

Grenzen der Gesetzgebung im Kontext des § 217 StGB

Darf man die Beteiligung am Suizid nicht bestrafen?

Von Prof. Dr. Yuki Nakamichi, Tokyo*

I. Einleitung

Der Deutsche Bundestag hat im Jahr 2015 § 217 StGB ins deutsche Strafgesetzbuch eingeführt. Die Vorschrift lautet:

„(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.“

Die Diskussion wurde dadurch ausgelöst, dass ein Ableger der Schweizer Sterbehilfeorganisation „Dignitas“ in Hannover entstand und im Anschluss daran der ehemalige Hamburger Justizsenator *Roger Kusch* seine Sterbehilfeorganisation „Sterbehilfe Deutschland e. V.“ gründete.¹ Diese Tatsache bildet den Hintergrund dieser Gesetzgebung.²

Nicht nur während der Diskussionen im Bundestag und Bundesrat, sondern auch noch nach dem Inkrafttreten des § 217 StGB werden die Gesetzesentwürfe intensiv analysiert und stark kritisiert: die Bestrafung der Suizidhilfe sei unverhältnismäßig, der Entwurf bejahe die Teilnahme ohne Täter, der Tatbestand erfasse Tätigkeiten in Hospizen und Palliativstationen unerträglich weit usw.³ In der Diskussion wird nicht nur strafrechtsimmanente Kritik, sondern es werden auch verfassungsrechtliche bzw. rechtspolitische Einwände erhoben.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob alle Kritiken gleiches Gewicht haben. Mit anderen Worten: Mit welchem Framework bzw. in welcher Reihenfolge kann man die Gesetzgebung theoretisch und effektiv kritisieren? Mit diesem Problem hat sich die Strafrechtswissenschaft bislang noch nicht so intensiv beschäftigt. Aber um die Legitimität und die Gültigkeit des § 217 StGB theoretisch zu überprüfen, muss man vorab darstellen, wie man Gesetzgebung analysiert (Struktur der Gesetzgebungsanalyse).

Der Beitrag versucht, zunächst das Framework einer Gesetzgebungsanalyse aufzuzeigen (II.). Im Anschluss daran sollen Legitimität und Gültigkeit des § 217 StGB sowie anderer Entwürfe überprüft werden. Dadurch ermöglicht der vorliegende Beitrag eine Bewertung des neuen § 217 StGB und zeigt hierzu mögliche Alternativen auf (III., IV.).

II. Struktur der Gesetzgebungsanalyse

Herkömmlich finden sich in der Strafrechtswissenschaft Voraussetzungen, mit denen die Strafgesetzgebung legitimiert wird. *Hassemer* zufolge dürfe nur die Verletzung der sozialvertraglich gesicherten Freiheiten als Straftat gelten, wodurch das Rechtsgut einen systematischen Ort als negatives Kriterium einer legitimen Kriminalisierung erhalte.⁴ *Schünemann* zufolge dürfe Strafe nur verhängt werden, wenn es um die Gewährleistung der unentbehrlichen Güter des Einzelnen und der Gesellschaft gehe.⁵ Beide betonen die Rechtsgutsverletzung als Voraussetzung des Strafrechts.

Heutzutage spielt die Argumentationsformel „ohne faßbare Rechtsgutsverletzung keine Straftat“⁶ keine entscheidende Rolle mehr. In der Praxis verliert die Rechtsgutsargumentation für die konkreten Gesetzgebungen ihre Überzeugungs- bzw. Beschränkungskraft. Das BVerfG hat dies in seiner Inzestentscheidung zum Ausdruck gebracht: „Strafnormen unterliegen von Verfassungs wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten. [...] Versteht man im Sinne eines normativen Rechtsgutsbegriffs unter ‚Rechtsgut‘ das, was der Gesetzgeber ausweislich des geltenden Rechts als rechtlich schützenswert betrachtet, reduziert sich der Begriff darauf, die ratio legis der jeweiligen Strafnorm auszudrücken; er kann dann eine Leitfunktion für den Gesetzgeber nicht übernehmen.“⁷

In wissenschaftlichen Kreisen wird die Rechtsgutslehre zur Gesetzgebungsanalyse für mangelhaft gehalten: „Aus der Bestimmung, welche Rechte, Interessen oder Güter legitimes Schutzobjekt des Strafrechts sein können, folgt jedenfalls nicht, dass der strafrechtliche Schutz nicht auch durch präventive Verhaltensnormen geschehen kann. [...] Tatsächlich geht es dann nicht mehr um die Frage, was legitimer Schutzgegenstand sein darf, sondern welches Verhalten legitimer Weise kriminalisiert werden kann.“⁸ Allein die Rechtsgutslehre kann die Gesetzgebung weder kontrollieren noch verbessern.

* Professor für Strafrecht, Waseda Universität, Tokyo. Das Manuskript ist während meines Forschungsaufenthalts an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Rahmen eines Stipendiums der Alexander von Humboldt-Stiftung entstanden. Ich danke Prof. Dr. *Henning Rosenau*, der als Betreuer mein Projekt stets mit viel Einsatz unterstützt hat, und ich bedanke mich bei Frau *Carina Dorneck* für ihre Hilfe, die den Aufsatz nicht nur grammatikalisch, sondern auch inhaltlich verbessert hat.

¹ *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108. Zur Genese *Hillenkamp*, *KriPoZ* 2016, 3 (4).

² BT-Drs. 17/11126, S. 1; BT-Drs. 18/5373, S. 2 f.

³ Statt vieler *Hilgendorf/Rosenau*, *medstra* 2015, 129; *Hilgendorf*, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2016, 5. Kap. Rn. 17 ff.

⁴ *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (380).

⁵ *Schünemann*, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 223 (233).

⁶ *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (380).

⁷ BVerfGE 120, 224 (241).

⁸ *Burghardt*, in: *Brunhöber* (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, 2014, S. 83 (99).

Dagegen nimmt *Frisch* einen anderen Ansatz zur Begrenzung der Gesetzgebung an. Er findet das Charakteristikum der Strafe im sozialetischen Vorwurf gegen die Tat. Dem Täter werde zum Vorwurf gemacht, etwas getan zu haben, was mit sozialetisch fundierten Grundanforderungen des Gemeinschaftslebens nicht vereinbar sei.⁹ Dieser sozialetische Vorwurf begrenze die Strafgesetzgebung. Auch in der Rechtsprechung des BVerfG werden dem Begriff „sozialetisch“ ähnliche Begriffe verwendet, wie „sozialschädlich“ oder „für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich“.¹⁰

Der Begriff der Sozialschädlichkeit ist allerdings präzisierungswürdig; denn er ist nicht nur unbestimmt, sondern auch wertungsabhängig. Wer kann überhaupt festlegen, welche Verhaltensweisen sozialetisch vorwerfbar und sozial schädlich sind? *Gärditz* nennt als Entscheidungsinstanz den Gesetzgeber: Die beweglichen und wertungsabhängigen Grenzen des sozial Hinnehmbaren zu definieren, Interessenkonflikte aufzulösen und Orientierungssicherheit auf ethisch umstrittenem Terrain durch Normierung zu vermitteln, sei gerade eine Daueraufgabe demokratischer Gesetzgebung.¹¹

Aus der Argumentation von *Gärditz* ergibt sich die weitere Frage, wo und wie man dem Ermessensspielraum des Gesetzgebers Grenzen setzen kann. Eine Möglichkeit sind die Grundprinzipien des Strafrechts wie das Schuldprinzip, das Tatstrafrecht oder das Rechtsgutsprinzip. Aber vom Schuldprinzip abgesehen, das seine Wurzel im Grundgesetz hat,¹² ist positivrechtlich noch unklar, was die Begrenzungskraft der strafrechtlichen Prinzipien legitimieren und gewährleisten kann.¹³ Daher ist vielmehr naheliegend, die Grenzen der Strafgesetzgebung in der Verfassung selbst zu suchen; denn der Verfassung wird die Rolle zuteil, die jeweils getroffenen demokratischen Entscheidungen unter Kontrolle zu stellen.¹⁴

Vor diesem Hintergrund ist die äußere Grenze der Strafgesetzgebung gesetzt: Nur die Verfassung setzt dem demokratischen Gesetzgeber Grenzen.¹⁵ Außerhalb des Verfassungsrahmens können keine Gesetze bestehen. Wenn ein Gesetzesentwurf unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht legitimierbar ist, wird er als nichtig angesehen. Umgangssprachlich formuliert: Er ist durch die Prüfung gefallen.

Dies bedeutet aber nicht, dass die sich im Rahmen der Verfassung bewegenden Entwürfe gleichermaßen qualifiziert

werden könnten. Auch innerhalb der Verfassung kann die Qualität von Gesetzesentwürfen unterschiedlich sein. *Stuckenberg* bringt dies folgendermaßen richtig zum Ausdruck: „Solange ein Gesetz sich im Rahmen der verfassungsmäßigen Vorhaben bewegt, ist es legitimer Ausdruck des souveränen Volkswillens, gleichgültig, ob man es für eine vernünftige und liberale Lösung oder mit guten Gründen für theoriwidrig, zweckuntauglich oder sonst verfehlt hält.“¹⁶ Der eine Entwurf kann als „gut“ bewertet werden, während der andere nur ein „ausreichend“ erhält. Die Verfassung setzt dem Gesetzgeber jedoch nur die äußeren Grenzen. An die verfassungsrechtliche Prüfung schließt sich eine weitere Bewertungsstufe an. Hier spielen zum Beispiel strafrechtliche Systemstimmigkeit, rechtspolitische Effektivität und jene strafrechtlichen Grundprinzipien eine Rolle, die nicht in der Verfassung verankert sind, aber traditionell für überzeugend und notwendig gehalten werden.

Die dieser Stufe zugewiesenen Argumentationsformen können allerdings nicht mehr die Begrenzungskraft haben, den Gesetzgeber absolut zu binden; denn sie gründen ihre Überzeugungskraft nicht aus der Verfassung selbst. Diese Argumente dienen daher nur als wissenschaftlicher Vorschlag im politischen Diskurs.¹⁷

Aus der Darstellung ergibt sich die Struktur der Gesetzgebungsanalyse: In einem ersten Schritt muss man überprüfen, ob sich ein Gesetz im Rahmen der Verfassung bewegt. Wenn das Gesetz dieser Prüfung standhält, muss das Gesetz zumindest als legitim erachtet werden. In einem zweiten Schritt gilt es jedoch zu überprüfen, ob es bessere Alternativen gibt. Der vorliegende Beitrag versucht, nach dieser Analysestruktur Legitimität und Gültigkeit des § 217 StGB zu überprüfen.

III. Verfassungskonformität der Beteiligung am Suizid

1. Relevante Grundrechte

Bei dem Verbot der Beteiligung am Suizid ist seitens des Suizidenten das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie das Recht auf Selbsttötung (Art. 2 Abs. 1 GG)¹⁸ tangiert. Auf Seiten des Suizidhelfers sind als betroffene Grundrechte die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Berufsfreiheit der Ärzte (Art. 12 Abs. 1 GG) in Betracht zu ziehen. Die relevanten Grundrechte gelten sowohl für die geschäftsmäßige bzw. gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung als auch für die umfassende Bestrafung der Suizidhilfe.

Das Recht auf Leben sowie die Berufsfreiheit stehen unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Die allgemeine Handlungsfreiheit untersteht dagegen der Schrankentrias. Sie kann danach eingeschränkt werden, wenn sie gegen die verfassungsmäßige Ordnung, genauer gegen „die allgemeine Rechtsordnung [...], die die materiellen und formellen Nor-

⁹ *Frisch*, NStZ 2016, 16 (20).

¹⁰ BVerfGE 96, 10 (25); 88, 203 (258).

¹¹ *Gärditz*, JZ 2016, 641 (645).

¹² BVerfGE 20, 323 (331).

¹³ Zur Bedeutungslosigkeit der Rechtsgutslehre im demokratischen Verfassungsstaat *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 390. Vgl. *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 21.

¹⁴ Art. 20 Abs. 3 GG, siehe hierzu *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. 2016, Rn. 11.

¹⁵ Vgl. *Gärditz*, Der Staat 2010, 331; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 28 f.; *Ladogny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 3: „Der Strafgesetzgeber steht [...] nach Art. 1 Abs. 3 GG vor den Schranken auch der Grundrechte aus Art. 2 ff. GG“.

¹⁶ *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658).

¹⁷ *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658 f.).

¹⁸ *Lindner*, JZ 2006, 373 (377); *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (550). Abweichend *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 32. Aufl. 2016, Rn. 438.

men der Verfassung zu beachten hat, also eine verfassungsmäßige Rechtsordnung“ verstößt.¹⁹ Beide Schranken sind unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit zu überprüfen:²⁰ 1. Legitimität des Zwecks, 2. Geeignetheit und 3. Erforderlichkeit des Mittels sowie 4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

2. Zweck des Verbots

Zuerst ist zu überprüfen, ob der Zweck des Verbots legitimierbar ist. Nach dem Entwurf von *Brand u.a.*, der die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe stellen wollte, liegt der Zweck dieser Vorschrift darin, die freiverantwortliche Selbstbestimmung über den eigenen Tod und das Recht auf Leben vor der Beeinflussung von Dritten zu schützen:²¹ Die freiverantwortliche Selbsttötung bliebe straflos. Die Eigenverantwortlichkeit begründe die Straflosigkeit des Suizids. Durch die Einbeziehung von Suizidhelferinnen und Suizidhelfer, die möglicherweise spezifische Eigeninteressen verfolgen, könnten Willensbildung und Entscheidungsfindung der betroffenen Personen beeinflusst werden. Außerdem könne durch die Verbreitung des assistierten Suizids eine scheinbare Normalität oder eine soziale Gebotenheit der Selbsttötung entstehen und damit Menschen zur Selbsttötung gezwungen bzw. verleitet werden, die dies ohne ein solches Angebot nicht täten. Aufgrund dieses Einflusses bedeute die Tätigkeit von geschäftsmäßig handelnden Personen und Organisationen eine abstrakte Gefährdung des menschlichen Lebens und der Autonomie des Individuums.²²

Der Gesetzgeber ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG allein an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden und verfügt über einen weiten Spielraum. Der Gesetzgeber darf daher, soweit der Zweck als solcher nicht gegen die Verfassung verstößt,²³ bei der Zweckwahl frei sein,²⁴ womit die Legitimität unabhängig von der politischen und moralischen Zustimmungswürdigkeit ist.²⁵ Der hier vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, nämlich der Schutz der freiverantwortlichen Selbstbestimmung über das Lebensende vor der Einwirkung von Dritten und des Rechts auf Leben vor der voreiligen Entscheidung zum Suizid, hat seinen Grund im Grundgesetz und ist insoweit als legitim anzusehen.

3. Verhältnismäßigkeit

a) Erforderlichkeit und ultima ratio

Nach der Anerkennung eines legitimen Zwecks schließt sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit an. Dort besteht einer der Brennpunkte der wissenschaftlichen Einwände.

Der Entwurf von *Brand u.a.* hält den Eingriff in die Berufsfreiheit, in die allgemeine Handlungsfreiheit und in das Selbstbestimmungsrecht deshalb für verhältnismäßig, weil die gefährdeten Rechtsgüter, hier das Recht auf Leben und die individuelle Garantie autonomer Willensentscheidungen, von hoher Wertigkeit sind. Aufgrund dieser verfassungsrechtlich geschützten höherrangigen Rechtsgüter stehe das Verbot nicht außer Verhältnis zu dem mit ihm angestrebten Ziel.²⁶

Die Erforderlichkeit eines strafbewährten Verbots begründet der Entwurf mit folgender Logik: „Mildere Maßnahmen, wie dem strikten strafrechtlichen Verbot vorgelagerte Kontrollmaßnahmen, sind kein gleichermaßen geeignetes Mittel. Zu Recht wird insoweit nicht nur auf die drohenden Vollzugsschwierigkeiten hingewiesen, sondern auch auf die Tatsache, dass damit der Tendenz, die Suizidhilfe als ‚normale Dienstleistung‘ zu verstehen, sogar Vorschub geleistet würde, weil diese Angebote mit dem ‚Gütesiegel‘ staatlicher Kontrolle versehen würden.“²⁷

Das Ergebnis, dass der Gesetzgeber berechtigt sei, die Suizidhilfe umfassend zu verbieten, wird auch von Staatsrechtlern befürwortet.²⁸

Strafrechtlerinnen und Strafrechtler hingegen kritisieren die auf der Verhältnismäßigkeit basierte Begründung. *Roxin* zweifelt die Verfassungsmäßigkeit des § 217 StGB an, weil eine Unterbindung organisierter Suizidhilfe auch durch eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit zu erreichen sei und damit eine Kriminalisierung der Suizidhilfe gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße.²⁹

Dieser Einwand betrifft den Prüfungsschritt der Erforderlichkeit. Nach dem BVerfG ist das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel erforderlich, wenn „der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.“³⁰ Vor dem gleichen Hintergrund hält *Hilgendorf* den Einsatz des Strafrechts für unverhältnismäßig, weil es nur fiktive Gefahrenlagen gebe, die das „schärfste staatliche Mittel“ der Strafe nicht rechtfertigen könnten.³¹ Auch *Hoven* bezweifelt die Erforderlichkeit des Strafrechts in diesem Kontext; denn „[die] präventiven Regelungen des Vereins- und Verwaltungsrechts bieten effektive und zugleich mildere Steuerungsmöglichkeiten, um die Voraussetzungen für eine tatsächlich freie Entscheidung des Suizidenten sicherzustellen.“³²

Diese Einwände setzen die These voraus, dass Strafe das schärfste staatliche Eingriffsmittel ist und damit das Straf-

¹⁹ BVerfGE 6, 32 (38).

²⁰ Statt vieler *Kingreen/Poscher* (Fn. 18), Rn. 428, 449, 939.

²¹ BT-Drs. 18/5373, S. 10 f. Die gleiche Begründung kann man auch im Entwurf von *Künast u.a.* (BT-Drs. 18/5375, S. 11) finden.

²² BT-Drs. 18/5373, S. 10 ff.

²³ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316 f.).

²⁴ *Wienbracke*, ZJS 2013, 148 (149).

²⁵ v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (121).

²⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 12 f.

²⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 13.

²⁸ *Reimer*, ZfL 2015, 66 (74); *Hillgruber*, Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. September 2015, S. 18. Abweichend lehnt *Gärditz*, ZfL 2015, 114, die Verfassungskonformität der umfassenden Bestrafung der Beihilfe zur Selbsttötung ab.

²⁹ *Roxin*, NStZ 2016, 185 (188).

³⁰ BVerfGE 30, 292 (316).

³¹ *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (551).

³² *Hoven*, ZIS 2016, 1 (8).

recht allein als ultima ratio eingesetzt werden darf.³³ Dieses Ultima-Ratio-Prinzip wird jedoch seitens der Staatsrechtswissenschaft kritisiert.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass von einigen Autoren das Ultima-Ratio-Prinzip in der Rechtsprechung des BVerfG nicht als ein verfassungsrechtliches Prinzip, sondern allein als eine Art Rhetorik, um die Kontrolldichte des BVerfG zu betonen, angesehen wird. Nach *Gärditz*, der die Rolle und Funktion des Ultima-Ratio-Prinzips in der Rechtsprechung des BVerfG analysiert, nimmt das BVerfG auf den Ultima-Ratio-Gedanken erstmals in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch im Jahr 1975 Bezug.³⁴ In dieser Entscheidung werde jedoch eine Norm von Verfassungsrang nicht postuliert, wonach Strafrecht nur ultima ratio sein dürfe.³⁵ Auch *Landau* beschreibt den Status des Ultima-Ratio-Prinzips im BVerfG als „Argumentationstopos [...]“, ohne ein echter verfassungsrechtlicher Entscheidungsmaßstab zu sein.³⁶ Ob das Ultima-Ratio-Prinzip als solches Verfassungsrang hat oder nicht, bleibt hier offen. Aber rein deskriptiv gesehen lässt sich an dieser Stelle bestätigen, dass das Ultima-Ratio-Prinzip allein praktisch keine verfassungsrechtliche Begrenzungskraft gegen die Gesetzgebung haben könnte. Um dem Ultima-Ratio-Prinzip eine verfassungsrechtliche Bedeutung zu geben, bedarf es der Integrierung dieses Prinzips in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dort in die Prüfung der Erforderlichkeit.³⁷

Die Integration des Ultima-Ratio-Prinzips in die Verhältnismäßigkeit löst jedoch eine weitere Frage aus, und zwar, was ultima ratio eigentlich bedeutet. *Gärditz* schlägt vor, in der Erforderlichkeitsprüfung ultima ratio als eine Art „Unersetzbarkeit“ durch andere Instrumente wie dem Verwaltungs- oder Zivilrecht zu verstehen. Hierdurch wird die Rolle und Funktion des Strafrechts als Mittel, die verletzte Norm zu rehabilitieren bzw. zu stabilisieren, betont. Diese Rolle des Strafrechts als Normstabilisator lässt sich jedoch weder durch das Verwaltungsrecht noch das Zivilrecht ersetzen. *Gärditz* formuliert: „Wenn man die spezifische soziale Funktion der Kriminalstrafe einsetzen will, dann ist Strafrecht das einzige – sprich: erste und letzte – Mittel.“³⁸

Doch selbst wenn man nicht so weit und radikal gehen will wie *Gärditz*, könnte gleichwohl in Frage gestellt werden, ob der Einsatz des Strafrechts im Kontext der Suizidhilfe notwendig ist, um seine Funktion der Normstabilisierung zu erreichen, oder ob nicht vielmehr andere Instrumente diese Rolle einnehmen könnten. Die Vorschläge der Strafrechtswissenschaft, statt des Strafrechts das Ordnungswidrigkeitenrecht, das Verwaltungsrecht oder das Polizeirecht einzusetzen, betreffen diese Frage.

b) Ersetzbarkeit durch andere Instrumente

Eine erste Alternative wäre, mit dem Verwaltungsrecht die Transparenz der Tätigkeit der Suizidhelfer zu gewährleisten. Der Anbieter von Suizidhilfe könnte zum Beispiel verpflichtet werden, die Situation des Sterbewilligen und die Ernsthaftigkeit seines Entschlusses zu überprüfen.³⁹ Diese Verpflichtung würde aber nur dann funktionieren, wenn die zuständige Behörde alle Anbieter der Suizidhilfe unter ihre Kontrolle stellen könnte, während diese das Prüfverfahren durchführen und sie einem potentiellen Verstoß mit gewissen Sanktionen belegen könnte. Dies würde jedoch bedeuten, dass die Anbieter der Suizidhilfe vom Staat in gewisser Weise genehmigt werden würden. Wie der Entwurf der Bundesregierung klar gestellt hat, wird diese Tätigkeit mit dem „Gütesiegel“ der staatlichen Kontrolle versehen.⁴⁰ Das sich aus der Verpflichtung, sich der Kontrolle zu unterstellen, ergebene „Gütesiegel“ führt jedoch gerade zu dem vom Zweck des § 217 StGB abweichenden oder diesem gar gänzlich widersprechenden Ergebnis; denn diese Verpflichtung würde die „Normalität“ der Suizidhilfe verstärken. Dieselbe Kritik gilt auch dem Vorschlag, das Vereinsrecht zu benutzen. Eine verwaltungsrechtliche Verpflichtung der Suizidhelfer kann daher das Strafrecht, das diese Tätigkeiten missbilligen kann, nicht ersetzen. Mithin kann der Einsatz des Strafrechts nicht als unverhältnismäßig angesehen werden.⁴¹

Als zweite Alternative ist an das Polizeirecht zu denken: Wenn eine konkrete Gefahr für das Leben in den Tätigkeiten der Suizidhelfer gesehen wird, kann die Polizei aufgrund der polizeirechtlichen Generalklauseln diese Gefahr abwehren.⁴² Aber auch das Polizeirecht ersetzt das Strafrecht nicht; denn die polizeirechtlichen Maßnahmen haben einen situationsbezogenen Charakter.⁴³ Wenn man mit der Suizidhilfebestrafung die Norm „Du sollst nicht die Selbstbestimmung anderer entwerten!“ schaffen und bestätigen will, wären die polizei-

³⁹ *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (551). Vgl. auch *Duttge*, NJW 2016, 120 (125).

⁴⁰ BT-Drs. 17/11126, S. 8.

⁴¹ *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 212, kritisiert das „Gütesiegel“-Argument mit der folgenden Begründung: „Das Argument [...] hängt davon ab, wie man die Tätigkeit von Sterbehilfeorganisationen grundsätzlich normativ einschätzt. Denn ist man bereit, ihnen eine positive gesellschaftliche Aufgabe zuzusprechen [...], dann ist gegen ein staatliches Gütesiegel nichts einzuwenden“. Der Beitrag stimmt der Voraussetzung von *Saliger* zu. Aber die Entscheidung des Bundestags als „Vertreter des ganzen Volkes“ zeigt, dass die deutsche Gesellschaft noch nicht bereit war, Sterbehilfeorganisationen als etwas Positives einzuschätzen.

⁴² *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (551); *Saliger* (Fn. 41), S. 209.

⁴³ Konkrete Gefahr ist im Polizeirecht definiert als „eine Sachlage, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird“ (§ 3 Nr. 3 lit. a SOG LSA) und wird als Voraussetzung jedes polizeirechtlichen Handelns nach der Generalklausel angesehen. Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 69.

³³ Vgl. *Rosenau*, Stellungnahme zum geplanten § 217 StGB n.F. – BT-Drs. 17/11126, S. 2; *Hilgendorf/Rosenau*, medstra 2015, 129.

³⁴ BVerfGE 39, 1 (47).

³⁵ *Gärditz*, JZ 2016, 641 (643).

³⁶ *Landau*, ZStW 121 (2009), 965 (972).

³⁷ *Gärditz*, JZ 2016, 641 (642), *Goetzenjan*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 184 (204).

³⁸ *Gärditz*, JZ 2016, 641 (645 f.).

rechtlichen Maßnahmen unzureichend, weil diese nur der ad hoc-Gefahrenabwehr dienen und ein Verfahren zur Bestätigung der Normgeltung fehlt. Die Rolle als Mittel zur Normschaffung und Normbestätigung kann das Polizeirecht nicht leisten. Es kann damit das Strafrecht nicht ersetzen.

Dritte Alternative ist das Ordnungswidrigkeitenrecht. *Roxin* hat in seinem Lehrbuch ein Kriterium zur Einordnung als Ordnungswidrigkeit aufgezeigt: Der Gesetzgeber solle dann eine Ordnungswidrigkeit statuieren, wenn nur eine geringfügige Rechtsgüterbeeinträchtigung vorliegt oder wenn ein Verhalten trotz eines erheblichen Rechtsgüterschadens nur einen geringen sozioethischen Unwertgehalt aufweise.⁴⁴ Nach diesem Kriterium könnte das Ordnungswidrigkeitenrecht ein milderer Mittel zum Strafrecht sein. Es ist jedoch fraglich, ob die Suizidhilfe nur eine solch geringfügige Rechtsgüterbeeinträchtigung darstellt bzw. nur einen solch geringen sozioethischen Unwertgehalt aufweist. Die Grenze zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht ist wertungsabhängig und lässt sich damit nur „annäherungsweise“ bestimmen. Dem Gesetzgeber ist folglich auch hier ein Ermessensspielraum zuzubilligen.⁴⁵ Die Suizidassistenz ist gerade von solch einem Charakteristikum, dass sie sich zwar einerseits auf das hochrangige Rechtsgut des Lebens bezieht, sich andererseits aber zugleich erst noch im Vorfeld der konkreten Rechtsgutsverletzung befindet. Insoweit steht die Suizidhilfe gerade zwischen beiden Rechtsgebieten. Dass der Gesetzgeber die Suizidassistenz als sozioethisch schädlich bewertet, überschreitet folglich nicht den Rahmen seines Ermessensspielraums. Zwar soll hier das Ordnungswidrigkeitenrecht weiterhin als Alternative angesehen werden, zugleich wird aber auch der Einsatz des Strafrechts als noch verfassungsmäßig angesehen.

4. Zwischenergebnis

Trotz vieler Kritik aus der Strafrechtswissenschaft bleibt die gesetzgeberische Entscheidung, die Beteiligung am Suizid unter Strafe zu stellen, im Rahmen der Verfassung, der die äußerste Grenze der Gesetzgebungslegalität darstellt.⁴⁶ § 217 StGB ist daher nicht als verfassungswidrig einzustufen.

IV. Prüfung auf Systemimmanenz – Ist § 217 StGB die beste Lösung?

Die Feststellung, dass § 217 StGB nicht verfassungswidrig ist, muss aber nicht zugleich bedeuten, dass dieser Paragraph als die beste Lösung der Problematik anzusehen ist. § 217 StGB, der das derzeit geltende Recht darstellt, muss ferner auch auf seine strafrechtswissenschaftliche Konformität hin überprüft sowie aus einer rechtspolitischen Sicht betrachtet werden.

⁴⁴ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 99.

⁴⁵ *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 13; BVerfGE 27, 18 (30).

⁴⁶ *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (402 f.).

1. Bewertung des § 217 StGB

Aus strafrechtlicher Sicht ist die Lösung, eine Einschränkung der Strafbarkeit über das Merkmal der geschäftsmäßigen Förderung zu suchen, schwer zu legitimieren. Geschäftsmäßigkeit im Sinne dieser Norm ist dann zu bejahen, „wenn jemand die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung machen will“ oder „wenn das erstmalige Angebot den Beginn einer auf Fortsetzung angelegten Tätigkeit darstellt“.⁴⁷

Unerklärlich ist, warum eine an sich nicht strafbare Handlung auf einmal plötzlich dann strafbar ist, nur weil man dieselbe Handlung ein weiteres Mal vornimmt.

Die strafrechtliche Legitimierung des § 217 StGB ist danach allein mit der Erklärung möglich, dass die Tatsache, dass der Täter schon einmal dieselbe Tätigkeit ausgeübt hat oder dass er in der Intention handelt, dieselbe Tätigkeit in Zukunft weitere Male auszuführen, der straflosen Suizidhilfe ein neues Unrecht hinzufügt. Das sich hinzufügende Unrecht muss sich allerdings auf den Schutzzweck des § 217 StGB, den Schutz der freiverantwortlichen Selbstbestimmung über den eigenen Tod vor der Beeinflussung durch Dritte, beziehen. Gleichwohl kann weder die Tatsache, mehrmalig Suizidhilfe anzubieten, noch die Intention, dieselbe Tätigkeit fortzuführen, den Einfluss der in casu zu bewertenden Tätigkeit auf die Selbstbestimmung des in casu betroffenen Suizidenten erhöhen.⁴⁸ Zwar könnte die Geschäftsmäßigkeit die persönliche Vorwerfbarkeit erhöhen, dafür fehlt es aber an dem vorauszusetzenden Unrecht.

Vor diesem Hintergrund ist § 217 StGB als Fremdkörper im Strafrecht anzusehen. Strafrechtlich ist er damit nicht legitimierbar.

2. Alternativen zum derzeitigen § 217 StGB

a) Einschränkung auf die gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung

Einen strafrechtlich legitimierbaren Weg bietet vielmehr die Einschränkung auf die gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung. Gemäß der Gesetzesbegründung der Bundesregierung aus der vorhergehenden Legislaturperiode handelt gewerbsmäßig, „wer in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen [...], wobei die Tätigkeit von der Absicht getragen sein muss, Gewinn zu erzielen“.⁴⁹ Die Tatsache, dass jemand gewerbsmäßig die Gelegenheit zum Suizid anbietet, könnte die Gefahr, voreilig die Selbsttötung auszuführen, erhöhen, weil dem Anbieter Anreize fehlen, die Ernsthaftigkeit der Suizidentscheidung sorgfältig zu überprüfen. Vielmehr könnten sich sogar noch

⁴⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 17.

⁴⁸ *Duttge*, NJW 2016, 120 (122); *Eidam*, medstra 2016, 17 (19); *Hoven*, ZIS 2016, 1 (7). Zur Selbstbestimmungsneutralität von „Geschäftsmäßigkeit“, *Grünwald*, JZ 2016, 938 (946). Zur einschränkenden Auslegungsmöglichkeit der „Geschäftsmäßigkeit“ *Gaede*, JuS 2016, 385 (390); *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681 (689).

⁴⁹ BT-Drs. 17/11126, S. 9.

andere Beweggründe auf, den Suizidwunsch möglichst schnell zu erfüllen.⁵⁰ In Bezug auf den Schutzzweck der Norm ergibt sich hieraus das gesteigerte Unrecht.

Allerdings kann dieser Vorschlag die Tätigkeiten von sog. Suizidhilfevereinen wie „Dignitas“ oder „EXIT“ nicht erfassen, weil diese Vereine gerade keine wirtschaftlichen Interessen verfolgen.⁵¹ Damit wäre auch diese Alternative aus rechtspolitischen Gründen abzulehnen.

b) Verbot der Werbung für Suizidhilfe

Zunächst war im Gesetzgebungsverfahren ferner die Rede davon, die Werbung für Suizidhilfe unter Strafe zu stellen.⁵² Allerdings erscheint es aus Gründen der Logik und der Dogmatik absurd, die Werbung von nicht strafbaren Tätigkeiten als strafbar zu bewerten.⁵³ Diese Option ist mithin strafrechtlich keinesfalls legitimierbar.

c) Kategorisches Verbot

Die strafrechtlich womöglich am einfachsten zu legitimierende Option könnte ein kategorisches Verbot der Suizidassistenz sein. Die Gefahr, voreilig zum Suizid verleitet zu werden, kann nicht nur in der geschäftsmäßigen, sondern auch in der persönlichen und einmaligen Suizidförderung liegen. Um den Zweck zu erreichen, den Einfluss anderer auf die Selbstbestimmung über das eigene Leben vor dem voreiligen Suizid zu schützen, darf sich das Verbot nicht auf die geschäftsmäßige bzw. gewerbsmäßige Förderung beschränken.⁵⁴ Als Beispiel für solch eine Gesetzgebung sei § 202 des japanischen StGB (jStGB) genannt.

Japanischer Erfahrung zufolge birgt diese Vorschrift jedoch aufgrund der mit ihr verbundenen Rechtsunsicherheiten ein erheblich hohes Strafbarkeitsrisiko für Ärzte, die folglich auch in Deutschland zu befürchten wären.

§ 202 jStGB stellt die Anstiftung und die Beihilfe zur Selbsttötung sowie die Tötung auf Verlangen und die Tötung mit Einwilligung des Opfers unter Strafe und sieht dabei keine Ausnahmeklausel vor.⁵⁵ Der Versuch ist strafbar (§ 203

jStGB). Diese Vorschrift setzt die Ärzte, die Sterbehilfe leisten, der Gefahr der Bestrafung aus. Um die Sterbehilfe, den Behandlungsabbruch und die Suizidhilfe von Ärzten zu rechtfertigen, muss man die in Konflikt stehenden Interessen umfassend abwägen und kann danach allenfalls zu einer übergesetzlichen Rechtfertigung gelangen. Diesbezüglich wurden durch die japanische Rechtsprechung, in einem Beschluss des LG Yokohama aus dem Jahr 1995, die Voraussetzungen aufgestellt, aufgrund deren eine aktive Sterbehilfe gerechtfertigt werden kann.⁵⁶ Gleichwohl gibt es bis heute keinen einzigen Fall, in dem ein angeklagter Arzt aufgrund dieser Voraussetzungen freigesprochen wurde. *Okaue* zufolge legt diese Lösung des LG Yokohama so hohe Maßstäbe an die Rechtfertigung einer aktiven Sterbehilfe, dass die Sterbehilfe faktisch verboten sei.⁵⁷ Der japanische Oberste Gerichtshof lehnte es im Jahr 2009 ab, den vom angeklagten Arzt durchgeführten Behandlungsabbruch zu rechtfertigen.⁵⁸ Hinsichtlich der Suizidhilfe, die in Deutschland nunmehr in § 217 StGB geregelt ist, ist für Japan noch unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit von Ärzten und Angehörigen gerechtfertigt werden könnte. Um diese Rechtsunsicherheit zu vermeiden, bedürfte es einer Ausnahmeklausel, mit der nicht strafwürdige Betroffene aus der Strafbarkeit ausgenommen werden, ähnlich wie § 217 Abs. 2 StGB es vorsieht.⁵⁹

Ein weiteres Problem des kategorischen Verbots ist darin zu sehen, dass rein faktisch auch in Japan § 202 jStGB sehr selten Anwendung findet. Die polizeiliche Statistik in Japan zeigt, dass in den zehn Jahren von 2006 bis 2015 die polizeibekanntete Zahl der auf § 202 jStGB bezogenen Fälle bei durchschnittlich 22 Fällen pro Jahr lag, während durchschnittlich 1.097 Tötungen insgesamt verzeichnet wurden (mithin betragen die Fälle des § 202 jStGB gerade einmal

⁵⁰ Vgl. *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 5.

⁵¹ BT-Drs. 18/5373, S. 13 f.

⁵² BR-Drs. 149/10, S. 1.

⁵³ *Saliger* (Fn. 41), S. 175.

⁵⁴ *Engländer*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 583 (594).

⁵⁵ § 202 jStGB (übersetzt vom *Autor*, vergleichend mit *Okaue*, in: *Schreiber/Lilie/Rosenau/Tadaki/Pak* [Hrsg.], *Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?*, 2007, S. 115, Fn. 4, sowie *Tadaki*, a.a.O., S. 211):

„Wer einen Menschen zur Selbsttötung anstiftet oder ihm bei der Selbsttötung Hilfe leistet, oder wer einen Menschen auf dessen Verlangen oder mit dessen Einwilligung tötet, wird mit Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe von sechs Monaten bis zu sieben Jahren bestraft“.

⁵⁶ LG Yokohama, Beschl. v. 28.3.1995 – Hanrei Jihou 1530, 28 = Hanrei Times 877, 148. Die Voraussetzungen sind (gemäß der Übersetzung von *Okaue* [Fn. 55], S. 117 f.):

1. Der Patient leidet unter rasenden unerträglichen Schmerzen.
2. Sein Tod steht unmittelbar bevor.
3. Alle möglichen Behandlungsmethoden zur Beseitigung oder Linderung der Schmerzen wurden erfolglos angewendet.
4. Eine ausdrückliche Willensäußerung des Patienten ist vorhanden.

Obwohl die in diesen Fall und im Fall des später erwähnten OGH-Beschlusses 2009 angewendete Norm § 199 jStGB (Tötung) war, kann die Rechtsunsicherheit aufgrund der übergesetzlichen Rechtfertigung auch bei den auf § 202 jStGB bezogenen Fällen problematisiert werden.

⁵⁷ *Okaue* (Fn. 55), S. 118.

⁵⁸ OGH, Beschl. v. 6.11.2009 – Keishū 63, 11, 1899.

⁵⁹ *Kritsch* zur Ausnahmeklausel des § 217 Abs. 2 StGB und zur Strafbarkeit von Ärzten *Magnus*, *medstra* 2016, 210 (215, 217); *Taupitz*, *medstra* 2016, 323 (328). *Lindner*, *NJW* 2013, 136 (138 f.), schlägt ein grundsätzliches Verbot des ärztlich assistierten Suizids vor, wovon er aber genau definierte Ausnahmefälle nicht erfasst wissen will.

2,05 %).⁶⁰ In den 22 Fällen sind nicht nur die Fälle der Suizidhilfe, sondern auch die Fälle der Tötung auf Verlangen und der Tötung nach Einwilligung enthalten. Zudem zeigt eine weitere polizeiliche Statistik, dass die Zahl der Suizide in diesen zehn Jahren durchschnittlich bei ca. 30.000 Fällen im Jahr lag.⁶¹ Trotz dieser hohen Zahl der Suizide blieb die polizeibekannte Fallzahl des § 202 jStGB auf einem niedrigen Niveau (0,08 %).

Die Tatsache, dass der Polizei wenige Fälle der Suizidhilfe bekannt sind, könnte allerdings auch so interpretiert werden, dass die Verhaltenssteuerung um die Suizidhilfe relativ gut funktioniert. Diese Statistik bietet jedoch genügend Anlass, die Effektivität des kategorischen Verbots der Suizidhilfe im Einzelfall anzuzweifeln. 99 % aller Suizide in Japan werden unabhängig von § 202 jStGB begangen. Diskutabel ist, ob angesichts dieser Statistik es tatsächlich eine vernünftige Entscheidung des deutschen Gesetzgebers war, die Suizidhilfe wider die Tradition der deutschen Strafrechtsdogmatik unter Strafe zu stellen. Lehnt man ein kategorisches Verbot der Suizidhilfe als verfassungsrechtlich und strafrechtlich einzig legitimierbare Option ab, bliebe nur eine weitere Möglichkeit: Der Gesetzgeber dürfte eine Norm zur Suizidassistenz nicht schaffen und müsste den bis 2015 geltenden status quo erhalten.

3. Zwischenergebnis

Aus der umfassenden Überprüfung des § 217 StGB lässt sich folgender Schluss ziehen: Der staatliche Eingriff durch § 217 StGB (oder ähnlicher Gesetzesvorschläge) in die Grundrechte der Bürger ist zwar nicht verfassungswidrig. Jedoch ist § 217 StGB abzulehnen, weil die Geschäftsmäßigkeit kein zusätzliches Unrecht hinzufügt. Auch das Unterstrafstellen der gewerbsmäßigen Förderung ist abzulehnen, weil es das rechtspolitische Bedürfnis, Suizidhilfeorganisationen von der Strafbarkeit zu erfassen, nicht erfüllen kann. Ferner wird der Vorschlag des Werbungsverbots für strafrechtlich nicht vertretbar gehalten werden, weil die Werbung von nicht strafbaren Tätigkeiten niemals strafbar sein kann. Das kategorische Verbot der Suizidhilfe hält der strafrechtlichen Prüfung Stand. Jedoch ist es nach den Erfahrungen in Japan durchaus diskutabel, ob es in Deutschland einer solchen Regelung bedarf.

Als Ergebnis schlägt der vorliegende Beitrag vor, entweder die Suizidhilfe umfassend mit gleichzeitiger Ausnahmeklausel unter Strafe zu stellen oder die Suizidhilfe gänzlich straflos bleiben zu lassen.

V. Fazit

Die hier vertretenen Thesen lauten wie folgt:

1. Um die Gesetzgebung theoretisch zu analysieren, sind zwei Schritte zu unterscheiden: die Überprüfung der Verfassungskonformität und die Überprüfung der strafrechtlichen Systemkonformität sowie des rechtspolitischen Bedürfnisses.

2. Soweit sich eine Gesetzgebung noch im Rahmen der Verfassung, insbesondere der Verhältnismäßigkeit bewegt, können strafrechtliche und rechtspolitische Einwände nicht zur verfassungsrechtlichen Nichtigkeit dieses Gesetzes führen. Sie bieten lediglich Diskussionsmaterial im Rahmen des demokratischen Diskurses und haben insoweit Einfluss auf den Gesetzgeber.

3. § 217 StGB und die hierzu vorgeschlagenen Alternativen sind nicht verfassungswidrig; denn der damit verfolgte Zweck ist nicht illegitim und andere rechtliche Instrumente wie das Verwaltungsrecht können die Rolle, die das Strafrecht hierbei einnimmt, nicht ersetzen.

4. Zwar ist § 217 StGB damit nicht illegitim; er ist aber strafrechtswissenschaftlich nicht legitimierbar. Der hierfür einzig legitimierbare Weg zur Bestrafung der Suizidhilfe wäre ein kategorisches Verbot der Suizidhilfe. Will man dieses Ergebnis jedoch vermeiden, bleibt keine andere Wahl, als die Suizidhilfe straflos zu lassen.

⁶⁰ Die Daten sind in den Polizeilichen Statistiken von 2006 (警察庁『平成18年の犯罪』, National Police Agency, Criminal Statistics in 2006) bis 2015 (警察庁『平成27年の犯罪』, National Police Agency, Criminal Statistics in 2015) enthalten.

⁶¹ https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/jisatsu/H27/H27_jisatunoukyou_01.pdf (27.5.2017).