. Zu Reinhard Merkels „Fragen an die Strafrechtsdogmatik“, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer’s Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, Heidelberg 1993, S. 177–190.
- ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
- ders.*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Neumann, Ulfrid/Herzog, Felix (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 573–598.
- ders.*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart 2010, S. 75–121.
- ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Auflage, Berlin/Boston 2012.
- ders.*, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, in: GA 2013, S. 433–453.
- ders.*, Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium, in: GA 2015, S. 489–502.
- Roxin, Claus/Greco, Luis*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, München 2020.

- Rudolphi, Hans-Joachim*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970, Göttingen 1970, S. 151–167.
- dies.*, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann, Bern (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, S. 69–84.
- Rusteberg, Benjamin*, Normative Selbstvergewisserung der liberalen Gesellschaft durch symbolische Gesetzgebung – Ein Widerspruch am Beispiel des Burka-Verbots, in: Abraham, Markus/Zimmermann, Till/Zucca-Soest, Sabrina (Hrsg.), Vorbedingungen des Rechts. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2014 in Passau und im April 2015 in Hamburg, Baden-Baden 2016, S. 217–228.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.
- Säcker/Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1–240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage, München 2021.
- Sacksofsky, Ute*, Steuerung der Familie durch Steuern, in: NJW 2000, S. 1896–1903.
- dies.*, Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Rudolf, Beate (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung, Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung 2009, Göttingen 2009, S. 191–215.
- dies.*, § 19 Gleichheitsrechte, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, Strafrecht Besonderer Teil I, Heidelberg 2019, S. 1229–1286.
- Saliger, Frank*, Prozedurale Rechtfertigung im Strafrecht, in: Herzog, Felix/Neumann, Felix (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 599–615.
- dies.*, Zur prozeduralen Regelung der Freitodhilfe, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette/Magnus, Dorothea/Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, S. 1063–1078.
- Satzger, Helmuth/Schluckebier, Wilhelm/Werner, Raik*, StGB. Strafgesetzbuch. Kommentar, 5. Auflage, Köln 2021.
- Sax, Walter*, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Dritter Band, Zweiter Halbband, Berlin 1959, S. 909–1014.
- Schaffstein, Friedrich*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, Berlin 1935.
- Schmidt, Anja*, Die Reform des Rechts der freiwilligen Prostitution, in: KJ 2015, S. 159–174.
- dies.*, § 21 Strafrechtlicher Schutz vor Diskriminierungen und Hasskriminalität, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Tübingen 2022, S. 881–924.
- Schmidt, Christopher*, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, in: NJW 2017, S. 2225–2228.
- Schmitt Glaeser, Walter*, § 38 Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage, München 2005, S. 229–262.
- Schöch, Heinz*, Menschenwürdiges Sterben und Strafrecht: Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe), in: ZRP 1986, S. 236–239.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001.

- dies.*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, München 2019.
- Schrader, Viktoria*, Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum Verbandsstrafrecht, Berlin 2021.
- Schramm, Edward*, Grundzüge eines Ehe- und Familienstrafrechts. Für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, in: JA 2013, S. 881–888.
- ders.*, § 27 Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, Strafrecht Besonderer Teil I, Heidelberg 2019, S. 1177–1209.
- Schröder, Friedrich-Christian*, Die Straftaten gegen das Strafrecht: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 28. November 1984, Berlin 1985.
- ders.*, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, in: ZStW 1994, S. 565–580.
- Schroth, Ulrich*, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes. Aporien einer paternalistischen Gesetzgebung, JZ 1997, S. 1149–1154.
- ders.*, Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebenspende, in: von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 205–220.
- ders.*, Strafe ohne nachweisbaren Vorwurf, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, Berlin/New York 2011, S. 505–722.
- Schubert, Gernot*, Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, Berlin 1978.
- Schuchmann, Inga*, Grenzen der Strafgesetzgebung – Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit, Schuld, in: Albrecht, Anna/Geneuss, Julia/Giraud, Alix/Pohlreich, Erol (Hrsg.), Strafrecht und Politik. 6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Baden-Baden 2018, S. 31–50.
- dies.*, Geschlecht im Sexualstrafrecht – Aktuelle Entwicklungen und Reformbedarf, in: Januskiewicz, Magdalena/Post, Alina/Regel, Alexander/Scheideler, Luisa/Treutlein, Alisha (Hrsg.), Geschlechterfragen im Recht. Interdisziplinäre Überlegungen, Berlin/Heidelberg 2021, S. 91–120.
- Schulte, Philipp*, Kontrolle und Delinquenz. Panelanalysen zu justizieller Stigmatisierung und Abschreckung, Münster 2019.
- Schumann, Heribert*, Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 565–584.
- Schünemann, Bernd*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 133–154.
- ders.*, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, in: von Hirsch, Andrew/Seelmann, Kurt/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 18–35.
- ders.*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, in: ZIS 2016, S. 654–671.
- Schwinge, Erich/Zimmerl, Leopold*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, Bonn 1937.

- Seelmann, Kurt*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kalho, Michael (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, Berlin/Heidelberg 1998, S. 482–494.
- ders.*, Schwierigkeiten der Alternativdebatte im Strafrecht, in: Radtke, Henning/Müller, Egon/Britz, Guido/Koriath, Heinz/Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung, Baden-Baden 2004, S. 151–163.
- ders.*, Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus?, in: Fath-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus. Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, Stuttgart 2010, S. 206–219.
- Seibel, Karin*, Zum Begriff des Tabus. Eine soziologische Perspektive, Wiesbaden 1990.
- Simmmler, Monika*, Normstabilisierung und Schuldvorwurf. Eine Analyse der Funktion und Variabilität der strafrechtlichen Schuld am Beispiel der Strict Liability, Berlin 2018.
- Sina, Peter*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, Basel 1962.
- Singelstein, Tobias*, Diskurs und Kriminalität. Außergesetzliche Anwendungsregeln als diskursive Praktiken im Wechselverhältnis zwischen Kriminalisierungsdiskursen und Strafrechtsanwendung, Berlin 2009.
- Singer, Wolf*, Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung, Frankfurt am Main 2003.
- Sinn, Arndt*, Stellungnahme: Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zur Selbsttötung (BT-Drs. 20/904) Öffentliche Anhörung am 28.11.2022 im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Osnabrück, November 2022, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/923420/52cb9ff99ae00089125b03fa21d38253/Sinn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.04.2023).
- Soral, Wiktor/Bilewicz, Michal/Winiewski, Mikolaj*, Exposure to hate speech increases prejudice through desensitization, in: Aggressive Behavior 2018, S. 136–146.
- Sowada, Christoph*, Praxiskommentar zu BGH, Urteil vom 30.7.2019 – 5 StR 132/18, sowie BGH, Urteil vom 3.7.2019 – 5 StR 393/18, in: NStZ 2019, S. 670–672.
- ders.*, Die Tatherrschaft als Zurechnungsinstrument im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdtötung, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette/Magnus, Dorothea/Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, S. 1109–1128.
- Spangenberg, Ulrike/Färber, Gisela/Späth, Corinna*, Geringere Lohnersatzleistungen in Steuerklasse V: Benachteiligung zulasten von Frauen, DVBl. 2011, S. 296–301.
- Stächel, Gregor*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Berlin 1998.
- Steiner, Udo*, § 108 Schutz von Ehe und Familie, in: Merten, Detlev/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, S. 1249–1278.
- Steinke, Ronen*, „Gotteslästerung“ im säkularen Staat. Ein Plädoyer für die Streichung des § 166 StGB, in: KJ 2008, S. 451–457.
- Steinl, Leoniel/Schemmel, Jakob*, Der strafrechtliche Schutz vor Hassrede im Internet. Jüngste Reformen im Lichte des Verfassungsrechts, in: GA 2021, S. 22–36.
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar. Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 4. Auflage, Köln 2023.
- Sternberg-Lieben, Detlev*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997.
- ders.*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie.

- Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 65–82.
- ders.*, Die Strafbarkeit eines nicht indizierten ärztlichen Eingriffs, in: Böse, Martin/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 325–353.
- Stolleis, Michael*, Das Menschenbild der Verfassung, in: Duncker, Hans-Rainer (Hrsg.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie. Zum 100jährigen Jubiläum der Gründung der Wissenschaftlichen Gesellschaft im Jahre 1906 in Straßburg, Frankfurt am Main 2006, S. 369–378.
- Stratenwerth, Günter*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg/Karlsruhe 1977.
- ders.*, Gibt es eigenhändige Delikte?, in: SchwZStR 1997, S. 86–93.
- ders.*, Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 377–391.
- ders.*, Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“, in: von Hirsch, Andrew/Seelmann, Kurt/Wohlens, Wolfgang (Hrsg.), Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 157–165.
- ders.*, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, in: Böse, Martin/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 355–363.
- Stürner, Rolf* (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO-/HUntPRot und EuErbVO, Kommentar, 18. Auflage, München 2021.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, in: GA 2011, S. 653–661.
- Suhr, Dieter*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976.
- Swoboda, Sabine*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, in: ZStW 2010, S. 24–50.
- Tenthoff, Christian*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, Berlin 2008.
- Tiedemann, Klaus*, Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991.
- Tröndle, Herbert*, Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, in: ZStW 1987, S. 25–48.
- Valentiner, Dana-Sophia*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung. Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Baden-Baden 2021.
- Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen*, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München
- Vogel, Benjamin*, Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit, in: ZStW 2016, S. 138–172.
- Vogel, Joachim*, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: StV 1996, S. 110–115.
- Volkmann, Uwe*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998.
- ders.*, § 16 Allgemeine Grundrechtslehren, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Po-scher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, S. 1051–1099.

- von der Pfordten, Dietmar, Normativer Individualismus, in: ZphF 2004, S. 321–346.
- ders., Normativer Individualismus und das Recht, JZ 2005, S. 1069–1080.
- ders., Paternalismus und die Tötung auf Verlangen, in: von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 193–203.
- von Galen, Margarete Gräfin, Rechtsfragen der Prostitution. Das ProstG und seine Auswirkungen, München 2004.
- dies., Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.2.2016 – 1 StR 435/15, in: NJW 2016, S. 2438.
- von Galen, Margarete/Gurlit, Elke, Milieubedingte Unruhe – Zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der Prostitution, in: NVwZ 2022, S. 777–780.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StGB, München, 56. Edition Stand: 01.02.2023.
- von Hirsch, Andrew, Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 13–25.
- von Hirsch, Andreas, Direkter Paternalismus im Strafrecht: Sollte selbstschädigendes Verhalten verboten werden?, in: von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 57–70.
- von Hirsch, Andrew/Neumann, Ulfrid, „Indirekter Paternalismus“ im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) in: GA 2007, S. 271–694.
- von Humboldt, Wilhelm, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Breslau 1851.
- von Liszt, Franz, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ZStW 1883, S. 1–47.
- ders., Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft., in: ZStW 1988, S. 133–156.
- ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Auflage, Berlin/Leipzig 1888.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Grundgesetz, Band 1, Präambel, Artikel 1–19, Kommentar, 7. Auflage, München 2018.
- von Münch, Ingo, Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 113–128.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philipp (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 1 69, 7. Auflage, München 2021.
- Wapler, Friederike, Frauen in der Geschichte des Rechts, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2012.
- Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Kommentar zum StGB. Reihe Alternativkommentare, Band 1: §§ 1–21, Neuwied 1990.
- Wegner, Arthur, Zum Notstand im „Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs“ 1925, in: JR 1925, S. 578–583.
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, Berlin 1969.
- Werkmeister, Andreas, Strafrecht als Integrity. Zum Demokratieverständnis hinter der neueren Kritik an der Rechtsgutslehre, in: ARSP 2023, S. 409–432.
- Werle, Gerhard, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin/New York 1989.

- Wersig, Maria*, Der lange Schatten der Hausfrauenehe. Zur Reformresistenz des Ehegattensplittings, Opladen/Berlin/Toronto 2013.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 52. Auflage, Heidelberg 2022.
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin*, Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 46. Auflage, Heidelberg 2022.
- Wilfert, Marei Verena*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, Tübingen 2017.
- Wohlers, Wolfgang*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000.
- ders.*, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur, in: GA 2002, S. 15–20.
- ders.*, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: von Hirsch, Andrew/Seelmann, Kurt/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, S. 54–69.
- ders.*, Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie, in: GA 2012, S. 600–606.
- ders.*, Günther Jakobs und die Rechtsgutstheorie, in: Kindhäuser, Urs/Kreß, Claus/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen 2019, S. 307–326.
- Woitkewitsch, Christopher*, Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst, Aachen 2003.
- Wolff, Heinrich A.*, Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ als Verfassungsrechtssatz, in: AöR 1999, S. 55–86.
- ders.*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen 2000.
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1–37 StGB, 9. Auflage, Köln 2017.
- ders.*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4: §§ 174–241a StGB, 9. Auflage, Köln 2017.
- Zaczyk, Rainer*, Demokratieprinzip und Strafbegründung: Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, in: *Der Staat* 2011, S. 295–301.
- Zehetgruber, Christoph*, Mord, Tötung auf Verlangen oder Selbstmord – Bevormundende Sichtweisen und kaum nachvollziehbare menschliche Freiheit. Zugleich Anmerkung zu LG Dresden, Urt. v. 01.04.2015, 1 Ks 140 Js 56327/13 und BGH HRRS 2016 Nr. 506, in: HRRS 2017, S. 31–41.
- Zöller, Mark A.*, Garantspflicht nach eigenverantwortlicher Selbstgefährdung, in: Stein, Ulrich/Greco, Luis/Jäger, Christian/Wolter, Jürgen (Hrsg.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, Berlin 2018, S. 299–308.
- Zürcher, Tobias*, Legitimation von Strafe, Tübingen 2014.

Register

- Allgemeine Handlungsfreiheit 23, 91
– Eingriff in die 3, 7, 8, 34, 73, 74, 83, 88
– Schranken der 4, 33, 42, 43–46, 98, 101
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 3, 40, 74, 77, 83, 88, 91, 155
Amelung, Knut 12, 13, 20–24, 29
Appel, Ivo 3, 19, 40, 41, 84
Aufgabe des Strafrechts 9, 14, 26, 27, 79, 84, 192, *siehe auch* Strafzweck
Autonomie 74–76, 98, 102, 105, 127–129, 138, 140, 142–144, 147, 154, 157, 158, 174, 194, 199
- Bestimmtheit 45, 70, 118
Binding, Karl 14–16, 21, 22
Birnbauer, Johann Michael Franz 12–14, 21, 22, 29
Britz, Gabriele 74–76
- Demokratiefeindlichkeit 4, 20, 89
Demokratiefeinde *siehe* Demokratiefeindlichkeit
Demokratieprinzip 102, 104, 112, 113, 198
- Eigenverantwortlichkeit 64, 65, 71, 102
Ewigkeitsgarantie 23, 30, 89, 90, 110, 111, 113, 158
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von 10–12, 30, 32
Fremdbild 5, 6, 72–87, 153, 156, 173, 192, 198
- Gesellschaftsvertrag 10, 13, 29, 30, 96
- Gesetzgeberischer Spielraum 25, 36, 38, 41, 45, 46, 69, 73, 111, 121, 146, 191, 197
Gesetzgebungsmaterialien 187
Gesetzgebungsmaterie *siehe* Regelungsmaterie
Gesetzgebungsverfahren 113
Gutsverletzung 12, 14, 15
- Hassemer, Winfried 8, 15, 20, 26, 28, 32, 107
Hobbes, Thomas 10, 30
Hörnle, Tatjana 4, 5, 41–45, 58, 59, 71, 116, 118
- Kaspar, Johannes 3, 41, 42
Kollektiv 96, 100, 141, 179, *siehe auch* Rechtsgut, kollektives; Schutzgut, kollektives
– kollektiv 107, 121, 141
– Kollektivinteresse 123
– kollektivistisch 18, 96
Konsens 101, 105, 109, 128, 129, 135, 137, 138, 146, 156–158, 180, 183, 184, 194, 199, 200
– gesellschaftlicher Grundkonsens 108, 109, 116, 158
– Minimalkonsens 106, 110, 114, 115, 117, 122, 123, 157, 158, 199
- Lagodny, Otto 3, 19, 70
Leben 110, 138, 142, 143, 145, 147–149, 165, 168, 172, 173
Liszt, Franz von 16, 17, 21, 49
- Menschenbild 71, 98, 99
Menschenrechte 23

- Menschenwürde 23, 65, 66, 67, 101, 112–114, 125, 138, 140–142, 172, 173
- Nationalsozialismus 17–19, 20, 96, 116
- Öffentlicher Frieden 41, 103, 106, 110, 116–118, 122, 123
- Positivistisch 13–17, 21
- Prostitution 159, 185–194
- Rechtsgut 3, 6, 7, 8, 14–17, 22, 24–27, 91, 103, 116, 118, 123, 128, 140, 142, 146, 147, 152, 157, 176, 182, 184
- formeller Gehalt 7, 9, 24
 - individuelles 41, 110, 114, 134, 137, 138, 155
 - kollektives 41, 95, 138, 141, 149
 - materieller Gehalt 2, 7, 8, 9, 29
- Rechtsgutsbegriff 7, 9, 10–11, 14, 19, 21–23, 27, 32
- formeller 7, 8, 16
 - gesetzgebungskritischer 20, 28, *siehe auch materieller*
 - materieller 7, 8, 9, 15, 20, 25, 31
 - methodischer, systemimmanenter 7, *siehe auch formeller*
 - in der NS-Zeit 17–21, *siehe auch Nationalsozialismus*
 - positiver 14, 15
 - systemkritischer, systemtranszendent 7, 20, 25, 29, *siehe auch materieller*
 - Verbindlichkeit für die Gesetzgebung 8, *siehe auch Rechtsgutslehre, Verbindlichkeit der*
- Rechtsgutslehre 3, 5, 19, 20, 23, 27, 29, 30, 32, 42, 197
- Gehalt der 2, 21, 26, 27
 - Kompatibilität mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 31
 - und Kriminalpolitik 9, 26, 28
 - personale 8, 20, 42, 43, 96
 - Verbindlichkeit der 8, 27–31
 - Vorgaben der 29, 31, 41
- Rechtsgüterpolitik 107
- Rechtsgüterschutz 5, 8, 9, 15–17, 24, 25, 27, 80, 130, 151, 156
- Rechtsstaatsprinzip 45, 62–66, 90, 100–102, 113
- Rechtsverletzung 10, 12, 14, 32, 80
- Rechtsverletzungstheorie 10, 13, 14
- Rechtsgutsverständnis *siehe* Rechtsgutsbegriff
- Regelungsmaterie 4, 33, 36, 43–46
- Roxin, Claus 20, 27, 28, 31, 52, 53, 58, 59, 164, 166, 167
- Schuldprinzip 45, 67, 78, 79, 81, 84
- formeller Gehalt des 40, 61, 70, 72, 110
 - materieller Gehalt des 72
 - strafrechtliches 48
 - verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum 62–69
 - verfassungsrechtliches 5, 41, 46, 47, 48, 60, 61, 70–73, 77, 84, 92, 95, 102, 155, 198
- Schuldvorwurf 5, 40, 51–54, 56–59, 72, 77–80, 94, 197, 198
- individueller 55, 72, 79, 87, 197
 - staatlicher 81, 87
 - strafrechtsspezifischer 46, 63, 72, 85, 92
- Schutzgut *siehe* Rechtsgut
- Selbsttötung 145, 151, 155, 162, 164–167, 171, 173
- geschäftsmäßige Förderung der 1, 40, 135, 143, 155
- Selbstbestimmung 75, 102, 110, 123, 127–129, 133–137, 140, 141, 142, 144–146, 149, 154–156, 158, 168, 172, 173, 199
- sexuelle 127, 128, 134, 190, 192
- Sexarbeit *siehe auch* Prostitution
- Sittengesetz 42–45, 88
- Sozialvertrag *siehe* Gesellschaftsvertrag
- Sterbehilfe 148, 150, 161, 168–172
- Strafgesetzgebung 26, 29
- Grenzen der 9, 13, 27, 28, 30, 32, 33, 38, 40, 42, 89
 - materielle Grenzen der 33, 197
 - Schutzgut der 3, 4, 118
 - verfassungsrechtliche Grenzen der 5, 6, 23, 33, 46, 70
 - Vorgaben für die 1, 4, 45
 - Ziel der 107, *siehe auch* Strafzweck

- Strafzweck 4, 5, 9, 16, 24, 26, 27, 40, 41, 52
- Strafzwecklehre 52, 80, 94
- Tabu 103, 104, 106–110, 120, 147, 149, 151, 158, 174
- Fremdtötungstabu 106, 110, 147, 149, 160, 173, 174
- Tatherrschaft 136, 137, 153, 156, 158, 162, 164–166, 168, 173, 199
- Ultima ratio 2, 33, 37–40, 80, 81
- Unfriedlichkeit 103, 110, 158
- Ungehorsam 15, 16, 69, 79, 92, 93, 119
- Verwaltungsungehorsam 185, 186, 192
- Unwerturteil 51, 102, 110, 173, 177
- individuelles 88
 - sozialetisches 5, 34–39, 48, 61, 68, 72, 73, 77–88, 92–96, 103, 106, 111, 120–123, 130–133, 136, 138, 139, 144–158, 173, 174, 181–184, 189–195, 197–199
 - staatliches 48, 73, 74, 83, 87
- Verbrechensbegriff 12, 29, 30,
- materieller 1, 11, 13, 19, 29
 - natürlicher 13
- Verfassung 22, 23, 25, 30, 32, 37, 42, 44, 53, 62, 90, 91
- Verfassungswidrig 28, 91, 132, 135, 174, 199, 200
- Entscheidungen des BVerfG 1, 40, 132, 135, 160, 166
 - Maßstab 9, 31, 35, 39, 41, 110
 - teilweise 39, 184, 192–195
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 3, 31, 33, 40, 61, 70, 92
- Verfügungsbefugnis 128, 134, 138, 146, 156–158, 199
- Vorpositiv 5, 13–18, 23, 27, 29, 32, 33, 42, 46, 70, 72, 93
- Vorwerfbarkeit 47, 49–51, 53, 60, 63, 67, 78, 81
- Wertvorstellungen 27, 198
- Zugangskontrolle 128, 129, 137, 138, 147, 156, 158, 199
- Zurechnung 77, 78, 81, 85, 87, 120, 122, 163, 164, 171
- Zweck 8, 20, 60
- Legitimer 3, 9, 19, 31, 37, 40, 41, 42
 - politischer 19
 - Schutzzweck 4
 - des Staates 12
 - Strafzwecke 4, 5, 9, 16, 24, 26, 27, 40, 41, 52