

R e z e n s i o n e n

Knut Amelung et al. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, C.-F. Müller, Heidelberg 2003, 1051 S., € 249,50.-

Am 10.5.2003 wurde Hans-Ludwig Schreiber 70 Jahre. Zu seinen Ehren wurde von Freunden, Kollegen und Schülern eine gehaltvolle Festschrift herausgebracht. Diese vorzustellen, hatte ich mich im letzten Jahr bereiterklärt, war aber dann durch anderweitige Verpflichtungen an der zügigen Einlieferung gehindert. Nachfolgend soll ein gewisser Überblick über eine Reihe von Beiträgen geboten werden, der vielleicht dazu dienen mag, den geneigten Leser¹ „anzufixen“ – wenn er nicht ohnehin wegen des Renommées des Geehrten zu der Schrift greifen möchte. Der Verfasser der nachfolgenden Zeilen hatte (als junger wissenschaftlicher Mitarbeiter) vor vielen Jahren noch den Privatdozenten und *Welzel*-Schüler in Bonn kennen und hochachten gelernt. Seither hat dieser einen fulminanten Weg genommen und sich als Meister in vielen Sätteln erwiesen: Hochgeschätzter und begeisterter Hochschullehrer für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie, Staatssekretär im Niedersächsischen Wissenschaftsministerium, Vizepräsident und später Präsident der renommierten Göttinger Universität, langjähriger Vorsitzender und später stellvertretender Vorsitzender der VW-Stiftung, führender Experte in Fragen des Medizinrechts, und nach einer frühen Zeit als Landgerichtsrat immer wieder gern bemühter Verteidiger.

In der Folge werden, einer jeweils momentanen Neigung des Verfassers entspringend, eine Auswahl von Beiträgen skizziert, gelegentlich auch kommentiert, ohne daß dies eine wie auch immer zu deutende Gewichtung der Aufsätze enthielte:

Das Kapitel „Strafrecht“ eröffnen *Amelung/Kilian* mit: „Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung“: Das deutsche Notwehrrecht gelte, da es grundsätzlich nicht an eine Güterabwägung gekoppelt sei und eine Pflicht zum Ausweichen verneint werde, als besonders schneidig. – Zur Untersuchung der Frage, wie die Bevölkerung das Notwehrrecht beurteile, sei unter Mitwirkung von zwei Juristen und zwei Soziologen eine Erhebung bei einer repräsentativen Gruppe durchgeführt worden, die gerichtlich unterschiedene Fälle zu beurteilen gehabt hätten. – Die Untersuchung habe ergeben, daß, wie vermutet, die Bevölkerung davon auszugehen scheine, Notwehr sei nur in den Grenzen der Güterabwägung gerechtfertigt. – Die Testpersonen hätten auch wenig mit dem Grundsatz: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ anzufangen gewußt, was sich bei

¹ Zur Vermeidung von unnötigen Sprachholperereien sei auf *Ulpian* verwiesen, *Digesten* 50, 16, 1 („Verbum hoc, si quis tam masculos quam feminas complectitur“); 50, 16, 195 („Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur“ – sinngemäß: Eine Bezeichnung mit männlichem Geschlecht bezieht sich gewöhnlich auf beide Geschlechter).

der Bewertung eines dem Fall *Götz* nachgebildeten Falles bestätigt habe. – Besonders extrem sei die Differenz zwischen der Rechtsprechung und der Volksmeinung zu dem Aspekt zu beurteilen, daß niemand verpflichtet sei, einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auszuweichen. Die Mehrheit der Befragten habe das Verhalten eines Angegriffenen nicht für gerechtfertigt gehalten, der mit einem Messerstich diejenige Verteidigung gewählt habe, die den Angriff sicher und risikolos sofort beendet habe. – Ein höheres Maß an Übereinstimmung mit den Juristen bestehe im Bereich der Notwehrenschränkungen. Dies zeige sich insbesondere daran, daß sich die Frage der Zerrissenheit unter den Juristen bei der Frage der Notwehr unter Ehegatten bei den Befragten widerspiegele.

Androulakis: „Über die dritte Art der Rechtsgüterbeeinträchtigung“: Objektives Unrecht enthält die unerlaubte Beeinträchtigung eines konkreten Rechtsguts, von welcher bislang die Verletzung und die Gefährdung bekannt sind. Da keine dieser beiden Grundformen in den Fällen des untauglichen Versuchs feststellbar ist, wird eine dritte Art der Rechtsgüterbeeinträchtigung untersucht, zum einen in der Form der Eindruckstheorie, zum anderen mit der Auffassung von *H. J. Hirsch* über die Gefährlichkeit des Handelns. – Hierbei laufe von *Bars* These vom „genügenden Eindruck der Tat“ auf einen Zirkel hinaus, da sie den Eindruck des Versuchs voraussetze, den es gerade zu beweisen gelte. – In der Gefährdungs-Variante von *Mezger* entfalle mit fehlender Gefährdung auch das Interesse an einer Bestrafung, wobei als „Gefährdung“ aus generalpräventiven Erwägungen schon der schlechte Eindruck genügen solle, den die Tat selbst bei völlig untauglichem Objekt bei anderen hervorrufen könne. – Jedoch sei auf den Eindruck abzustellen problematisch, da ihm eine nachweisbare Falsifizierbarkeit mangle. Nur ein sicherer, stichhaltiger Eindruck könnte strafrechtlich relevant sein. Könne ein solcher an Tatsachen geknüpft werden, könnten diese selbst die Versuchsstrafbarkeit begründen, so daß es jenes „Eindrucks“ nicht mehr bedürfte. – Der Differenzierung von *Hirsch* (Gefahr für das Rechtsgut/Gefährlichkeit der Tat) sei entgegenzuhalten, daß es solcher Gefährlichkeit des Verhaltens am rechtsstaatlichen Erfordernis der Tatbestandsnähe mangle. Wesentlich sei allein die feindselige Annäherung an das konkrete Rechtsgut. – In Anlehnung an *Roxins* Kriterienbildung zur Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch sei das unbefugte feindselige Eindringen in die Einfluß- und Nutzsphäre der Rechtsgüter als Bruch des befriedeten Zustands die gesuchte dritte Art der Rechtsgüterbeeinträchtigung, sofern zwischen Eindringen in die fremde Sphäre und erstrebtem Erfolgseintritt ein enger zeitlicher Zusammenhang liege.

Daß die Beeinträchtigung des befriedeten Zustands der Versuchsstrafbarkeit die notwendige argumentative Stütze biete, zeige sich auch an einem Vergleich mit den Fällen der „Iteration“ (des gleichartigen Rechtsgutsangriffs in enger zeitlicher Folge – im Unterschied zum nämlichen Verhalten nach einer *Zäsur*). – *Benter/Heinz* betrachten „Ambulante Behandlung von Maßregelpatienten – Ärztliches Können und soziale Verantwortung“: Die Weiterbehandlung von Maßregelpatienten nach der Entlassung diene nicht nur der fachge-

rechten Behandlung der Erkrankungen, sondern auch der Verhinderung neuer Straftaten. Hierzu sei zum einen genaue Kenntnis der gesamten Vorgeschichte und der Risikofaktoren erforderlich, zum anderen müsse das Vertrauen der Patienten gewonnen werden. – Neben einer ärztlich-therapeutischen sei häufig auch eine sozialarbeiterische Betreuung erforderlich. Nicht selten entstehe im Verlauf der Behandlung eine enge Bindung zu dem Therapeuten, so daß dieser in die Lebenswelt des Patienten einbezogen werde und dessen soziale Situation kennenlernen könne. So könnten auch erforderliche kontrollierende Eingriffe vorgenommen werden, ohne das Verhältnis nachhaltig zu beeinträchtigen. – Bei etwa einem Drittel der behandelten Patienten liege eine chronische Psychose, bei zwei Dritteln eine Persönlichkeitsstörung vor. Die größte Gruppe mit 35% habe sexuell motivierte Delikte begangen, es folgten Tötungsdelikte und Eigentumsdelinquenz. Die Zahl der Rückfalldelikte sei gering. – Die Erfahrungen bestätigten immer wieder, daß die Ambulanzmitarbeiter ein hohes Maß an persönlichem Einsatz und Flexibilität bieten müßten, um die Patienten begleiten und stützen zu können. – *Beulke* diskutiert die „Neufassung des § 1631 II BGB und die Strafbarkeit gemäß § 223 StGB – Darf der Erziehungsberechtigte in Ausnahmefällen eine ‚maßvolle Ohrfeige‘ erteilen?“: Bis vor wenigen Jahren seien körperliche Erziehungsmaßnahmen als von § 223 StGB erfaßt, aber als durch das Erziehungsrecht des § 1631 Abs. 2 BGB gerechtfertigt angesehen worden, sofern sie zu Erziehungszwecken geboten und in einem angemessenen Verhältnis zur Verfehlung und dem Lebensalter des Kindes gewesen seien. Durch das Kinderschaftsreformgesetz habe sich die Straflosigkeit angemessener Maßnahmen von der Ebene der Rechtswidrigkeit in die Tatbestandsebene des § 223 StGB verlagert. Dem neuen § 1631 Abs. 2 BGB könne eine Regelfallsystematik dahingehend entnommen werden, daß körperliche Züchtigungen im Regelfall verboten seien, es sei denn, es greife ausnahmsweise das Erziehungsrecht ein. – In dem im Jahr 2000 umgestalteten § 1631 Abs. 2 BGB seien körperliche Bestrafungen nunmehr für unzulässig erklärt worden. Durch *Otto* werde freilich vertreten, nur solche körperliche Bestrafungen, die zugleich entwürdigende Maßnahmen darstellten, seien verboten. – Andere wiederum sähen keine Möglichkeit, die Straffreiheit aufrechtzuerhalten, was teilweise damit begründet werde, das Wort „andere“ stelle klar, daß nunmehr jede körperliche Bestrafung eine entwürdigende Maßnahme darstelle. § 1632 Abs. 2 BGB sei jedoch verfassungskonform restriktiv auszulegen. – Das Abstellen auf einen Rechtfertigungsgrund sei zwar ausgeschlossen; jedoch sei eine Auslegung des § 1631 Abs. 2 BGB geboten, die das elterliche Erziehungsrecht respektiere, in welches erzieherisch sinnvolle geringfügige Maßnahmen einzubeziehen seien. – Das Regel-Ausnahme-Prinzip des § 243 StGB sollte beim Einsatz körperlicher Züchtigungsmittel auf § 223 StGB übertragen werden. – Die Sicht, der neue Wortlaut gebiete, in körperlichen Bestrafungen stets entwürdigende Maßnahmen zu sehen, sei nicht zwingend. Eine maßvolle, der Situation angemessene Ohrfeige weise keinen entwürdigenden Charakter auf und stehe damit nicht in Widerspruch zu § 1631 Abs. 2 BGB. – *Deutsch* analysiert: „Strafrechtsnormen als Schutzgesetze im

Sinne des § 823 II BGB“: Als Schutzgesetz komme jede Rechtsnorm in Betracht. Zu Strafrechtsnormen zählten aber auch solche des Nebenstrafrechts. Beim Nebenstrafrecht sei darauf zu achten, ob sich die eigentliche Norm nicht in einem, vom Nebenstrafrecht nur sanktionierten Regelwerk befinde, dann sei dieses bereits das Schutzgesetz (etwa § 43 AMG i.V.z. § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG). – Es kämen nur solche Strafrechtsnormen in Betracht, die ein privates Interesse schützten, was insbesondere bei Strafnormen zum Schutz des Vermögens der Fall sei. Dabei genüge es, daß private Interessen zumindest nachrangig geschützt seien. Sei das Schutzgesetz deliktsrechtlich erheblich, so sei weiter erforderlich, daß der Anspruchsteller zum Kreis der geschützten Personen gehöre und die Verletzung im Schutzbereich der Norm liege. Bei Verletzungen von abstrakten Gefährdungsnormen kehre sich die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens um, da das umschriebene Verhalten bereits die äußere Sorgfalt darstelle. Bei Verstößen gegen konkrete Gefährdungsnormen könne dagegen nicht auf ein Verschulden geschlossen werden. Könne eine Norm nur vorsätzlich übertreten werden, so bedürfe es auch des Vorsatzes, um eine Schutzgesetzverletzung anzunehmen. – Es sei umstritten, ob der vorsatzausschließende Irrtum nach strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Regeln zu beurteilen sei. Folge man der zivilrechtlichen Einordnung, hindere auch der Verbotsirrtum den Vorsatz. Es erscheine sinnvoll, diese Problematik im Zivilrecht nach zivilrechtlichen Regeln zu behandeln.² – Könne das Schutzgesetz vorsätzlich oder fahrlässig verletzt werden, sei die Strafsanktion aber vom Vorsatz abhängig, so reiche für die Schutzgesetzverletzung Fahrlässigkeit. – Nach überwiegender Auffassung gölten hinsichtlich der Altersgrenzen für Haftungsfähigkeit und Deliktsfähigkeit die zivilrechtlichen Regeln. Dies gelte auch für die *actio libera in causa*.³ – Strafrechtsnormen könnten als verletzte Schutzgesetze auch ein Mitverschulden gem. § 254 BGB begründen. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, der die Haftung mehrerer Beteiligten als Gesamtschuldner normiere, gelte auch für strafrechtliche Schutzgesetze. – Bei § 831 BGB bewirke die Verletzung eines Schutzgesetzes durch einen Gehilfen die Vermutung des Verschuldens des Geschäftsherrn. – Im Ergebnis zeige sich, daß bei der Anwendung von Strafrechtsnormen die zivilrechtliche Betrachtung Oberhand gewinne. – *Dölling*: „Über die Höhenbemessung bei der Freiheits- und Jugendstrafe“: Die Auslegung von § 46

² Jedes Rechtsregime ist frei, die Regeln für Rechtsimporte selbst festzulegen, solange das Gesetz keine Tatbestandswirkung der fremdrechtlichen Regelung vorschreibt. Aber die Frage, ob im Schutzgesetz-Bereich eine so elementare Kategorie wie der Vorsatz vorliegt, durch eigene, wenig elaborierte (um es vornehm zu formulieren) Definitionsansätze zu unterlaufen, mutet, gelinde gesagt, merkwürdig an. Hingegen hindert nichts daran, auf der Rechts(folgen-/umsetzungs-)seite zusätzliche Barrieren zu errichten, etwa für den Fall des § 17 S. 1 StGB.

³ Wieso § 323a StGB ein Schutzgesetz sein soll, wo er doch formal unter den gemeingefährlichen Delikten placiert ist und den Schutz der Allgemeinheit bezweckt, müßte vielleicht auch einmal eingehender beleuchtet werden.

Abs. 1 StGB, wonach die Schuld Grundlage für die Zumessung der Strafe sei, sei heftig umstritten. – Gegen die Theorie der Punktstrafe spreche, daß mehrere Strafen als gerechter Schuldausgleich für eine bestimmte Tat erscheinen könnten. Dagegen führten sowohl die Spielraumtheorie als auch die Theorie des sozialen Gestaltungsakts zur Anerkennung einer Bandbreite von Straftaten, die dem Grundsatz des gerechten Schuldausgleichs hinreichend entsprechen. – Die Lehre von der Schuldobergrenze sei abzulehnen, da eine Zumessung unter der Obergrenze allein nach präventiven Gesichtspunkten dem Grundsatz gerechten Strafens widerspräche. Ebenso sei die Stellenwerttheorie, die präventive Aspekte nicht berücksichtige, abzulehnen, da diese nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 1 StGB einzubeziehen seien. – Umstritten sei auch, ob neben tatbezogenen Umständen auch persönlichkeitsbezogene für § 46 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen seien. Dies sei zu bejahen, da Faktoren wie die kulturelle Herkunft und Umstände, die das Aufwachsen begleiteten, für die Höhe der Schuld bedeutsam sein könnten. – Ob bei der Ausfüllung des Schuldrahmens neben spezialpräventiven Aspekten auch generalpräventive berücksichtigt werden dürften, sei streitig. Da die generalpräventiven Zwecke bereits durch die Schuldstrafe erfüllt würden, sei grundsätzlich von einer Anhebung der Strafe aus generalpräventiven Gründen abzusehen. – Die Jugendstrafe sei dagegen nach erzieherischen Gesichtspunkten zu bemessen. Hier sei zu berücksichtigen, welcher Zeitraum für ein sinnvolles Behandlungsprogramm erforderlich sei, wobei zu beachten sei, daß ein erzieherisch sinnvoller Zeitraum nicht überschritten werde. – Auch bei der Jugendstrafe spiele der Gedanke des gerechten Schuldausgleichs eine Rolle. Da das JGG nicht vom Gedanken der Verteidigung der Rechtsordnung geprägt sei, seien Strafschärfungen der Jugendstrafe aus generalpräventiven Gründen nicht zulässig. – *Fahl* diskutiert: „Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher gegenüber Erwachsenen?“. In ihrem Abschlußbericht zum Deutschen Juristentag schlug die 2. Jugendstrafrechtskommission der DVJJ vor, als zentralen Grundsatz einen Grundsatz der Nichtschlechterstellung ins JGG aufzunehmen. – Unter Berufung auf diesen neige die Rechtsprechung dazu, um registerrechtliche Nachteile zu vermeiden, §§ 153, 153a StPO neben §§ 45, 47 JGG anzuwenden. Ebenso sei bereits § 60 StGB auch im Jugendstrafrecht für anwendbar erklärt worden. – Einen solchen Grundsatz gebe es jedoch nicht. – In prozeßrechtlicher Hinsicht stehe einem solchen Grundsatz § 55 JGG entgegen, wonach der Jugendliche die Entscheidung nicht wegen des Umfangs der Maßnahmen anfechten und keine Revision mehr einlegen könne. Ob diese wie auch eine Reihe anderer Regelungen eine Schlechterstellung darstellten oder nur anders seien, sei kaum zu entscheiden. Der Eintrag ins Erziehungsregister nach Einstellung gem. §§ 45, 47 JGG sei erzieherisch notwendig und stelle daher keine Schlechterstellung dar. Zudem müßten die Besonderheiten des Jugendstrafrechts nicht immer als Vorteil empfunden werden; man denke z.B. an die Weisungen des § 10 Abs. 1 S. 3 JGG. – Auch die Tatsache, daß Jugendliche schneller in den Einzugsbereich von Qualifikationstatbeständen gerieten, begründe an sich keine Schlechterstellung. – Die vorzugswürdige Spielraumtheorie biete die Möglichkeit schuldange-

messener Strafe unter Berücksichtigung des Erziehungsgedankens, es bedürfe dazu keines Schlechterstellungsverbotes. – Ebenso stelle die Unanwendbarkeit von § 60 StGB bei genauer Betrachtung keine Schlechterstellung dar. Der Jugendrichter müsse keine Strafe verhängen, sondern könne eine andere Sanktion des JGG wählen. Er könne lediglich nicht in Eigenentscheidung von jeglicher Ahndung Abstand nehmen. Er könne dagegen nach § 47 JGG mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen. – Die Anwendung von § 60 StGB bedeute die Aushebelung des Prinzips der übereinstimmenden Beurteilung in der Frage der folgenlosen Einstellung. – *Foerster* handelt: „Von der Verantwortung des psychiatrischen Sachverständigen“: Viele Rechtsfragen würden durch die Ausführungen von Sachverständigen zwar nicht unmittelbar entschieden, aber doch in großem Maß in ihrem Ausgang beeinflußt. – Untersuchungen in Tübingen hätten der Frage nachgehen sollen, welche konkreten Auswirkungen die Ausführungen psychiatrischer Sachverständiger für die jeweilige rechtliche Entscheidung hätten. Es habe sich herausgestellt, daß bei Strafverfahren die Strafkammern in 3,2 % der Fälle zu einem anderen Ergebnis kämen als der Sachverständige. – Bei dieser hohen Übereinstimmung stelle sich die Frage, inwieweit eine Trennung zwischen der Verantwortung des Richters und der des Sachverständigen vorliege. – Zur Verantwortung des Sachverständigen gehöre es, die Grenzen zwischen juristischer Beweiswürdigung und psychiatrischer Feststellung zu wahren. – In Studien zu sozialgerichtlichen Fragen ergebe sich eine Abweichung von bis zu 25 %, wobei diese jedoch überwiegend normativ begründet sei. Auch bei Prognose-Entscheidungen folgten die Auftraggeber in der Regel den Vorschlägen der Gutachter. – Offenbar komme in sehr vielen Fällen der Aussage des psychiatrischen Sachverständigen das entscheidende Gewicht zu. – Gem. § 79 StPO bzw. § 410 ZPO sei der Sachverständige verpflichtet, sein Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Er müsse also unabhängig von den Erwartungshaltungen der Prozeßbeteiligten agieren, in seinem Fach kompetent sein und auch Grundkenntnisse in dem jeweiligen Rechtsgebiet haben sowie persönliche Integrität und Vertrauenswürdigkeit vorweisen und die Folgen seines Handelns für den untersuchten Probanden bedenken. Diese hohen Anforderungen an Können, Charakter und Persönlichkeit ließen sich durch fünf Forderungen exemplifizieren, die die American Academy of Psychiatry aufgestellt habe: Ihr zufolge müsse der psychiatrische Sachverständige fachlich und persönlich qualifiziert und vertrauenswürdig sein, den Probanden umfassend aufklären, das Gutachten nur aufgrund seiner persönlichen Untersuchung erstatten und Vertraulichkeit wahren. – *Geilen* äußert sich zu: „Mißbräuchliche Unterbrechung der Verjährung“: In der gängigen Kommentarliteratur findet sich eine weit überwiegende formalistische Auffassung zugunsten der Unterbrechung der Verjährung nach § 78c StGB. Dies sei umso überraschender, als früher der Rechtsmißbrauchsgedanke geradezu herrschend war. Während der Geltungsdauer des § 68 StGB a.F., demzufolge Handlungen des Richters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet worden seien, die Verjährung unterbrächen, sei durchweg die Auffas-

sung vertreten worden, rechtsmißbräuchliche, also nur dem Ziel der Unterbrechungen dienende Handlungen seien unzulässig und unbeachtlich. Die Ablehnung der mißbräuchlichen Unterbrechung wurde erst ab 1933 rückläufig, was den Einschub des § 66 Abs. 2 StGB a.F. zur Folge gehabt habe; danach sei bei bestimmten Delikten die Verjährung dem freien Ermessen des Staatsanwalts überlassen worden. Im Entwurf 1962 wurde ein abschließender Katalog der die Verjährung unterbrechenden Handlungen aufgeführt, so daß sich das Erfordernis, daß die Unterbrechungshandlungen wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet sein müßten, erübrigt habe. – Vor dem Hintergrund dieser historischen Entwicklung und dem ständig steigenden Gewicht strafprozessualer Missbrauchskontrolle sei der Mißbrauchsgedanke in vollem Umfang anzuwenden. Eine Unterbrechung, die nicht objektiv und subjektiv den einzelnen, dem Katalog des § 78c StGB zu entnehmenden Verfahrenszwecken diene, sei damit unbeachtlich. – Danach wäre bei einer mißbräuchlich von der Staatsanwaltschaft beantragten Vernehmung die Verjährung entgegen der h.M. nicht unterbrochen. – Im Fall der rechtsmißbräuchlich beantragten Vernehmung durch den Richter sei ausnahmsweise nicht bloß die in § 162 Abs. 3 StPO lediglich geforderte Prüfung der gesetzlichen Zulässigkeit der Vernehmung, sondern eine voll durchgreifende Prüfung auch des Zweckhintergrundes durch den Richter zu verlangen. – Götz: „Polizeiliche Videoüberwachung des öffentlichen Raumes zum Zweck vorbeugender Bekämpfung der Kriminalität“: Anders als in Großbritannien, wo in 530 Stadtzentren ein öffentliches Überwachungssystem installiert sei, bestehe in Deutschland politischer Konsens, daß eine flächendeckende Überwachung nicht in Betracht komme. Am 5.5.2000 habe die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder einen Beschluß gefaßt, der den offenen Einsatz von Videoüberwachungsmaßnahmen zur Unterstützung der polizeilichen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung an Kriminalitätsbrennpunkten befürwortete. Die einschlägigen Landesgesetze sähen nunmehr durchweg eine Video-Überwachung an öffentlich zugänglichen Orten vor, wobei nicht alle die zu überwachenden Orte auf Kriminalitätsschwerpunkte begrenzt seien und überwiegend keine Eingrenzung auf öffentliche Straßen und Plätze erfolgt sei. – Die Videoüberwachung solle in erster Linie der Verhinderung von Straftaten durch Abschreckung dienen („vorbeugende Kriminalitätsbekämpfung“) und das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung stärken. Sie sei eine doppel funktionelle Maßnahme. – Der Gefahr, daß sie als Mittel zur Dauerbeobachtung bestimmter Personengruppen am gesellschaftlichen Rand genutzt werde, sei durch Kontrolle der Ermessensausübung zu begegnen. – Während einige Länder die Befugnis zur Beobachtung und zur Bildaufzeichnung an gleiche Voraussetzungen knüpften, werde in einigen Ländern in unterschiedlicher Intensität differenziert. – Während die Bildaufzeichnung unstreitig als Eingriff gelte, werde die bloße Videobeobachtung von mancher Auffassung noch nicht als Grundrechtseingriff gesehen, da hiermit noch keine „Erhebung personenbezogener Daten“ erfolge. Die in der Literatur mehrheitlich vertretene Auffassung begründe einen Grundrechtseingriff mit der so gewonnenen Möglichkeit der Aufzeichnung, die

eine Grundrechtsgefährdung darstelle. Einige stellten auf einen auf das Individuum ausgeübten Anpassungsdruck oder Überwachungsdruck ab. Unabhängig von der wie auch immer erfolgenden Begründung sei die Rechtsschutzeröffnung begrüßenswert. – Das Überwachungsdruck-Argument überzeuge jedoch nicht, solange die Videoüberwachung nicht flächendeckend stattfinde. Diese solle lediglich Überwachungs- und Anpassungsdruck bei Straftätern erzeugen.⁴ – Eine Entscheidung des BVerfG zur Videoüberwachung liege derzeit nicht vor. Der französische Conseil Constitutionnel habe bereits 1995 ein entsprechendes Gesetz für verfassungsgemäß erklärt. – Groppe behandelt: „Atypische rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche“: Eine Rechtfertigung von Schwangerschaftsabbrüchen ergebe sich aus der medizinisch-sozialen Indikation in § 218a Abs. 2 StGB und der kriminologischen Indikation des § 218a Abs. 3 StGB. Neben diesen typischen gerechtfertigten Schwangerschaftsabbrüchen seien weitere Konstellationen atypischer gerechtfertigter Schwangerschaftsabbrüche denkbar: Wenngleich formal nach § 218a Abs. 1 StGB beratene Schwangerschaftsabbrüche nicht tatbestandsmäßig seien, seien sie dennoch prinzipiell rechtswidrig und könnten daher z.B. nach § 218a Abs. 2, 3 StGB gerechtfertigt sein. – Es seien zudem Fälle denkbar, in denen eine indikationsähnliche Lage gegeben sei, in welcher ein Schwangerschaftsabbruch im Interesse der Lebenserhaltung durchgeführt werden müsse, ein Arzt aber nicht zur Verfügung stehe. Hier komme eine Rechtfertigung über § 34 i.V.m. § 218a Abs. 2 StGB in Betracht. – Eine dritte Gruppe bildeten jene Fälle, in denen der Abbruch durch indirekte Einwirkung erfolge. Dies seien insbesondere Fälle, in denen die Betroffene ein bestimmtes Verhalten, das ihr ärztlicherseits untersagt werde, aus beruflichen oder anderen Gründen fortführe, z.B. Kunstreiten, Arbeiten, Nicht-Einhalten gebotener Betruhe. Hier scheide § 218a Abs. 2 StGB mangels Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren aus. – Seien Verhaltensweisen wie die genannten als aktives Tun einzustufen, so sei eine Rechtfertigung über § 34 StGB nicht möglich, die Interessen der Betroffenen überwiegen die des Ungeborenen nicht, sie seien außerhalb von § 218a Abs. 2, 3 StGB und indikationsähnlichen Fällen rechtswidrig. – Eine Gruppe derjenigen Fälle, in denen die Betroffenen zur Rettung des Ungeborenen einen körperlichen Eingriff verweigerten, seien als Unterlassen einzustufen. Hier sei § 218a Abs. 2 StGB nicht einschlägig, weil das Unterlassen der Betroffenen nicht angezeigt sei, um eine drohende Gefahr abzuwenden. Sei der Eingriff nicht unerheblich und berge er ein Gesundheitsrisiko für die Betroffene, führe die fehlende Zumutbarkeit oder der in § 218a Abs. 2 StGB zum Ausdruck kommen-

⁴ Eine Replik von staunenswerter Blässe: Die staatliche Finalität und die sozialpsychologische Wirkung einer Maßnahme sollten eigentlich als zweierlei, prinzipiell scheidbare Aspekte erkennbar sein. „Überwachungsdruck“ entsteht nämlich auch bei Personen, die aus nicht-kriminellen Gründen das Ruchbarwerden ihrer Anwesenheit just zu dieser Zeit an dieser Stelle nicht schätzen mögen – von denen der Fall des „Seitensprungs“ keineswegs der einzige, aber ein besonders einleuchtender ist.

de Rechtsgedanke zu einer Rechtfertigung ihres Verhaltens nach § 34 StGB. – *Henschel* sinniert über das: „Bundesverfassungsgericht als gesetzlicher Richter“: In einem grundlegenden Beschluß zur Abgrenzung der Kompetenzen habe das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts allein den Fachgerichten obliege und der Überprüfung des BVerfG entzogen sei. Mit Hilfe dieser Rechtsprechung versuchten die Kammern der Flut von Verfassungsbeschwerden Herr zu werden, obgleich sich die Tendenz abzeichne, daß die Kammern diese Abgrenzung nicht mehr beachteten. – Auf Anstoß des BVerfG habe der Gesetzgeber zunächst das Annahmeverfahren entwickelt, wonach die Kammern Verfassungsbeschwerden stattgeben könnten. Bei einer Verbesserung des Annahmeverfahrens wurde im neugeschaffenen § 93a Abs. 2 b BVerfGG bestimmt, daß die Verfassungsbeschwerde anzunehmen sei, wenn es zur Durchsetzung von Grundrechten angezeigt sei, was auch dann der Fall sein könne, wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entstünde. Das BVerfG nehme einen solchen schweren Nachteil an, wenn die Verfassungsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg habe oder abzusehen sei, daß der Beschwerdeführer auch bei Zurückverweisung an das Ausgangsgericht keinen Erfolg haben werde. Damit habe es – faktisch – das Tor geöffnet, auch einfachrechtliche Fragen zu entscheiden, auch wenn es das dann in praxi nicht tue. So habe es eine Verfassungsbeschwerde nicht angenommen, mit welcher eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG durch die Verurteilung wegen Beleidigung gerügt worden sei; gleichwohl habe es selbst eine Tatbestandssubsumtion vorgenommen und konstatiert, daß die verfassungsrechtlichen Maßstäbe erkennbar nicht eingehalten worden seien. Dies begegne auch rechtsstaatlichen Bedenken – neben solchen aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. – Bedenklich sei auch die Praxis des Ersten Senats, durch die Kammer vorgelegte Entscheidungen zu beraten und anschließend an die Kammer zurückzuverweisen, obwohl damit allein der Senat zur Entscheidung berufen gewesen sei. Eine derartige Mischzuständigkeit sehe das BVerfGG nicht vor. Dies berge die Gefahr, daß nunmehr durch die Kammern auch grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen entschieden werden.⁵ – *Hillenkamp* analysiert: „Unverstand und Aberglaube“: Wengleich Unverstand und Aberglaube im Strafverfahren eine geringe Rolle spielten, so sei es dennoch von einer Beschäftigung mit dieser Materie nicht frei. So habe der BGH über die Verwertbarkeit von Aussagen zu entscheiden gehabt, die unter Einfluß von Versprechungen und Drohungen einer Wahrsagerin gemacht waren. Zu Recht habe der BGH hierin eine ein Beweisverwertungsverbot gem. § 136a Abs. 3 StPO nach sich ziehende Beeinflussung der Willensfreiheit gesehen. – Dies müsse auch für leicht durchschaubare Vorgehensweisen gelten, was für das materielle Recht aus nicht nachvollziehbaren Gründen in der Literatur teilweise verneint werde. Hier sei vor allem vor dem Hintergrund der jahrelangen Zusammenarbeit der Wahrsagerin mit den Behörden zu beachten, daß durch Dro-

hungen und Versprechungen mit okkulten Mächten errungene Erkenntnisse nicht die Grundlage der Ermittlungen bilden dürfen. Zu Recht habe der BGH die Hinzuziehung parapsychologischer Sachverständiger als ungeeignetes Beweismittel abgelehnt. Im materiellen Recht würde man Fälle, in denen die Opfer durch den Einsatz okkulten Fähigkeiten keine echten Leistungen, sondern lediglich Unterhaltung erwarten, aus dem Betrug ausklammern. – Ebenso würde man einen Vorsatz beim von seinen übersinnlichen Kräften überzeugten Täter verneinen. – Der Rechtsprechung, die eine betrügerische Handlung von Wahrsagern und Kartenlegern verneine, weil kein zivilrechtlicher Anspruch entstehe, sei zuzustimmen.⁶ – Ungeklärtes finde sich im Bereich der Tötungsdelikte. Problematisch erscheine z.B. beim Sirius-Fall die Annahme einer Tatbestands-Unkenntnis des mittelnden Opfers hinsichtlich des Fortlebens nach dem Tod, da dieses konsequenterweise auch demjenigen als Tatbestandsirrtum zugute kommen müßte, der die tödliche Handlung selbst vornehme. Hier sei es vorzugswürdig, dem Täter selbst einen Subsumtionsirrtum zuzubilligen, dem tatmittelnden Opfer jedoch einen Irrtum zugestehen, der den Hintermann zum Täter durch Überlegenheit macht. – Ähnlich werde man im Katzenkönigfall von einem den Vorsatz unberührt lassenden Subsumtionsirrtum ausgehen müssen, um einen allfälligen Erlaubnistatbestandsirrtum zu vermeiden. – Im Bereich des Versuchs werde man zwischen unverständigem und abergläubischem Versuch differenzieren müssen. Letzterer unterscheide sich vom unverständigen Versuch dadurch, daß er Kräfte in Anspruch nehme, die gänzlich außerhalb jeder Kausalität lägen, während der unverständig Handelnde zumindest seine Tat innerhalb kausaler Zusammenhänge konstruiere. Zudem fehle es beim abergläubischen Versuch am strafrechtsrelevanten Unrecht, da bloßes Wünschen keinen Deliktsverwirklichungswillen darstelle. – *Hirsch* fragt nach der „Notwendigkeit und Neufassung der Teilnahmeregelung bei besonderen persönlichen Merkmalen“: Nach der von der h.M. für § 28 Abs. 2 StGB vertretenen Tatbestandslösung sei der Beteiligte, bei dem ein Strafschärfungsmerkmal nicht vorliege (Extraneus), nur wegen Beteiligung am Grundtatbestand zu bestrafen. Umgekehrt, wenn der Teilnehmer das Merkmal aufweise und der Haupttäter nicht, werde der Teilnehmer wegen des privilegierten Delikts bestraft. – Bei § 28 Abs. 1 StGB sei die Strafzumessungslösung gewählt worden: Der Teilnehmer, bei dem strafbegründende Merkmale nicht vorliegen, werde aus dem Tatbestand des Haupttäters bestraft. – Die Widerspruchlichkeit der h.M. werde bei der Mißhandlung Schutzbefohlener gem. § 225 StGB deutlich. Der Extraneus, der den Schutzpflichtigen zu einem körperlichen Quälen anstifte, werde wegen Anstiftung zu § 223 StGB bestraft, derjenige, der zu seelischen Quälen anstifte, mache sich der Anstiftung zu § 225 StGB strafbar (da es hierfür keinen allgemeinen Grundtatbestand gebe und die Fürsorgepflichtigkeit strafbegründend sei). – Die Kritiker der h.M. forderten überwiegend eine einheitliche Strafzumessungslösung, eine weitere Ge-

⁵ Insgesamt kann man nur – mit *Henschel* – sagen: ein klar „gesetzeswidriges Verfahren“ (S. 133 u.).

⁶ Darüber wird man nunmehr neu nachdenken dürfen: Seit der Schuldrechtsreform ist eine auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vereinbarung wirksam, § 311a Abs. 1 BGB.

genmeinung favorisiere die Einführung einer einheitlichen Tatbestandslösung, eine dritte Ansicht die gänzliche Abschaffung des § 28 StGB. – Hinsichtlich der Frage, um welche Merkmale es sich bei der Teilnehmerproblematik handle, bestehe ein Bedürfnis, bei allen den Unrechtsgehalt des Rechtsgutsangriffs täterspezifisch begründenden oder intensivierenden Merkmalen, insbesondere bei Motiven, die den Unrechtsgehalt selbst betreffen, wegen der personenbezogenen Prägung des Unrechts beim Teilnehmer das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals zu berücksichtigen. – Wie sich nun das besondere persönliche Merkmal des Täters auf den Teilnehmer auswirke, sei unter Heranziehung des Strafgrundes der Teilnahme zu bestimmen. Dieser sei mit der akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie darin zu sehen, daß der Teilnehmer eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat eines anderen herbeiführe oder unterstütze. Daher könne auch nur die Strafzumessungslösung folgerichtig sein. – Da es darauf ankomme, daß der Teilnehmer die Tat eines anderen fördere, müsse er nicht selbst das besondere persönliche Merkmal aufweisen. Ebenso könne auch bei den umgekehrten Fällen der Umstand, daß nur der Teilnehmer das besondere persönliche Merkmal erfülle, nur im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden. – Die speziellen Schuldmerkmale seien dagegen von den besonderen persönlichen Unrechtsmerkmalen zu trennen, hier seien die für die Schuld geltenden allgemeinen Regeln über die limitierte Akzessorietät einschlägig. – Eine sachentsprechende Auslegung des Abs. 2 sei zur Harmonisierung der Interpretation der Vorschriften geboten. Die Formulierung „so gilt das nur für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen“ könne als Verweisung auf die Strafzumessungsebene bzw. Strafausschlußebene verstanden werden. – Abs. 2 sei zudem restriktiv dahin zu interpretieren, daß es wie bei Abs. 1 nur um die Fälle gehe, bei denen der Teilnehmer ein Extraneus sei. – Daß in Abs. 2, anders als bei Abs. 1, von Beteiligten gesprochen werde, sei damit zu erklären, daß der teilnehmende Extraneus bei Delikten mit qualifizierendem persönlichem Merkmal gleichzeitig Mittäter beim Grundtatbestand sein könne. – Daß Abs. 2 nicht die Milderungsmöglichkeit des Abs. 1 enthalte, habe lediglich historische Gründe. – Wenngleich eine derartige Auslegung möglich sei, sei de lege ferenda dennoch eine Verbesserung des Gesetzeswortlauts erstrebenswert. – *Jerouschek*: „Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschluß eines von Terroristen entführten Flugzeugs“: Da bei einem Abschluß auch unbeteiligte Dritte getroffen würden, komme hinsichtlich § 32 StGB allenfalls eine von *Spendel* vertretene Ausnahmekonstellation in Betracht, wonach der Verteidiger gerechtfertigt sei, wenn der Angreifer den Dritten als lebenden Schutzschild benutze. – Dieser Ansatz werde jedoch zu Recht verworfen und sei hier schon deshalb nicht übertragbar, da von einem „Sich-mißbrauchen-Lassen“ nicht gesprochen werden könne. Eine mutmaßliche Einwilligung könne nicht angenommen werden. – Eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB könne nicht bejaht werden, wenn man eine Saldierung von Leben ablehne. Auch das Kriterium der Todgeweihtheit, das in den klassischen Fallkonstellationen wie dem Mignonette-Fall herangezogen werde, könne nur in solchen Konstellationen einschlägig sein, in

denen sich Gefahrgemeinschaften gebildet hätten. Zudem stehe auch ein hoffnungslos verlorenes Leben unter dem Schutz der Rechtsordnung. – Die Lehre vom rechtsfreien Raum, wonach bei unausweichlichen Entscheidungskonflikten eine freie Gewissensentscheidung zu tolerieren sei, müsse sich entgegenhalten lassen, letztlich auf die Aufhebung des Tötungsverbots hinauszulaufen. – Ein Rückgriff auf den übergesetzlich entschuldigenden Notstand sei ebenfalls nicht möglich, jedenfalls, wenn man ihn auf Gefahrgemeinschaften begrenze. – Demgegenüber werde im angelsächsischen Rechtskreis – utilitaristisch – das „Prinzip des kleineren Übels“ für durchschlagend gehalten (exemplarisch: § 3.02 [US] Model Penal Code). – Das negative strafrechtliche Ergebnis schließe jedoch nicht aus, eine hoheitliche Ermächtigung zu legiferieren. Es erscheine als vernünftigste Lösung, den Abschluß als hoheitliche Maßnahme unter Art. 115a, 115b GG zu fassen, indem man den Terrorangriff als Angriff auf das Bundesgebiet mit Waffengewalt subsumiere⁷. – *Jehle* betrachtet: „Die Funktion der Staatsanwaltschaft im europäischen Vergleich – Skizze eines empirischen Forschungsprojekts“. – *Kaifa-Gbandi*: „Die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts im Statut des Internationalen Gerichtshofs: Auf dem Weg zu einem rechtsstaatlichen Strafrecht der Nationen“: Die allgemeinen Grundsätze des Statuts bezögen sich auf drei grundlegende Achsen jedes strafrechtlichen Systems: den Bestimmtheitsgrundsatz, den Grundsatz der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit und den Schuldgrundsatz. – Hierbei stelle der Bestimmtheitsgrundsatz vielleicht den schwierigsten Punkt für das Internationale Strafrecht dar, da hier die gewohnheitsrechtliche Normierung von Delikten als an sich hinnehmbar angesehen werde, so daß in der Person des Richters Festlegender und Auslegender des Rechts zusammenfielen. Der Bestimmtheitsgrundsatz sei in Art. 22 bis 24 niedergelegt. Nach Art. 22 sei ein Verhalten nur dann strafbar, wenn es zur Zeit der Tat dem Tatbestand eines der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechens unterfalle. Dieser Versuch einer Abkoppelung vom Gewohnheitsrecht sichere den Nullum-crimen-Grundsatz dennoch nicht gegen Unbestimmtheit ab, da er ohne genaue Beschreibung des unter Strafe stehenden Verhaltens unbrauchbar sei. Problematisch sei in dieser Hinsicht auch Art. 9, der die Bestimmung der Verbrechenselemente von einer 2/3-Mehrheit der Versammlung der Vertragsstaaten abhängig mache, was nicht einer gesetzlichen Bestimmung gleichgestellt werden könne. Ebenso verhalte es sich mit Art. 25 Abs. 3, der die Strafbarkeit des Versuchs regle und den wesentlichen Schritt

⁷ Vgl. hierzu aber – völlig überzeugend – BVerfG, Urteil v. 15. 2. 2006 – 1 BvR 357/05 (= NJW 2006, 751 m.zust.Bespr. *Schenke*, Die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG, NJW 2006, 736 ff.) – weswegen sich auch die kryptischen Erwägungen des Verteidigungsministers und Juristen (aber über Weinrecht promoviert habenden) *Jung* verbieten, notfalls nur auf „übergesetzhlichen Notstand“ gestützt in derartigen Fällen abschießen zu lassen (so aber *ders.*, laut FR vom 18.2.2006, Seite 1: „Jung fordert ‚Notwehr‘ gegen Terror; Verteidigungsminister sucht nach gesetzlicher Grundlage für Flugzeug-Abschluß“).

für den Beginn der Ausführung unbestimmt lasse. Rechtsunsicherheit berge auch Art. 21, demzufolge der Richter nach seinem Ermessen die allgemeinen Grundsätze anwenden könne, die sich aus den jeweiligen nationalen Systemen ergäben. Als unvereinbar mit dem Nullum-crimen-Satz erweise sich auch die undifferenzierte Regelung des Art. 23, aus der sich eine Bestimmung der Strafe für alle Verbrechen insgesamt aus Art. 77 ergebe. – Das Statut trage auf den ersten Blick mit der Bestimmung der Verbrechen zur Sicherstellung des Grundsatzes der individuellen Verantwortung bei, was einen Fortschritt im Bereich der internationalen Verbrechen darstelle. Indem Art. 25 Abs. 3 eine Tatbegehung auf sonstige Weise reichen lasse, verschwimme jedoch die Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme. So verhalte es sich auch bei Art. 28a, der die täterschaftliche Verantwortlichkeit von Befehlshabern für Beteiligungsformen vorschreibe, die einen bloßen Begünstigungsversuch darstellten. – Art. 25 Abs. 3 b lasse ausreichen, daß zum Verbrechen aufgefordert werde, ohne daß dieses auf die Anstiftung zurückzuführen sei. Hier sei aber jedenfalls Kausalität zu verlangen. – Problematisch hinsichtlich der subjektiven Verantwortlichkeit erscheine die Regelung des Art. 30 Abs. 2, wonach das Bewußtsein der Wahrscheinlichkeit des Folgeneintritts für die Bejahung des Vorsatzes ausreiche.⁸ – Eine direkte Verletzung des Schuldgrundsatzes sei in der Regelung zu sehen, derzufolge das freiwillige Sich-Berauschen zu einer Strafbarkeit führe, wenn der Täter in Kauf genommen habe, daß er ein Verbrechen begehen werde, was eine Ausdehnung auf den Bereich der Fahrlässigkeit bedeute. – Eine Verletzung des Nullum-crimen-Satzes sei auch in der Regelung des Rechtsirrtums zu sehen, der⁹ aus Gründen der Beweiserleichterung den Täter belaste. Insgesamt seien die Tatbestände zur strafrechtlichen subjektiven Verantwortlichkeit von einer Stärkung der Beweiserleichterung „zu Ungunsten des wesentlichen Inhalts der Schuld“ bestimmt. Insgesamt stelle das Statut einen deutlichen Rückfall hinter das bisher schon als Standard geglaubte und berge manchmal eine inhaltliche Umänderung einiger der wichtigsten Grundsätze in einer Weise, „die ihren Kern auflöst“¹⁰. – Kreuzer: „Die Lockspitzelfälle“: Der Einsatz von VP gelte als eines der wichtigsten Instrumente bei der Bekämpfung von Rauschgiftkriminalität und sei dem Einsatz von verdeckten Ermittlern weit überlegen. Die Motive der VP für ihre Tätigkeit reichten von Gefälligkeit über die Aussicht auf nachsichtige Behandlung im

Strafverfahren bis hin zum Erfolgshonorar. Materiell-rechtlich habe sich die Auffassung durchgesetzt, der agent provocateur handle ohne Anstiftervorsatz, was insbesondere bei der Verführung Unbescholtener kaum tolerabel erscheine.¹¹ – Die herrschende Lehre sehe im Einsatz von Lockspitzeln einen erheblichen Grundrechtseingriff, was eine Eingriffsgrundlage notwendig mache, die jedenfalls mit §§ 161, 163 StPO nicht gegeben sei. – Der BGH habe in seiner Entscheidung 1981 die Rechtmäßigkeit der Tatprovokation mit der Notwendigkeit derartiger Einsätze begründet und die Tatprovokation lediglich auf der Strafzumessungsebene berücksichtigt. – An der Strafzumessungslösung halte der BGH auch nach der Grundsatzentscheidung des EGMR von 1998 (*Teixeiro de Castro*) fest, der in der Tatprovokation eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sah.¹² Konsequenz sei, daß der Provozierte strafbar bleibe und der Provozierende straffrei, was eher umgekehrt sein sollte.¹³ – Ein Vergleich mit der Rechtslage in den USA zeige eine ähnliche Ausgangslage wie in Deutschland. Dort sei jedoch als Korrektiv die Entrapment-defense-Doctrine entwickelt worden, die auf dem Verständnis beruhe, daß der Staat nicht strafen dürfe, wenn er zu der Tat selbst verführt habe. Sei der Verführte nicht tatgeneigt gewesen („subjective test“), seien unerlaubte Verführungsmittel eingesetzt gewesen („objective test“) oder könne, in Verbindung beider Lehren („hybrid test“), nachgewiesen werden, daß Tatgeneigtheit gefehlt habe oder unerlaubte Verführungsmittel eingesetzt worden seien, so werde von den Gerichten wegen entrapment defense eine Verurteilung ausgeschlossen. – Diese Vorgehensweise der amerikanischen Gerichte wie auch die Rechtsprechung zur Hochstiftung, wonach die Strafe so zu bemessen sei, als habe der Verführte nur die Tat begangen, zu der er ursprünglich bereit gewesen sei, lägen auf der Linie des EGMR und wiesen einen rechtsstaatlich angemessenen Weg. – Lemke: „Schnelle Strafverfahren, Erfahrungen aus der Praxis eines neuen Bundeslandes“: Die Erledigung einer großen Zahl kleiner und mittlerer Straftaten zeige, daß die Einführung beschleunigender Verfahrensarten funktioniere und zu wünschenswerten Ergebnissen führe. – Was die zahlenmäßige Entwicklung angehe, so könne diese ausschließlich auf die Willensbildung der handelnden Personen zurückgeführt werden. So sei die Zahl der beschleunigten Verfahren gem. §§ 417 ff. StPO von 1995 bis 1998 bundesweit und in Brandenburg kontinuierlich gestiegen, um von 1999 bis 2001 wieder rückläufig zu werden,

⁸ Eine mit den meisten kontinentaleuropäischen Vorsatzdefinitionen unvereinbare Sicht – die bizarrerweise in einem so amöbenhaften Rechtsgebiet wie dem Völkerstrafrecht zu einer extremen Haftungsausweitung gegenüber jahrhundertalten, wenn auch keineswegs unstrittigen, nationalen Regelungen führt.

⁹ ... in der das angelsächsische Recht kennzeichnenden Undifferenziertheit ...

¹⁰ In dem für jeden Außenstehenden als erfolglos absehbaren Bemühen, wenigstens die USA aus jener bemerkenswerten Phalanx der Neinsager (neben u.a. etwa China, Cuba, Iran und Israel) herauszubrechen, hat man jene Prinzipien für weniger als ein Linsengericht aufgeopfert.

¹¹ Scharf gegen diese und andere dogmatische Inkonsistenzen auch Paeffgen, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 695 (733 f.).

¹² Zu der weiteren Entwicklung in der EGMR-Judikatur und der Notwendigkeit des BGH, beizudrehen – auch vor dem Hintergrund der gestiegenen Aufmerksamkeit, die das BVerfG jener Judikatur, wenn auch gelegentlich selektiv, entgegengebracht sehen möchte.

¹³ Scharf dagegen: Paeffgen (Fn. 11), S. 695 (733 f.); Paeffgen, in Rudolphi (Hrsg.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Aufl., 35. Lieferung, Art. 6 EMRK Rn. 86.

wobei seit 2001 wieder ein Aufwärtstrend sichtbar wird. – Kontinuierlich wurde das Strafbefehlsverfahren durchgeführt, das 1999 einen Anteil von 13,7 % bundesweit und 11,6 % in Brandenburg an den Erledigungen insgesamt hatte. – Die Annahme, jede Vorwärtsentwicklung des beschleunigten Verfahrens wirke sich zu Lasten des Strafbefehlsverfahrens aus, könne als widerlegt angesehen werden. – Nachdem der Generalstaatsanwalt festgelegt gehabt habe, daß bereits nach einmaliger fehlgeschlagener Diversion das vereinfachte Jugendverfahren durchgeführt werden solle, sei in Brandenburg ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen. Das vorrangige Jugendverfahren habe sich in Brandenburg wohl deshalb nicht durchgesetzt, weil eine Beschleunigung bereits im gewöhnlichen Jugendstrafverfahren zu erreichen sei. – Schnell ablaufende Verfahren seien sinnvoll für alle Beteiligten und führten zu einer hohen Akzeptanz bei den Angeklagten. – Es gebe keine durchgreifenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dieser Verfahren.¹⁴ Ein Strafverfahren, das über lange Zeiträume in großer Zahl von allen Beteiligten akzeptiert werde, sei schon per definitionem nicht rechtsstaatswidrig. – Die im Schrifttum diskutierte Gefahr übereilter und unsorgfältiger Sachverhaltsaufklärung sei jedem Strafverfahren immanent. – Resümierend könne die eingangs gestellte Frage, ob schnelle Strafverfahren gute Strafverfahren seien, ohne Einschränkung bejaht werden. – Nach *Liourdi*, die fragt: „Unabhängiger Richter? – Historischer Rückblick im griechischen Recht“, prüft *Loos*: „Überzogener Schutz des Angeklagten bei der ungünstigen Wiederaufnahme im Strafverfahren?“. Die Regelung des § 362 Nr. 2 StPO führe in Fallkonstellationen, in denen der später Freigesprochene auf einen Zeugen unterhalb der Schwelle des § 35 StGB einwirke, dazu, daß er einer Wiederaufnahme ausgesetzt sei, während ihn eine die Schuld des Zeugen entfallende Nötigung begünstige. Korrekturen durch den Gesetzgeber bei den Regelungen von § 362 Nr. 1-3 StPO sollten bei gravierenden Unzuträglichkeiten möglich sein, solange keine erhebliche qualitative Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit eintrete. – Etwaige verbleibende Bedenken in Hinblick auf Art. 103 Abs. 3 GG könnten durch eine Eingrenzung der Wiederaufnahmemöglichkeit nach § 362 Nr. 4 StPO ausgeglichen werden. – Bei einer Erweiterung des § 362 StPO um Fälle von Unrecht ohne Schuld müßten auch die gleichgestellten Fälle des § 364 StPO erweitert werden. Setzte man nur Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtsmerkmale voraus, erübrigte sich eine Gesetzesänderung. – Aus den Motiven ergebe sich die Zielsetzung, den Abgeurteilten nicht in den Genuß der Früchte seiner eigenen Straftat kommen zu lassen. Hinzukommen müsse, daß der Vertrauensschutz des Abgeurteilten auf die Bestandskraft des Urteils aufgehoben sein müsse. – Hierzu reiche auch nicht schuldhaftes Unrecht aus, wenngleich ein gradueller Unterschied des Defizits nicht geleugnet werden solle. – Eine derartige Interpretation stelle nur eine das Ge-

samtgefüge der ungünstigen Wiederaufnahme am Rande korrigierende Variation dar und verletze Art. 103 Abs. 3 GG nicht. – Dem stehe auch nicht die Grenze des Wortlauts entgegen. Durch den Verweis auf die Merkmale Vorsatz und Fahrlässigkeit könne § 362 Nr. 2 StPO so gedeutet werden, daß schuldig als „schuldig i.S.v. Vorsatz und Fahrlässigkeit“ zu verstehen sei. – Selbst wenn man diesen Vorschlag de lege lata ablehne, blieben die Ausführungen für eine Lösung de lege ferenda bedeutsam. – *Lüderssen* sinniert über: „Grenzen der ‚Sachkunde‘ des Gerichts (§ 244 Abs. 4 S. 1 StPO) für die Beurteilung der inneren Tatseite bei jugendlichen Tätern, speziell mit Blick auf den bedingten Vorsatz“: Der Fall der amerikanischen Schüler, die in Darmstadt Steine von einer Brücke auf die Fahrbahn warfen und damit zwei Autofahrerinnen zu Tode brachten, lasse hinsichtlich der Feststellung des Vorsatzes Zweifel darüber aufkommen, ob das Gericht alles dafür getan habe, um den Sachverhalt aufzuklären, insbesondere, ob es Sachverständige hierzu hätte anhören müssen. Insbesondere bei Strafverfahren gegen Jugendliche seien Zweifel an der behaupteten Sachkunde des Gerichts angebracht. Problematisch sei hier auch die Auffassung, einer besonderen jugendstrafrechtlichen Schuld dogmatik bedürfe es angesichts des § 3 JGG nicht, dessen sachgerechte Anwendung durch entsprechend ausgebildete Jugendrichter und Staatsanwälte auch ohne Hinzuziehung von Sachverständigen möglich sei. – Als Ausgangspunkt sei beim Bemühen um Aufklärung festzuhalten, daß es zunächst überhaupt um Feststellungen gehe. Normative Konzepte, die das Bild eines rationalen Menschen zugrunde legten, würden dem Jugendstrafrecht nicht gerecht. Dazu müßte ein die Tatsachen jugendlicher Entwicklung außer Acht lassender Rationalitätstypus kreiert werden, was empirische Forschungen etwa über Todesvorstellungen Jugendlicher gegenstandslos werden ließe. – Vorzugswürdig sei dagegen die Auffassung *Herbert Jägers*, wonach es absurd sei, daß sich psychologische Sachverhalte strafrechtlichen Rastern anzupassen hätten und nicht umgekehrt. Es sei primär die Bewertung durch den Täter selbst festzustellen, die ihrerseits wieder extern zu bewerten sei. Zur Realisierung dieses Feststellungsinteresses sei zunächst der normative Ausgangspunkt durch den Richter zu fixieren, um eigenen Vorsatzkonzeptionen seitens der Sachverständigen entgegenzutreten. Anschließend müsse das Gericht, ausgehend von der Definition des bedingten Vorsatzes, den Obersatz so konkret machen, daß sichtbar werde, worauf es für die Feststellung ankomme. – Eine zweite Stufe, die zwischen dem normativen und dem tatsächlichen Bericht liege, betreffe die Generalisierung und Abstraktion. – An letzter Stelle wende sich die Betrachtung schließlich dem zu, was durch die Person gewußt und gewollt worden sei. – Für die Beurteilung jugendlichen abweichenden Verhaltens seien zur Ermittlung subjektiv-personaler Zurechnungsvoraussetzungen tiefgreifende sozialwissenschaftliche Kenntnisse unabdingbar. Bereits zur Formulierung der Voraussetzungen für einen *dolus eventualis* im Jugendstrafrecht könne nur interdisziplinäre Arbeit helfen, wenngleich Soziologie und Psychologie hinsichtlich der psychischen Vorgänge bei der einzelnen Handlung wenig Hilfe leisteten. Dies betreffe insbesondere das voluntative Element. Für den Sachverständi-

¹⁴ Vgl. dazu, durchaus gegenteiliger Auffassung, *Scheffler* Das beschleunigte Verfahren als ein Akt angewandter Kriminalpolitik, in: *Graul* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, 2002, S. 437 (443 ff.) – mit erschreckend plausiblen Beispielen.

genbeweis bleibe die dritte Stufe. Liege es so, daß ein sachverständiges Wissen keine Aufklärung verspreche, so müsse der Richter, so gut es gehe, die eigene Sachkunde einsetzen. – Es sei denkbar, daß sich im Laufe der Zeit die Sachverständigenkompetenz und die forensischen Verhältnisse besserten. – *Maiwald*: „Unterschlagung durch Manifestation des Zueignungswillens? Zur Neufassung des § 246 StGB“: Die Neufassung des § 246 StGB enthalte drei Einzeländerungen gegenüber der Vorgängernorm: den Verzicht auf das Erfordernis von Besitz und Gewahrsam, die Möglichkeit der Drittzueignung und die Subsidiaritätsklausel. – Eine vom Gesetzgeber nicht bedachte Folge sei, daß jede Änderung auch Rückwirkung auf das Ganze des Tatbestands hat, so daß die Aussage berechtigt sei, die Neufassung habe mehr Probleme geschaffen als gelöst. So habe der Wegfall des Erfordernisses des Besitzes/Gewahrsams die Diskussion um die Definition des Begriffs der Zueignung neu entflammt, und auch der Wille der Drittzueignung berge Probleme. – Probleme ergäben sich bereits bei der Definition der Drittzueignung. Aus der Rechtsprechung des BGH lasse sich die Drittzueignung aus dem negativen Umstand heraus definieren, daß der Täter keinen Nutzen oder Vorteil aus der Sache habe. Eine derartige Definition sei jedoch nicht zwingend, Sich- und Drittzueignung könnten auch kumulativ vorliegen. Das sei immer dann der Fall, wenn der Täter die Sache veräußere, weil er sowohl Nutzen aus der Sache ziehe als auch dem Erwerber die Sache verfügbar mache. Der Aspekt der Drittzueignung bleibe jedoch dann ohne Bedeutung, wenn bereits ein Sich-Zueignen gegeben sei, weil es dann keiner weiteren Lückenschließung bedürfe. – Durch die Einführung der Drittzueignung ergäben sich auch neue Teilnahmeprobleme: etwa, wenn der Täter die Sache einem bösgläubigen Dritten veräußere, leiste er möglicherweise Beihilfe zu dessen Sich-Zueignen. – Eine weitere seltsame Konsequenz ergebe sich bei der Beihilfe an Sachaneignungsdelikten, bei welcher der Teilnehmer zugleich eine Unterschlagung begeht. – Auch der Wegfall des Gewahrsamerfordernisses führe zu Irritationen. Nach der problematischen Definition der Zueignung als Manifestation des Zueignungswillens sei zunächst das objektive Erscheinungsbild entscheidend, wobei nur solche Handlungen ausschlaggebend sein sollten, die den Zueignungswillen für einen objektiven Beobachter erkennbar machten. Diese Definition versage insoweit, als sie nicht den erforderlichen objektiv eigentumsverletzenden Charakter der Tathandlung voraussetze. – Zu bizarren Ergebnissen komme es beim Begriff der Manifestation nach der Neufassung des § 246 StGB bei Sachen, die ein anderer – auch der Eigentümer – in Gewahrsam hat, wenn man bereits im Verpflichtungsgeschäft eine vollendete Unterschlagung sehe. – Ein weiteres Problem der Lehre von der Manifestation des Zueignungswillens sei, daß sie keine Trennung von Versuch und Vollendung zulasse und damit die Unterschlagung zum Tätigkeitsdelikt mache. – Diese unangemessene Vorverlagerung der Vollendung werde noch deutlicher in den Fällen, in denen der Täter keinen Zugriff auf die Sache habe, weil sie sich im Gewahrsam eines Dritten befinde. Teilweise werde deshalb zusätzlich die Herstellung einer Herrschaftsbeziehung zur Sache gefordert. Dies sei jedenfalls in Fällen der Übereignung durch Abtretung des

Herausgabeanspruchs befremdlich. – Eine Lösung sei vielmehr in der Ablösung des Begriffs der Manifestation des Zueignungswillens durch eine Definition der Zueignung zu sehen, die die Unterschlagung als Erfolgsdelikt kennzeichne: Der Erfolg sei darin zu sehen, daß der Täter eine Lage schaffe, durch die voraussichtlich dem Eigentümer die Sache auf Dauer vorenthalten bleibe. – *B.-D. Meier*: „Zulässigkeit und Grenzen der Auskunftserteilung gegenüber den Medien, zur Bedeutung der Presserichtlinien der Justiz“: Die Probleme, die sich aus den unterschiedlichen Interessen von Justiz und Medien ergäben, zeigten sich in der Praxis meist im Zusammenhang mit Strafsachen. Im Gegensatz zur Bedeutung, die die Pressestellen von Polizei und Justiz für die Gewinnung von Informationen hätten, stehe die wissenschaftliche Beschäftigung mit jenen; eine Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragen nach der Zulässigkeit der Auskunftserteilung fehle weitgehend. – Als gesetzliche Grundlage für die Auskunftserteilung über personenbezogene Daten komme zum einen das Landespresserecht, zum anderen die strafprozessuale Befugnis zur Auskunftserteilung aus § 475 Abs. 1 StPO in Betracht. Da die presserechtlichen Regelungen den Anforderungen, die das BVerfG im Volkszählungsurteil aufgestellt habe, kaum gerecht würden, erscheine § 475 StPO geeigneter. Dieser erfasse die Interessen der Medien nicht explizit und knüpfe auch erst an die in den Akten enthaltenen Informationen und nicht an das Frühstadium erster Ermittlungshandlungen an, so daß de lege ferenda die Schaffung einer Sonderregelung zwingend erforderlich erscheine. – Problematisch sei allerdings, daß die einschlägigen Verwaltungsvorschriften vom Landespresserecht als Rechtsgrundlage ausgingen. – Von § 475 StPO als Rechtsgrundlage ausgehend unterlägen personenbezogene Informationen grundsätzlich der dienstlichen Schweigepflicht der Amtsträger. Bei berechtigtem Interesse dürften die Stellen Auskunft erteilen. Ein solches liege bei den Medienvertretern in deren im Landespresserecht normierten Informationsrecht begründet. Die Auskunft sei wiederum zu versagen, wenn entweder Interessen des Betroffenen oder Zwecke des Strafverfahrens entgegenstünden. – Als schutzwürdiges Interesse wiesen die meisten Presserichtlinien der Länder den Anspruch auf Wahrung der Anonymität auf, der aber in vielen Ländern auf Beschuldigte, Opfer und Zeugen beschränkt werde. Der Schluß, anderen Verfahrensbeteiligten käme ein solcher Schutz nicht zu, sei jedoch nicht zu ziehen. Deren Schutzinteressen müßten ebenfalls berücksichtigt werden. – Ausnahmen vom Anspruch auf Wahrung der Anonymität gölten bei Personen der Zeitgeschichte sowie beim Überwiegen des öffentlichen Interesses an Auskunftserteilung, wobei auch hier eine um so größere Zurückhaltung geboten sei, je persönlichkeitsnäher die Information sei. Zahlreiche Richtlinien regelten, wenn auch unterschiedlich, die Namensnennung von Jugendlichen und Heranwachsenden, wobei unklar bleibe, weshalb diese Richtlinien nicht auf die Vorschriften zur Öffentlichkeit der Hauptverhandlung Bezug nähmen. – Eine weitere Einschränkung bildeten Fallkonstellationen, bei denen die Auskunftserteilung den Untersuchungszweck gefährden würde. Hier stelle sich die Frage, ob diese Klausel genutzt werden könne, um einer öffentlichen Vorverurteilung vorzubeugen. – Die

Presserichtlinien der Länder behülfe sich, indem sie den Pressestellen Hinweise für die Art und Weise der Auskunftserteilung gäben. – Es zeige sich, daß die Regelungen insgesamt sehr heterogen und bisweilen unvollständig seien, so daß es geboten erscheine, eine bundeseinheitliche Regelung zu schaffen. Hierzu werde der Arbeitskreis „Alternativ-Entwurf“ einen Vorschlag zur Schaffung eines neuen § 475a StPO vorlegen.¹⁵

Kai Müller: „Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln“: Da die Beihilfehandlung nicht auf bestimmte Verhaltensweisen beschränkt sei, könnten auch alltägliche berufsbedingte Geschäftshandlungen, vielfach als neutrale Handlungen bezeichnet, von ihr erfaßt sein. In der Literatur seien zwei Lösungsansätze zu erkennen, mit welchen die Beihilfestrafbarkeit eingeschränkt werde: Ein Teil des Schrifttums, insbeson-

¹⁵ Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien (AE-StuM), 2004, S. 89 (91 ff. m.w.N.) (Dieser neue § 475a StPO soll wie folgt lauten:

„(1) Auskünfte gegenüber den Medien sind grundsätzlich auf allgemeine Mitteilungen über die Tat, den Verfahrensgegenstand und gesicherte Erkenntnisse aus den Ermittlungen beschränkt. Auskünfte, die das Ergebnis der Ermittlungen vorwegnehmen, sind unzulässig. Auskünfte dürfen nicht durch die Überlassung von Abschriften aus den Akten erteilt werden.

(2) Über Umstände, die geeignet sind, allein oder im Zusammenhang mit anderen Umständen die Identität des Beschuldigten, des Verletzten oder eines Zeugen aufzudecken, sowie über sonstige Umstände, die für die Beurteilung einer dieser Personen in der Öffentlichkeit von Bedeutung sind, dürfen Auskünfte nur dann erteilt werden, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Einer Einwilligung in Auskünfte über die Identität bedarf es dann nicht, wenn die Identität des Betroffenen in den Medien bereits veröffentlicht ist.

(3) Über den Beschuldigten dürfen die in Absatz 2 Satz 1 genannten Auskünfte auch dann erteilt werden, wenn das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an den betreffenden Umständen das Geheimhaltungsinteresse des Beschuldigten überwiegt. Ein Überwiegen ist in der Regel dann anzunehmen, wenn

a) es sich bei dem Beschuldigten unabhängig von der Tat um eine Person der Zeitgeschichte handelt, oder

b) dem Beschuldigten eine rechtswidrige Tat zur Last gelegt wird, die aufgrund ihrer besonderen Umstände für die Öffentlichkeit von vorrangigem Interesse ist, und der Beschuldigte der Tat dringend verdächtig ist.

Über Beschuldigte, die zur Zeit der Tat jünger als 18 Jahre alt waren, dürfen die in Absatz 2 Satz 1 genannten Auskünfte nicht erteilt werden. Über die Identität eines solchen Beschuldigten dürfen Auskünfte erteilt werden, wenn sie in den Medien bereits veröffentlicht ist.

(4) Dem Betroffenen ist auf Antrag mitzuteilen, welche Auskünfte über seine personenbezogenen Daten den Vertretern der Medien gegeben worden sind.

(5) Über die Identität eines Verstorbenen dürfen Auskünfte erteilt werden, wenn die Angehörigen eingewilligt haben. Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 gelten sinngemäß.“)

dere *Roxin* und ihm folgend die Rechtsprechung, lehne die Beihilfe ab, wenn nur *dolus eventualis* bezüglich der Haupttat vorliege, da die Beteiligten darauf vertrauen dürften, daß andere keine Straftat begingen. – Diese Differenzierung überzeuge nicht, da für den Vorsatz bezüglich der Haupttat *dolus eventualis* grundsätzlich genüge. Auch das Kriterium des deliktischen Sinnbezugs helfe dann nicht weiter, wenn die Alltagshandlung mehrere Sinnbezüge habe. – Mehrheitlich werde im Schrifttum die Lösung auf der Ebene des objektiven Tatbestands gesucht. – Die Lehre von der Sozialadäquanz, wonach sozialtypisches bzw. berufstypisches Verhalten keine strafbare Beihilfe darstelle, sei deren Unbestimmtheit entgegenzuhalten. Zudem könne gerade auch berufstypisches Verhalten die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung erhöhen. – Auch die Auffassung *Schumanns*, wonach Beihilfe vorliege, wenn der Täter sich mit der Tat des Vordermannes solidarisiere, helfe nicht weiter, da sie keine Kriterien zur Bestimmung der Solidarisierung biete. – Ein Ansatz (*Frisch* u.a.) bejahe eine strafbare Beihilfehandlung, wenn ein deliktischer Sinnbezug gegeben sei, wenn also die Gehilfenhandlung nur hinsichtlich der Tat des Haupttäters sinnvoll erscheine. Ohne Einbeziehung der Kenntnis und Absicht des potentiellen Gehilfen lasse sich jedoch keine Aussage über den konkreten Handlungssinn treffen. – Auch die Heranziehung hypothetischer Kausalverläufe (*Löwe-Krahl*) und des Regreßverbots (*Jakobs; Puppe*) biete keine trennscharfen Abgrenzungskriterien. – Die Lösung sei vielmehr in der konsequenten Anwendung der Beihilfenvorschrift zu suchen: Zunächst sei erforderlich, daß das Gelingen der Haupttat eine spürbare Chancenerhöhung durch die Gehilfenhandlung erhalten habe. Damit schieden alle Handlungen aus, die keinen Vorteil für die Durchführung der Haupttat böten. Hypothetische Kausalverläufe seien dabei nicht zu berücksichtigen. – Daß hierbei nicht immer dieselben Ergebnisse erzielt würden wie bei den Privilegierungsversuchen, sei einzuräumen. Eine uferlose Ausdehnung der Beihilfe sei dabei nicht zu befürchten, da sich bei realistischer Betrachtung die den Beruf Ausübenden keine Gedanken über eine mögliche strafbare Verwendung machten und damit vorsatzlos handelten. – Bei bestimmten Berufen, so bei den in §§ 203 ff. StGB und § 53 Abs. 1 StPO genannten Personen, geböte es der Rechtsstatus, das tatbestandsmäßige Verhalten ausnahmsweise zu rechtfertigen, um das Vertrauensverhältnis zu schützen und der ständigen Gefahr einer Beihilfehandlung bei beruflichen Ratgebern zu begegnen. Alle denkbaren Rechtfertigungsgründe unterlägen hierbei jedoch einer Gebotenheitsklausel i.S. eines Rechtsmißbrauchsverbots. – *von der Pfordten:* „Zu den Prinzipien der Notwehr“: Die derzeit überwiegende Meinung sehe das Notwehrrecht sowohl auf ein individualistisches wie auch auf ein kollektivistisches Prinzip gestützt. – Der Wortlaut scheine zunächst für die individualistische Position zu sprechen. – Als Hauptargument führten die Befürworter des dualistischen Ansatzes an, der Verzicht auf eine Güterabwägung bei der Notwehr – anders als beim Notstand – sei nur unter Einbeziehung der Verteidigung der Rechtsordnung zu erklären. – Kollektiven Prinzipien sei jedoch aus systematischen und rechtsethischen Gründen mit Mißtrauen zu begegnen; sie könnten keine letzte Rechtfertigung liefern.

– Die Gegner des dualistischen Ansatzes sähen in der Annahme eines Rechtsbewährungsprinzips einen Zirkelschluß, da damit § 32 StGB auf sich selbst verweise. Dieses Ergebnis könne jedoch durch eine Auffassung vermieden werden, wonach nur andere Normen bewährt würden. – Andere wiederum hielten dem dualistischen Ansatz den Einwand des unendlichen Regresses entgegen, der entstände, da sich Regeln über die Befolgung bis ins Unendliche konstruieren ließen. Dieser Einwand lasse sich jedoch mit der Überlegung entkräften, daß die Figur der Rechtsbewährung eingeführt worden sei, um einen zusätzlichen Gesichtspunkt zur Interpretation des § 32 StGB über den Schutz der Individualinteressen des Verteidigers hinaus zu gewinnen. Das Interesse an der Bewährung der Rechtsordnung beziehe sich damit nicht auf die Interessen des Verteidigers, sondern der übrigen von der Rechtsordnung zu berücksichtigenden Interessen. – Eine andere Auffassung sehe den Verzicht auf Güterabwägung darin begründet, daß der Verteidiger gegenüber dem Notstand einer zusätzlichen Freiheitseinschränkung ausgesetzt sei. Diese könne sich jedoch genauso durch Notstandssituationen ergeben. – Ein ähnlicher Ansatz sehe durch einen Angriff i.S.d. § 32 StGB das Prinzip der Respektierung fremder Selbstbestimmung verletzt. – Wenngleich eine Mißachtung des konkreten Selbstbestimmungsrechts des Angegriffenen zugestanden werden könne, sei jedoch zu bezweifeln, daß der Angreifer das Prinzip an sich verneine. – Ebenso werde man die von einer Auffassung vorgetragene Begründung ablehnen müssen, der Angriff tangiere die Persönlichkeit des Opfers, da bei den meisten Angriffen das Opfer ausgetauscht werden könnte. – Auch könne die Begründung nicht in der Ungeübtheit in der Abwehr des Angegriffenen gesehen werden, da diese sich nicht von derjenigen in der Notstandssituation abhebt. Auch die Tatsache, daß der Angreifer die Vermeidung in der Hand hatte, erklärt nicht, weshalb die Verpflichtung zur Schädigungsvermeidung entfallen solle.¹⁶ – Gleiches sei der Auffassung entgegenzuhalten, die die Notwehrbefugnis darin begründet sehe, daß sie den Angreifer daran hindern solle, das Gleichordnungsverhältnis zwischen Täter und Opfer in ein Über- und Unterordnungsverhältnis zu verwandeln. – Die Lösung sei vielmehr darin zu sehen, daß im Unterschied zur Notstandssituation bei einem Angriff die soziale Gemeinschaft, in welcher wechselseitige Solidaritätspflichten bestünden, die zur Güterabwägung verpflichten, suspendiert oder jedenfalls eingeschränkt werde. In der Notwehrsituation sinke das Verhältnis quasi auf den Naturzustand ab, in welchem keine Solidaritätspflichten, sondern nur Nicht-Interventionspflichten bestünden. Der Notwehrfall stelle insofern eine Umkehrung der Solidarität aufgrund von § 13 StGB dar. – So ließen sich auch die Einschränkungen der Notwehr damit erklären, daß in diesen Situationen eine Suspendierung der sozialen Gemeinschaft nicht vorliege. – Radtke entzaubert die Suggestionenwirkung einer so hochtrabenden, aber von der Lebenswirklichkeit großzügig abstrahierenden Modellierung wie der „Diskurstheorie“ als Erklärungsmodell für

¹⁶ Das mag man so sehen – doch dürfte die (nicht erfüllte) Argumentationslast, warum das nicht der Fall sein soll, beim Bestreitenden liegen.

das Strafverfahren: „Das Strafverfahren als Diskurs?“, sieht aber – mit Neumann – in der Partizipation am prozessualen Diskurs Ansätze zu einer (gleichsam „abgespeckten“) rechtsmethodischen Basis für ein diskursives Verfahrensmodell.¹⁷ – Rössner/Marneros/Ullrich behandeln: „Psychische Störungen und Kriminalität im Strafrecht – Aktuelle Forschungsergebnisse und Perspektiven“: Aufgrund einer von den Autoren durchgeführten „Hallenser Angeklagtenstudie“ (ursprünglich psychiatrisch begutachtete und nicht-begutachtete Beschuldigte wurden auf psychische Auffälligkeiten untersucht), die sie mit Befragungen von Nichtstraffälligen verglichen, stellen sie deutliche Anzeichen dafür fest, daß besondere Persönlichkeitsstrukturen zu einem devianten bis straffälligen Verhalten disponieren könnten (dreimal so viele des Angeklagten-Samples litten unter psychischen Persönlichkeitsstörungen gegenüber der Vergleichsgruppe) und verlangen mit Recht, daß diesen Aspekten größere wissenschaftlich Aufmerksamkeit zugewandt werden müsse. – Roxin diskutiert: „Fahrlässige Tötung durch Nichtverhinderung einer Tötung auf Verlangen?“. Dem Gegenstand dieser Erörterung liegt der Fall des Todesengels von Wuppertal zugrunde: Eine Krankenschwester habe aus Mitleid einige Patienten getötet. Es stelle sich hierbei die Frage, ob der vorgesetzte Arzt, der bei Auftauchen von Verdachtsmomenten die Krankenschwester zunächst nicht suspendiert habe, woraufhin diese erneut eine Tötung auf Verlangen beging, sich wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht habe. – Das ernstliche Verlangen einer Tötung, § 216 StGB, stehe zwischen dem Suizid und der Selbstgefährdung. – Die „fahrlässige“ Nichtverhinderung eines im verantwortlichen Zustand begangenen Selbstmordes sei nicht strafbar, da der Selbstmord keine Straftat sei. – Die Mitwirkung an einer verantwortlichen Selbstgefährdung sei wiederum nicht strafbar, wenn der sich selbst Gefährdende das Risiko vollumfänglich kenne. – Das Verlangen der eigenen Tötung sei zwar kein Selbstmord. Die Eigenverantwortung sei hier aber höher als bei der bloßen Selbstgefährdung, da hier der Erfolg wahrscheinlicher sei. – Wenn aber schon die eigenverantwortliche Selbstgefährdung die Zurechnung ausschließe, müsse es das ernstliche Verlangen als qualifizierte Selbstgefährdung erst recht tun. – Anders als bei der vorsätzlichen Beteiligung am Selbstmord und bei der Selbstgefährdung sei jedoch die vorsätzliche Tötung auf Verlangen strafbar. Dennoch müsse die fahrlässige Mitwirkung straflos bleiben. § 216 StGB stelle eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß sogar die vorsätzliche Beteiligung an der Selbstgefährdung straflos bleibt. – Der Gesetzgeber habe die Vernichtung menschlichen Lebens von außen tabuisieren und Beweisschwierigkeiten vermeiden wollen. Beide Gründe träfen auf die fahrlässige Ermöglichung einer Tötung auf Verlangen nicht zu. – Auch unter Berücksichtigung der Garantenstellung des Arztes komme man zur selben Lösung, denn wenn der Arzt als Garant bei

¹⁷ Ob es dessen als erklärungsnotwendigen Mehrwertes noch bedarf, wäre vor dem Hintergrund der Anforderungen, die Art. 6 EMRK an die nationalen Prozeßordnungen diesbezüglich stellt (dazu etwa Paeffgen [Fn. 13], Art. 6 EMRK Rn. 70 ff., 74 ff. 164 ff.), freilich dann auch noch darzutun.

der vorsätzlichen Beihilfe zum Suizid straflos sei, müsse er es erst recht bei der unvorsätzlichen Mitwirkung an einer Selbstgefährdung sein. – Nichts anderes ergebe sich bei Heranziehung der Teilnahmeregel. Da das Opfer bei einer Tötung auf Verlangen selbst tatbestandslos handle, wäre eine Teilnahme hieran nicht strafbar. Wenn aber schon die vorsätzliche Mitwirkung straflos sei, dann müsse dies erst recht für die fahrlässige gelten. – Dieses Ergebnis werde bestätigt, berücksichtige man, daß die Höchststrafe bei § 216 StGB wie auch bei § 222 StGB bei fünf Jahren liege, so daß bei der fahrlässigen Tötung auf Verlangen die Schuldifferenz zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Tat unberücksichtigt bliebe. – *Rüping* behandelt die aufschlußreiche Entwicklung der Juristenausbildung in den vier Besatzungszonen Deutschlands nach dem Zusammenbruch: „Berufsjuristerei und staatliche Rechtspflege“ mit einigen exemplarischen seinerzeitigen Geschichtsklitterungen zu der Bedeutung der Justiz am System der NS-Diktatur.¹⁸ – *Schall* traktiert den „Wohnungsbegriff“ als „Territorium der Privatsphäre“ anhand der Um- und Hochzonung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 n.F. StGB: „Einbruchsdiebstahl und Wohnungsbegriff nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz“; – *Schöch* diskutiert: „Schweige- und Offenbarungspflichten für Therapeuten im Maßregelvollzug“; – *Schöne*: „Die Behandlung jugendlicher Rechtsbrecher in der Republik Paraguay“. – *Schwind* äußert sich „Zum Ansehen der Polizei in der Bevölkerung und seiner kriminalpolitischen Relevanz“; – *Sellert* zum perennierenden Problem der Eindämmung der Selbstjustiz an einem historischen Beispiel: „Gerichtbarkeit und Selbstjustiz nach dem Celler Stadtrecht vom 9. März 1301“; – *Tadaki*: „Tateinheit und Tatmehrheit bei Teilnahme“: Werde durch eine Handlung zu einer Mehrheit selbständiger Gesetzesverletzungen angestiftet oder Beihilfe geleistet sowie bei Distanzdelikten und mittelbarer Täterschaft stelle sich die Frage, ob von Idealkonkurrenz oder Realkonkurrenz auszugehen sei. – Während noch die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts das Handeln des Haupttäters für maßgeblich erklärt habe, folge die heutige Rechtsprechung wie die h.M. in der Literatur (hier wie in Japan) der Idealkonkurrenz-Lösung, wonach die in einer Handlung bestehende Teilnahme Tateinheit begründe, da § 52 StGB Handlungen im natürlichen Sinne bezeichne. Dieser stehe die Realkonkurrenz-Lösung gegenüber, wonach wegen einer Mehrheit von Teilnahmehandlungen bestraft werden müsse. – Die großzügigere Behandlung der Idealkonkurrenz sei zum einen im geringeren Unrecht begründet, zum anderen in der geringeren Schuld des Täters, da er zwischen den einzelnen Erfolgen jeweils nicht erneut in der Lage gewesen sei, die Tat aufzugeben. Dies könne jedoch nicht für die eingangs geschilderten Teilnahmesituationen gelten, da es die Möglich-

keit gegeben habe, nach Eintreten eines Erfolges aufzugeben. Die Annahme der Idealkonkurrenz-Lösung hätte zudem zur Folge, daß die Regeln über die Verjährung faktisch außer Kraft gesetzt würden. – Auch auf prozessualer Ebene bestünden an der Richtigkeit der Idealkonkurrenz-Lösung Zweifel, da der wegen einer Teilnahmehandlung rechtskräftig verurteilte Teilnehmer bei nachträglich aufgeklärten weiteren Täterhandlungen nicht mehr angeklagt werden könne, was sich nur schwer mit dem Rechtsgefühl vereinbaren lasse. – Zur Lösung seien materiellrechtliche Ansätze denkbar, wonach Realkonkurrenz konstruiert werde. Teilweise werde hierzu die Teilnahmehandlung behandelt, als hätten zeitlich mehrere stattgefunden, was zumindest dann problematisch erscheine, wenn eine weitere Person zwischengeschaltet werde. – Ein denkbarer Lösungsansatz wäre, eine zusätzliche garantenpflichtwidrige Unterlassung der Erfolgshinderung durch den (zuvor aktiven) Teilnehmer anzunehmen, so daß mit dem Zeitpunkt des Erfolgsintritts jene (zweite) Teilnahmehandlung entstünde. Bei gleichzeitigen Täterhandlungen läge damit Tateinheit, bei getrennten Täterhandlungen Tatmehrheit vor. Problematisch erscheine hierbei jedoch die Konstruktion der Unterlassung. – Eine andere Auffassung gelange ohne Unterlassungskonstruktion zum gleichen Ergebnis, indem sie sich am Zeitpunkt der Täterhandlungen orientiere; hier mangle es jedoch an einer präzisen Begründung für diesen Lösungsweg. – Unter den prozeßrechtlichen Lösungswegen führten nach der Einheitslehre idealkonkurrierende Delikte ausnahmslos zu einer prozessualen Tat. – Da die damit verbundene Folge des Strafklageverbrauchs bisweilen als unvernünftig erachtet werde, gewinne die Unabhängigkeitsthese tendenziell an Einfluß, wonach prozessualer und materieller Tatbegriff unabhängig voneinander bestimmt werden sollten. – In diese Richtung gehe auch neuerdings die Rechtsprechung bezüglich §§ 129, 129a StGB und bei Dauerdelikten. – Auch unter Berücksichtigung von Rechtssicherheit, Rechtsstaatsprinzip und Art. 103 Abs. 3 GG bestehe keine Notwendigkeit einer Entsprechung von materiellrechtlichem und prozeßrechtlichem Tatbegriff, da diese unterschiedliche Zwecke verfolgten. Wenngleich eine solche Entsprechung zu Rechtssicherheit beitragen könnte, dürfe man diese nicht auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit verlangen. Vielmehr seien Ziele und Funktionen der beiden Tatbegriffe neu zu definieren. – *Vassilaki* fragt sich: „Ist eine alternative Tatsachenfeststellung bei fahrlässiger Beteiligung möglich?“ – und bejaht dies: In Fallkonstellationen, in denen mehrere Personen bei der Verwirklichung eines Fahrlässigkeitsdelikts mitwirkten, wobei nicht geklärt werden könne, welcher der Beteiligten den Erfolg verursacht habe, würden die Beteiligten entweder unter Anwendung des In-dubio-pro-reo-Grundsatzes freigesprochen oder nach wechselseitiger Zurechnung ihrer Tatbeiträge wegen des Fahrlässigkeitsdelikts bestraft. So habe im sog. Streichholzfall, bei welchem durch eines der von den Angeklagten weggeworfenen Streichhölzer eine Fabrikhalle in Brand gesetzt worden sei, das OLG Schleswig die Verurteilung wegen fahrlässiger Brandstiftung aufgehoben, weil kein Kausalzusammenhang zwischen einer Einzelhandlung und dem Brand nachweisbar gewesen sei. Beim sog. Fall der rollenden Steine hätten die Täter Felsbrocken einen steilen

¹⁸ ... aber auch mit wehmütig stimmenden zeitgenössischen Äußerungen zur Bedeutung der Grundlagenfächer für eine sachgerechte Juristenausbildung, – Akzentuierungen, die man den (pseudo-)„effizienz“-orientierten Justiz- und Hochschulpolitikern und deren Einflüsterern nur täglich neu ins Stammbuch schreiben müßte, besonders angesichts der finanziell damals nun wirklich prekären Situation der „öffentlichen Hände“.

Abhang hinunterrollen lassen, obwohl der Boden, auf dem sie auftraten, nicht sichtbar gewesen sei, so daß durch irgendeinen der Steine ein Mensch zu Tode gekommen sei. Jene seien wegen fahrlässiger Tötung verurteilt worden. – Der Auffassung, die in solchen Fällen Nebentäterschaft annehme, sei zuzugestehen, daß kein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken vorliege, gleichwohl sei ein gemeinsamer Entschluß gegeben, sich sorgfaltswidrig zu verhalten. – Ein Lösungsansatz knüpfe an den Verstoß gegen die Pflicht an, die Gefahrrealisierung zu verhindern, die durch das vorangegangene Verhalten entstanden sei, und nehme daher eine Unterlassungstäterschaft an. Hiergegen sei jedoch einzuwenden, daß der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der aktiven Vornahme der gefährlichen Handlungen liege. Das Unterlassen der Sicherheitsvorkehrungen sei lediglich Begleiterscheinung des aktiven Tuns. Zudem bedeutete jene Argumentation eine gegenseitige Zurechnung der unterlassenen Sorgfaltspflichtverletzung analog den Grundsätzen der Mittäterschaft bei Vorsatzdelikten, was aber nicht zulässig sei. – Andere wiederum rechneten die Tatbeiträge der Beteiligten im Rahmen einer fahrlässigen Mittäterschaft zu: Nach *Otto* seien Mittäter eines fahrlässigen Begehungsdelikts Beteiligte, die bewußt Gefahren begründeten oder erhöhten, was jedoch an sich einen gemeinsamen Tatentschluss voraussetzte; dies sei jedoch mit der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte nicht vereinbar. – Andere wiederum sähen den gemeinsamen Handlungsentschluß als den erforderlichen Tatentschluß an. Hiergegen sei jedoch einzuwenden, daß nur ein Tatentschluß, der sich auch auf die Herbeiführung des Erfolgs beziehe, eine gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge rechtfertigen könne. – Eine weitere Auffassung ersetze daher das Merkmal des gemeinsamen Tatenschlusses durch das Bewußtsein, gemeinsam zu agieren, was mit den Grundsätzen der Mittäterschaft unvereinbar sei. – Nach *V.* hätten in den hier behandelten Fallkonstellationen die Beteiligten entsprechend dem Einheitstäterbegriff Tatbeiträge erbracht, die das Eintreten des fahrlässigen Verletzungserfolgs ermöglicht hätten, auch wenn dieser möglicherweise auf der Unterstützung des anderen Beteiligten durch die eigene Handlung beruhe. – Da der in Frage kommende Tatbestand jeweils feststehe und lediglich unklar bleibe, ob der Verletzungserfolg durch die gefährliche Handlung selbst oder durch die Unterstützung des anderen Beteiligten herbeigeführt worden sei, sei eine Verurteilung mit Hilfe der unechten Wahlfeststellung möglich. – *Venzlaff* handelt „Über den sogenannten ‚pathologischen Rausch‘ oder die zähe Lebensdauer eines Unbegriffs“: Wengleich von der Rechtsprechung anerkannt sei, daß bei Straftaten unter Alkoholeinfluß sogar die Annahme von Schuldunfähigkeit möglich sei, so ließen sich kaum Kriterien finden, um den Schweregrad der Alkoholisierung zu bestimmen. Die Höhe der Blutalkoholkonzentration sei zwar eine Orientierungshilfe, könne aber nur als Grobraster dienen. Angaben des Angeklagten selbst sowie von Zeugen seien i.Ü. sehr unzuverlässig. Bislang sei es in der forensischen Psychiatrie nicht gelungen, verlässliche und exakt bestimmbare Kriterien für die Einschätzung des Schweregrads eines Rauschzustands zu erarbeiten. Eine akzeptable Faustregel biete *Witter*, demzufolge die Verantwortlichkeit nach den Gesichtspunkten:

1. Persönlichkeitsfremdheit der Rauschtat, 2. Amnesie für die Zeit des Rausches, 3. Sinnlosigkeit des Rauschverhaltens, zu beurteilen sei. Besser wäre es jedoch, statt von Persönlichkeitsfremdheit zu sprechen, das Persönlichkeitsbild zugrunde zu legen, das sich aus den Informationen über das gelebte Sozialverhalten ergebe. – Nach einem Vorschlag von *Binder* wiederum ergebe sich eine Unterteilung in die Rauschtypen: 1. normaler Rausch (schuldfähig), 2. komplizierter Rausch (vermindert schuldfähig) und 3. pathologischer Rausch (schuldunfähig). – Am fragwürdigsten sei hierbei der Begriff des pathologischen Rauschs. Bereits sprachlich sei der Begriff unglücklich gewählt und stellt einen Pleonasmus dar, da jeder Rausch ein pathologischer Zustand sei. – Das Auftreten bei geringen Mengen könne als Märchen bezeichnet werden, und auch das Fehlen körperlicher Trunkenheitszeichen sei ein absolut unzuverlässiges Kriterium. Eine Bewußtseinsstörung gehöre zu jeder erheblichen Alkoholisierung und auch eine plötzliche Erregung könne bei allen Formen der Alkoholisierung auftreten. – Alle Versuche, den pathologischen Rausch als eigenständige Sonderform der Alkoholisierung abzugrenzen, täuschten nur Wissenschaftlichkeit vor. Auf den Begriff des pathologischen Rauschs solle vollständig verzichtet werden. – In den seltenen Fällen, in denen erheblichere Schäden des Zentralnervensystems vorlägen, handele es sich nicht um eine Sonderform des Rauschs, sondern um eine Intoxikationspsychose. – *Gerhard Wolf* analysiert: „Mörder oder Totschläger? Zum 60jährigen Bestehen des § 211 StGB“.

Das mittlerweile 60jährige Bestehen der weitgehend unverändert geltenden nationalsozialistischen Fassung des Mordtatbestandes trotz einhelliger Kritik könne wissenschaftlich und politisch als Skandal bezeichnet werden. – Zu welchen unlösbaren Problemen die derzeitige Fassung führe, wird dann anhand eines Urteils des BGH demonstriert: Im zugrundeliegenden Fall hatten die Angeklagten beschlossen, das Tatopfer mit Schlägen zu überwältigen, um ihm die Wertsachen zu abnehmen, und es anschließend zu töten, um nicht als Täter identifiziert werden zu können. Der BGH habe einen Mord in Verdeckungsabsicht bejaht, jedoch an der vom Landgericht bejahten Habgier gezweifelt, da keine Ausführungen zu bewußtseinsdominierenden Vorstellungen hierzu gegeben seien, und das Urteil daher aus diesem Grund aufgehoben. – Gegen diese Entscheidung könnte eingewendet werden, daß bei Annahme von Tateinheit von schwerem Mord und Raub durch dieselbe Handlung ein Mord in Verdeckungsabsicht ausgeschlossen sei. – Dem BGH sei i.E. jedoch insoweit zuzustimmen, als ein zweiaktiges Geschehen vorgelegen habe; dem widerspreche jedoch die Annahme von Tateinheit. Liege jedoch, wie vom BGH angenommen, Tateinheit vor, führe die Auffassung, bei einem Motivbündel müsse geprüft werden, welches Motiv bewußtseinsdominant gewesen sei, zu Widersprüchen.¹⁹ – Gehe man von zwei Handlungen aus, so sei auch Habgier zu bejahen, weil das Opfer auch deshalb getötet wurde, um die Beute sichern und

¹⁹ Wobei allerdings insoweit mit einem Scheinproblem gerungen wird (mehrere Mordmotive), als die „Dominanz“ nur gegenüber nicht- bzw. nicht so verwerflichen Motiven thematisch ist.

verwerten zu können. – Schwierigkeiten bereite zudem das Merkmal der niedrigen Beweggründe. Die nach der üblichen Definition verlangte allgemeine sittliche Wertung stelle lediglich eine Fiktion dar, ob ein Motiv auf tiefster Stufe stehe, sei schließlich der Willkür des Richters überlassen²⁰. – Ein Vorsatz in bezug auf den Gegenstand dieses Beweggrundes sei zudem von vornherein ausgeschlossen, da dieser sich wiederum auf die Fiktion der allgemeinen sittlichen Wertung beziehe. Das Merkmal der niedrigen Beweggründe sei kaum mit dem rechtsstaatlichen Tatstrafrecht zu vereinbaren. Hinzu komme, daß man für eine Verurteilung auf die Unterstützung des Täters angewiesen sei, was ein Unding sei. – Die drei hier behandelten Mordmerkmale zwingen geradezu zu willkürlichen Entscheidungen, was mit den Anforderungen in Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren sei, bei den anderen Mordmerkmalen sei es nicht anders. – Ein erster Schritt zur Beseitigung der Fortgeltung der derzeitigen Fassung könne die Rückkehr zur vor 1933 geltenden Fassung sein, danach möge man nach einer besseren Lösung suchen.²¹ – *Zielinski* traktiert das Thema: „Der Notarzt als Retter des Täters – Vom Glück und Pech als Maß der Schuld“: Ein Blick ins Gesetz zeige, daß die Höhe der Strafe nicht nur von der Schuld abhängt, sondern auch von Umständen, die sich nach der gesetzwidrigen Aktion des Täters ereigneten, insbesondere vom Eintritt des Erfolges. Das allgemeinste Beispiel hierfür biete die Unterscheidung von Versuch und Vollendung, die Strafe könne nach § 49 Abs. 1 StGB gemindert werden. – Hier bleibe erklärungsbedürftig, weshalb ein erfolgloser Angriff auf das Rechtsgut eine schuldangemessene Strafe in gleicher Höhe nach sich ziehen könne, wenn dem verwirklichten Unrecht der Erfolgsunwert fehle. Beim fahrlässigen Verletzungsdelikt kämen dem Täter selbst zufällige Erfolgsverhinderungen zugute. – Zwingend seien die Auswirkungen nur bei den erfolgsqualifizierten Delikten, bei denen auch der zufällige Erfolgseintritt zu einer massiven Anhebung der Mindeststrafe führe. – Erklärungsbedürftig bleibe dort aber, weshalb es bisweilen zu einer Mindeststrafe von zehn Jahren kommen könne, wenn selbst die erfolgreiche vorsätzliche Tötung nur eine solche von fünf Jahren aufweise. – Ein Fundierungszusammenhang zwischen Unrecht und Vorwerfbarkeit könne nur bezüglich des Handlungsunwertes bestehen. Die Auswirkung des Erfolgsunrechts sollte der Klarheit halber nicht als Schuld, sondern als strafrechtliche Haftung für verschuldete Schadensfolgen bezeichnet werden. Indem § 222 StGB keine Mindeststrafe vorsehe, werde deutlich, daß der verschuldete Tod eines Menschen ein Mindestschuld-

quantum oder eine Mindeststrafzumessungsschuld nicht auslöse. – Es sei jedoch kaum erklärbar, weshalb jede in Zusammenhang mit einer Brandstiftung oder Vergewaltigung stehende leichtfertige Lebensgefährdung ein höheres Handlungsunrecht begründe als eine vorsätzliche Tötung. – Dies bedeute, den Richter in Einzelfällen wegen des Pechs des tödlichen Ausgangs in verfassungswidriger Weise zur Verhängung einer nicht-schuldangemessenen Strafe zu zwingen. – Beim Rücktritt werde, wie sich aus § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ergebe, nicht die Erfolgsverhinderung, sondern das Rückgängigmachen des Handlungsunwertes der normwidrigen Entscheidung honoriert. Dem Täter die volle Vollendungsstrafe aufzuerlegen, wenn der Erfolg trotz aller Bemühungen eintrete, verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Berücksichtigung des Nachtatverhaltens gem. § 46 StGB müsse hier zu einem gänzlichen Verzicht auf Strafe oder zumindest zu einer Strafmilderung gem. § 49 S. 2 StGB führen. – Unter dem Themenkreis „Biorecht“ eröffnet *Dietlinde Albrecht* mit „Strafrechtliche Aspekte der ärztlich vorgenommenen Therapiebegrenzung“: Begrenze der behandelnde Arzt die Therapie bei einem schwerstkranken Patienten, indem er auf lebensverlängernde Maßnahmen verzichte oder diese absetze, stelle sich aus ärztlicher Sicht die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Dabei sei zunächst einmal fraglich, ob die vorgenommene Therapiebegrenzung als aktives Tun oder Unterlassen einzuordnen sei. Aus dem Behandlungsvertrag, der dem Arzt ein Tun auferlege, ergebe sich der Schwerpunkt im Untätigsein, indem der Arzt die Behandlung nicht durchführe. Dabei sei auch in Fällen, in denen der Arzt durch Anweisung an weiteres Personal handle, von unmittelbarer Täterschaft auszugehen. – Obschon ärztliches Handeln primär auf Heilung und Erhaltung des menschlichen Lebens ausgerichtet sei, trete an dessen Stelle die Behandlung zur Leidensminderung, wenn Heilung nicht mehr möglich sei, was teilweise nur durch den Abbruch Leiden verursachender Behandlungen erfolge. Die Zulässigkeit der objektiv gebotenen Therapiebegrenzung könne dabei nicht von der zusätzlichen Einwilligung des Patienten abhängen, da dieser vom Arzt auch im Rahmen seines Selbstbestimmungsrechts keine nicht-indizierte Behandlung verlangen könne (zw., *H.-U. P.*). Lügen die Voraussetzungen einer Therapiebegrenzung vor, sei bereits der objektive Tatbestand eines unechten Unterlassungsdelikts nicht erfüllt. Da der Behandlungsauftrag nicht mehr auf Lebensverlängerung ausgerichtet sei, habe der Arzt keine Garantenstellung mehr in Bezug auf das Leben des Patienten. Ob gleichzeitig Rechtfertigungsgründe vorlägen, spiele somit keine Rolle mehr. – Ebenso scheitere eine Strafbarkeit aus § 323c StGB, da eine Weiterbehandlung nicht objektiv erforderlich sei. – Irre sich der Arzt über die Gebotenheit der Therapiebegrenzung, mache er sich ebenfalls nicht gem. §§ 212, 216, 13 StGB, sondern allenfalls wegen einer Fahrlässigkeitstat strafbar, da ihm der Irrtum bezüglich der Garantenstellung gem. § 16 StGB zugute komme. Hinsichtlich § 323c StGB fehle ihm der Vorsatz bezüglich der Erforderlichkeit. – Sei ein Patient einwilligungsfähig, sei der Arzt an dessen Forderung, die Therapie zu begrenzen, gebunden. – Schwieriger stelle sich die Situation beim nicht-einwilligungsfähigen Patienten dar. Befinde

²⁰ Der unbestimmte Rechtsbegriff kann allerdings auch in methodologisch stringenterer Weise ausgefüllt werden, vgl. dazu etwa *Paeffgen*, GA 1982, 255, bei aller, sub specie Art. 103 Abs. 2 GG zu beklagenden, von *Wolf* mit Recht gegeißelten, Unbestimmtheit.

²¹ Mit deren notorischen Mißständen der notwendig mit Vorbedacht handelnden physisch „Schwachen“ (etwa: Frauen), was sie „automatisch“ ins Lebenslänglich katapultiert?! Es ist zuviel Geisteskraft in bessere Lösungen dieser Frage investiert, um zu einer solch „archaischen“ – und sei es auch nur Zwischen-Lösung Zuflucht nehmen zu müssen.

sich der Patient in einem Betreuungsverhältnis, stehe dem Betreuer als gesetzlicher Vertreter hinsichtlich der Therapiebegrenzung keinerlei Entscheidungskompetenz zu, das Vormundschaftsgericht sei mangels wirksamer Erklärung des Betreuers nicht zuständig. – Anders verhalte es sich mit dem Vorsorgebevollmächtigten: Dieser könne hinsichtlich der letzten Lebensphase wirksame Erklärungen abgeben, da hierdurch dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung getragen werde. Eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sei auch hier nicht notwendig, ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt würde dem Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers nicht gerecht. – Habe der nunmehr einwilligungsunfähig gewordene Patient keine wirksame Vorsorgevollmacht erteilt, sei sein mutmaßlicher Wille zu ermitteln. Anhaltspunkte können hierfür Patientenverfügungen wie sonstige diesbezügliche frühere Äußerungen, Einstellungen und Lebensumstände sein. Entgegen der Auffassung des 1. Strafsenats des BGH könnten Auffassungen der Allgemeinheit gerade keine Grundlage zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens sein. – Begrenze der Arzt die Therapie, dem Wunsch des Patienten entsprechend, obwohl diese medizinisch geboten wäre, mache er sich nicht strafbar. Mit Beschränkung des Behandlungsauftrags entfalle die Garantenstellung für ein Unterlassungsdelikt.²² Damit entfalle auch eine, wenn auch konstruktiv mögliche, Tötung auf Verlangen durch Unterlassen. Eine Strafbarkeit gem. § 323c StGB scheitere an der fehlenden Zumutbarkeit für den Arzt. – Berufe sich der Arzt dagegen allein auf die Zustimmung des Betreuers sowie auf allgemeine Wertvorstellungen, mache er sich infolge deren mangelnder Begrenzungsmacht wegen vorsätzlichen Unterlassungsdelikts strafbar. Einschränkungen seien allenfalls auf Schuldenebene denkbar. – Ihr schließt sich *Arzt* mit „Bürokratisierung der Hilfe beim Sterben und beim Suizid – Zürich als Modell“ an: Die Suizidunterstützung wie auch die Sterbehilfe im engen Sinne sei bei Urteilsfähigen in Deutschland grundsätzlich zulässig, sofern die Grenze zur Tötung auf Verlangen nicht überschritten werde. – Bei Nicht-Urteilsfähigen sei für die passive Sterbehilfe der mutmaßliche Wille zu beachten. Eine Unterstützung des Suizids und aktive Sterbehilfe seien dagegen beim Urteilsunfähigen nicht denkbar, es fehle am freien Willen, der Unterstützende werde zum Täter einer Fremdtötung. – Angesichts dieser Rechtslage entstehe bei den Beteiligten der Druck, den Suizid noch im Zustand der Urteilsfähigkeit herbeizuführen, um ein jahrelanges Leiden zu verhindern. – Zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit und der Ernstlichkeit des Sterbewunsches des Sterbewilligen habe der Zürcher Stadtratsbeschluss vom 25.10.2000 das Personal von Seniorenheimen zur Unterrichtung der Heimleitung verpflichtet, wenn es von einem Suizidplan erfahre. Bestünden Zweifel an der Urteilsfähigkeit, müsse ein vom Heim unabhängiges Team aus Ärzten und Pflegern beigezogen werden, um das Gespräch mit der suizidwilligen Person zu suchen. – Der Sterbewillige müsse unheilbar krank sein und den Ster-

bewunsch mehrfach geäußert haben, was durch mindestens zwei Gutachten bestätigt sein müsse. – Bei psychischen Erkrankungen werde die Urteilsfähigkeit verneint. Dies sei insoweit problematisch, als die Begutachtung des Sterbewunsches fast immer auch psychische, oft aus der zugrundeliegenden Erkrankung resultierende Faktoren in Erscheinung bringen werde, so daß der Patient als nicht-urteilsfähig angesehen werde. – Die praktische Umsetzung dieser grundsätzlich vernünftigen Formalerfordernisse bereiteten in der praktischen Umsetzung Probleme, da niemand bereit sein werde, in Zweifelsfällen die Verantwortung zu übernehmen. – Diskussionen hätten sich bezüglich der Frage entzündet, ob staatlich unterstützte Heime zu suizidunterstützungsfreie Zonen zu erklären seien. Da die Suizidunterstützung auch in der Schweiz nicht zu den ärztlichen Aufgaben gezählt werde, sei es für Suizidhilfeorganisationen schwierig, medizinisch vorgebildete Helfer zu organisieren. – Angesichts der vom deutschen Bundesverfassungsgericht auferlegten Bürokratisierung des Schwangerschaftsabbruchs erscheine eine ebensolche Bürokratisierung der Sterbehilfe unausweichlich. Diese werde die Beteiligten massiv belasten, ohne freilich zum Schutz des Lebens wirklich etwas beizutragen. – *Beckmann* behandelt das Thema: „Ethik nach Vorgaben des Gesetzes? Überlegungen zur Aufgabe der Ethik gem. §§ 5 und 6 des Stammzellgesetz (StZG)“: Gem. § 6 Abs. 4 S. 2 und 3 StZG ist die Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission für Stammzellforschung fester Bestandteil des Verfahrens für die Genehmigung zur Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken. – Die Einbeziehung der Ethik in den Prozeß der Exekutive werfe die Frage auf, ob sie ihr Amt nur unter den Vorgaben und Grenzen des Gesetzes ausüben dürfe. – Als Bewertungskriterien sehe das Gesetz zum einen die Hochrangigkeit des Forschungsziels vor, zum anderen müßten die angestrebten Ziele ausschließlich oder vorrangig mit den genannten Methoden erreicht werden können. – Grundlagen- und Anwendungsfor-

schung müßten sich dabei ausschließlich auf solche Zielsetzungen beziehen, die der Erhaltung und Verbesserung menschlicher Gesundheit dienen, um ethisch legitimierbar zu sein. Die nach derzeitigem Forschungsstand angezeigte Aktualität und wissenschaftspolitische Unumgänglichkeit des Vorhabens könnten nur als zusätzliche Gründe gelten, ersetzen den Grund der Verbesserung menschlichen Wohls jedoch nicht. – Das Kriterium der Alternativlosigkeit weise einen doppelten Zeitbezug auf: Im Hinblick auf den derzeitigen Stand der Forschung müßten die Möglichkeiten des fraglichen Projekts im Tiermodell in vitro bzw. in vivo ausgeschöpft sein, wobei weitere, nicht genannte Alternativen im humanen Bereich wie Forschung an humanen adulten wie fötalen Stammzellen aus ethischer Sicht hinzuzuzählen sind. Bezüglich der künftigen Forschung dürfe sich der erstrebte Erkenntnisgewinn voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lassen. – Dieses Kaskadenmodell berge die Schwierigkeit, daß gleichzeitig parallele Forschungsvorhaben mit ähnlicher Zielsetzung vorgelegt würden. Hier sei aus ethischer Sicht zwischen der gesetzlich angeordneten Restriktivität einerseits und der Forschungsfreiheit andererseits abzuwägen. – Die gesetzliche Regelung,

²² Hier liegt das Problem eher in der Sachgerechtigkeit der Aufklärung, über die genauestens Protokoll geführt werden und die der Patient angezeichnen sollte.

wonach die Genehmigungsbehörde vom Votum der Ethikkommission abweichen könne, dürfe keinesfalls als administrative Ermessensermächtigung gedeutet werden, sondern müsse als Entscheidung im Rahmen der ethischen Bewertung verstanden werden; die ethische Bewertung könne durch eine rechtliche nicht ersetzt werden. – Auch wenn Ethik Teil eines gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigungsverfahrens werde, könne der Unterschied zwischen Recht und Ethik weder aufgehoben noch relativiert werden. Die Zentrale Ethikkommission diene nicht als juristische Schiedsstelle, sondern als normative Kontrollinstanz mit der Aufgabe, zu prüfen, ob die Forschungsvorhaben den Vorschriften und zugleich den Freiheitsangeboten der Verfassung in verantwortbarer Weise entsprächen. – Es stelle sich aber die Frage, ob nicht auch andere Kriterien, neben den gesetzlich vorgeschriebenen der Hochrangigkeit wie Alternativlosigkeit, berücksichtigt werden dürften. Dies wäre der Fall, wenn die genannten Kriterien losgelöst von ihrer ethischen Fundierung in Ansatz gebracht werden könnten. Dies sei jedoch nicht der Fall. Die Bewertung von Forschungsaufgaben, für die eine Ausnahmegenehmigung beantragt werde, müsse auf das gemeinsame Wertesystem von Ethik und Recht zurückgreifen, auf einen „*overlapping consensus*“ i.S.v. *Rawls*. – *Bogs* diskutiert: „Molekularmedizinische Fortschritte, verfassungsrechtliches Gendaten-Geheimnis und duale Krankenversicherungsordnung (PKV/GKV) – Grundrechtsdogmatische Prolegomena zu Fragen einer Regulierung prädikativer Gentests (insbesondere bei Grundsicherungsverhältnissen)“: Die wesentlich verbesserten Möglichkeiten molekularmedizinischer Untersuchungen würfen die Frage auf, in welchem Umfang prädiktive Gentests zu meta-medizinischen Zwecken zulässig seien. Insbesondere träten neben das Spannungsfeld der Interessen von Privatversicherern und dem einzelnen auch Fragen der allgemeinen präventiven Gesundheitspolitik und schließlich auch der objektiven Funktionstüchtigkeit der privaten Versicherungswirtschaft. – Der Schlußbericht der Enquête-Kommission des Bundestags zum Thema „Recht und Ethik in der Medizin“ habe insbesondere die drohende Gefährdung des Fortbestands und der Funktionstüchtigkeit des Sozialversicherungssystems durch die Nutzung von Gentests durch die private Versicherungswirtschaft betont. Dem müsse jedoch entgegengehalten werden, daß das duale System aus PKV und GKV (Privater und Gesetzlicher Krankenversicherung) als politisch veränderlich angesehen werden müsse. – Entgegen der bislang verbreiteten extremen Auffassung müßten vermittelnde Denkansätze zwischen der Versicherungsgewerbefreiheit einerseits und des individuellen Datengeheimnisses als zukunftsweisend eingestuft werden. Es sei eine Angleichung der Betriebsweisen von Privat- und Sozialversicherungen festzusetzen, um Berufsgruppen, die Vollschutz bei privaten Versicherern suchen müßten, vor sozial unzumutbarer Preisgabe ihrer Biodaten zu schützen. – Grundsätzlich müßten alle Formen von Krankheitskosten-Grundsicherungen für Erwerbstätige in kollektiver Form gesetzlich gehalten sein, nicht auf prädiktive Gentests zurückzugreifen. Zwischen Grundsicherung und Zusatzsicherung werde zu differenzieren sein; ein neuer Ersatzkrankenkasstypus in der PKV sei eine denkbare Möglichkeit. Die geforderte Gen-

testfreiheit müßte hierbei auch für standardisierte Privatversicherungsangebote gelten. – Bezüglich der dabei auftretenden Fragen, welche Daten zu welchen Bereichen untersucht werden dürften, welche Methoden von welchen Untersuchern anzuwenden seien, erscheine ein in der Schweizer Diskussion stark favorisierter Ansatz eines Präventivverbots mit Erlaubnisvorbehalt zukunftsweisend: Danach würde im Rahmen der Vertragsrisiko-Steuerung eine fachgutachterlich-behördliche Freigabe für die genetische Untersuchung vorausgesetzt, in welcher auch die angeschnittenen Fragen beantwortet würden. – *Burchardi*, „Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme“: Sei ein Patient einwilligungsunfähig, was bei Intensivpatienten häufig der Fall sein dürfte, berge die Ermittlung des mutmaßlichen Willens in der Praxis erhebliche Probleme. Dem Patienten stünden nach geltendem Recht mit Hilfe der Patientenverfügung, der Betreuungsverfügung und der Vorsorgevollmacht Möglichkeiten offen, im Vorfeld Behandlungswünsche im Falle einer schweren Erkrankung zu äußern. – Die Patientenverfügung sei eine formfreie Willensäußerung zu Art und Umfang einer medizinischen Behandlung im Falle der künftigen Äußerungsunfähigkeit. Mit der Betreuungsverfügung gem. § 1901a BGB bestehe die Möglichkeit, Vorschläge hinsichtlich der Person des Betreuers und der Art und Weise der Durchführung der Betreuung zu äußern. Der Vorsorgebevollmächtigte werde gem. § 1896 Abs. 2 BGB vom Patienten zur Wahrnehmung höchstpersönlicher Interessen beauftragt, die Vorsorgevollmacht sei der Betreuerbestellung vorrangig. – Diese zur Ermittlung des Patientenwillens geeigneten Verfahren würden freilich nur in geringem Umfang genutzt.

Eine Umfrage von Patienten nach Aufnahme auf eine Intensivstation ergab eine Bereitschaft bei 63 % der Befragten, von der Möglichkeit einer Vorsorgevollmacht Gebrauch zu machen. Der Zeitpunkt der Aufnahme auf die Intensivstation erweise sich jedoch oft als zu spät, da der überwiegende Teil der dort befindlichen Patienten als nicht einwilligungsfähig einzustufen sei, wie ein psychologischer Test der Befragten ergeben habe. – Eine Befragung zur Akzeptanz der Regelungsmöglichkeiten unter neu aufgenommenen Patienten an der Göttinger Universitätsklinik habe ergeben, daß die Mehrzahl der Befragten sich vorstellen könne, eine Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht anzufertigen, aber nur ein geringer Teil dies bislang tatsächlich auch getan habe. Ein Drittel der Befragten habe angegeben, noch nie von diesen Möglichkeiten gehört zu haben. 79% hätten die Frage, ob Krankenhäuser verpflichtet sein sollten, die Patienten bei Aufnahme zu informieren, positiv beantwortet. Die standardmäßige Information bereits bei Aufnahme wäre daher eine sinnvolle Hilfe für Patienten wie auch Akutmediziner. – Eine Patientenverfügung sei grundsätzlich als bindend zu erachten, wenn auch in der konkreten Situation stets zu prüfen sei, ob sich der geäußerte Wille geändert habe. Da jedoch die genauen Umstände nicht vorausszusehen seien, sei zu empfehlen, zusätzlich einen Bevollmächtigten zur Auslegung des Willens in der konkreten Situation zu bestimmen. – Die im Jahr 1999 eingeführte Regelung des § 1904 Abs. 2 BGB, wonach bei Gefahr des Todes oder länger dauernder gesundheitlicher Schäden die Einwilligung der Bevollmächtigten

einer vormundschaftlichen Genehmigung bedürfe, widerspreche dem Sinn der Vorsorgevollmacht. Insbesondere könne der Mißbrauchsgefahr mit Hilfe von § 1896 Abs. 3 BGB vorgebeugt werden, der bei Verdacht auf Mißbrauch die Benennung eines Kontrollbetreuers anordne. – *Carstensen* greift in „Die Aufklärung des Krebskranken“ den Umgang mit der Krebsdiagnose auf, der sich angesichts der tiefgreifenden Entwicklung der Medizin in den letzten drei Jahrzehnten gleichfalls gewandelt habe. Die ärztliche Aufklärung habe die Aufgabe, den Patienten in die Lage zu versetzen, Chancen und Risiken ärztlicher Maßnahmen einzuschätzen, zu denen er eine Einwilligung geben solle. Verlange der Patient die ihm zustehende Aufklärung, gerate der Arzt in eine kaum lösbare Konfliktsituation. Die meisten Kranken wollten tatsächlich die volle Wahrheit nicht erfahren.²³ Gegen eine vollständige Aufklärung spreche zudem, daß Prognosen nicht sicher erstellt werden könnten und es den Heilungsverlauf negativ beeinflussen könne, die Hoffnung zu zerstören. Das KG habe diesbezüglich in einem Urteil festgestellt, daß der Arzt auf die Relativität der Wahrheit hinweisen müsse. Es sei in Betracht zu ziehen, ob dem Recht des Patienten auf Aufklärung nicht ein gleichrangiges Recht, nicht zu wissen, daß eine lebensbedrohliche Erkrankung vorliegt, gegenüberstehe. Hierzu sei bereits vertreten worden, in einer medizinisch aussichtslosen Lage bestehe anstelle einer Aufklärungspflicht nur mehr ein Prüfungsrecht, ob beim Patienten ein Aufklärungsinteresse gegeben sei.²⁴ – In einer solchen Situation könne eine vollständige Aufklärung mit ihren seelischen Folgen einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte körperliche Unversehrtheit darstellen.²⁵ Die Aufklärung müsse dort enden, wo sie den Patienten ernstlich gefährde. – Unter Chirurgen werde durchweg die Auffassung vertreten, in aussichtslosen Fällen nicht vollständig aufzuklären, um den Patienten damit nicht die Hoffnung zu nehmen und ihn vor Todesgedanken in dieser Lebensphase zu bewahren.²⁶ – Vorsicht sei auch bei der Aufklärung naher Angehöriger geboten, da deren Umgang mit der Information nicht ganz voraussehbar sei. Zudem sei sie nur dann als statthaft anzusehen, wenn

²³ Dann taucht das Problem auch nicht auf; aber die Entscheidung darüber, was der Patient will, sollte ausschließlich beim Patienten liegen.

²⁴ Dem kann nicht scharf genug widersprochen werden! Ob ein solches Interesse besteht, kann, ohne die Kenntnis der Risikolage, selbst der Patient nicht sachgerecht beantworten (Stichwort: Testament; Betriebsnachfolger; uneheliche Kinder o.ä.).

²⁵ Das kommt zu einem ganz überwiegenden Maß auf die Einfühlbarkeit oder Gefühllosigkeit an, mit der manche Ärzte derartige Botschaften übermitteln! Leider wird das hier gebotene Maß an Feinfühligkeit nur wenigen in die Wiege gelegt und ist bei den Selektionskriterien und der Ausbildungsform der heutigen Schulmedizin vollends unter die Räder gekommen, wie Verf. aus eigener Erfahrung wie aus vielfältigen Informationen weiß.

²⁶ Daß diese Argumentation ein schönes Alibi birgt, um einer menschlich belastenden Aufgabe zu entgehen, sollte wenigstens nicht verschwiegen werden.

der Patient den Arzt diesbezüglich von der Schweigepflicht entbunden habe. – Für das Verhalten des Arztes in dieser Situation gebe es keine allgemein verbindlichen Vorschriften, es sei eine individuelle Einschätzung und Verhaltensweise in der konkreten Situation angezeigt. – Als Orientierungshilfe könne nur empfohlen werden, die Aufklärung daran auszurichten, daß der Patient in die Lage versetzt werde, Entscheidungen zu treffen und grundsätzlich die Wahrheit zu sagen, wobei diese der Situation entsprechend nicht vollständig vermittelt werden müsse, damit dem Patienten Hoffnung bleibe. – Auch *Diederichsen* macht „Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung“. Bei der Betreuung sei im Zusammenhang mit dem Tod des Betreuten zwischen direktem und indirektem Todesbezug zu unterscheiden. Der indirekte betreffe z.B. die Aufgabe der Mietwohnung oder die Unterbringung des suizidgefährdeten Betreuten. – Einen direkten Bezug habe die Betreuung insbesondere in den Fällen, in denen es um Fragen der Sterbehilfe gehe. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Sterbehilfe als Aufgabenkreis der Betreuung könne nicht mit der Begründung verneint werden, es handle sich um eine höchstpersönliche Angelegenheit. Zu solchen sei der Betreuer ebenso wie z.B. zur Vaterschaftsanerkennung durchaus befugt. Es sei vielmehr unbedingt notwendig, gerade wenn jemand nicht mehr in der Lage sei, derartige Existenzprobleme zu entscheiden, daß diesem ein Vertreter zur Seite gestellt werde, der an seiner Stelle entscheide. – Unbestritten sei die aktive Sterbehilfe unzulässig und als vorsätzliche Tötung strafbar. Ungeklärt sei nach wie vor die Beurteilung der passiven Sterbehilfe. Die Einengung des Begriffs der Sterbehilfe durch die höchstrichterliche Rechtsprechung auf die Situation, in der der Tod bereits eingesetzt habe, erscheine mit Blick auf die besonders prekäre Situation der künstlichen Lebensverlängerung nicht zweckmäßig.²⁷ – Die passive Sterbehilfe sei sowohl als abgegrenzter Aufgabenkreis wie auch als Annexaufgabe im Rahmen der Totalbetreuung denkbar. Die Betreuung stehe zu rechtsgeschäftlichen Instituten zur vorweggenommenen Regelung der Situation der Einwilligungsunfähigkeit, wie der Patientenverfügung und der Vorsorgevollmacht, subsidiär. – Hinsichtlich der Patientenverfügung sind Ansichten, wonach deren Wirksamkeit von der Aktualität des geäußerten Willens abhängen soll, mit dem Selbstbestimmungsrecht nicht vereinbar. Hier könne nichts anderes gelten als beim Testament, bei welchem Änderungen Wirksamkeit entfalten, sobald sie erkennbar zum Ausdruck kämen. – In der Praxis sei es üblich, daß sich Ärzte ohne vorherige Einschaltung der Gerichte mit den Familienangehörigen darüber einigten, ob man Patienten weiter intensivmedizinisch behandelt oder ob man sie sterben lassen solle. In derartigen Fällen erscheine eine Anordnung der Betreuung dringend angezeigt.

Problematisch sei hier die Formulierung des § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach eine Betreuung nicht erforderlich sei, soweit die Angelegenheit durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt werde, ebenso gut besorgt werden könne. Die Entscheidung hierüber könne der Koma-

²⁷ Das könnte man auch deutlicher sagen: Es ist für den, der es nicht ausdrücklich gewünscht hat, unmenschlich.

patient gerade nicht mehr treffen. – Problematisch sei auch, ob bei Vorhandensein einer Betreuung dieser vor einem mutmaßlichen Willen Vorrang gebühre oder umgekehrt. – In der Möglichkeit, den mutmaßlichen Willen zu ermitteln, liege ein faktischer Vorrang bei nahen Angehörigen, wenn auch etwaige Manipulationsgefahren zu bedenken seien. – Bei Zweifeln werde ein Arzt die Betreuung beim Vormundschaftsgericht anzuregen haben. Im übrigen sei der Schutz der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG zu achten, der auch deshalb grundgesetzlich eingerichtet worden sei, weil die Nutzen dieser Institutionen die Nachteile weit überwögen. – *v. Engelhardt* beleuchtet „Das Arztbild im Wildwestfilm“ und *Fahr/Reiter-Theil* fragen sich: „Von der Anekdote zur Methode – Wie können wir zu einem systematischen Vorgehen in der (medizin)ethischen Fallanalyse gelangen?“ – *Gerfried Fischer* betrachtet den „Einfluß der Europäischen Richtlinie 2001 zur Klinischen Prüfung von Arzneimitteln auf Versuche an Kindern und anderen einwilligungsunfähigen Personen“: Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.4.2001 wolle eine Regelung zur Erprobung von Arzneimitteln schaffen, die die schutzwürdigen Interessen der Versuchspersonen wahre, ohne den medizinischen Fortschritt zu blockieren. – Die bisherige Rechtslage in Deutschland erlaube in § 41 AMG, § 21 MPG klinische Prüfungen bei nicht voll geschäftsfähigen Personen nur bei zusätzlicher Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und auch nur für Fälle des indizierten bzw. Heilversuchs; rein wissenschaftliche Versuche erlaube diese Regelung nicht. – Werde die Entscheidung der Eltern bei einem einsichtsfähigen Kind getroffen, bestehe jedoch kein Anlaß, die fremdnützige Behandlung zu verbieten, solange sich der Eingriff auf nur geringfügige Belastungen beschränke. Dies gelte bei nicht einsichtsfähigen Kindern nicht. Hier wäre eine Übertragung des Rechtsgedankens des § 81c StPO denkbar. Da die derzeitige Regelung keine Lücke hierfür biete, bedürfe es hierfür nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG einer entsprechenden Entscheidung des Gesetzgebers. – Gem. Art. 4 und 5 der Richtlinie sei der ausdrücklich geäußerte Wunsch, nicht an der Studie teilzunehmen, von den Ärzten zu berücksichtigen. Die Einwilligungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters müsse dem mutmaßlichen Willen der Versuchsperson entsprechen. Diesen bei Kindern festzustellen, die noch keine Auffassung von Risiko und Nutzen haben, sei jedoch kaum möglich. – Hinsichtlich der nicht indizierten Versuche differenziere die Regelung zwischen nicht-einwilligungsfähigen Erwachsenen und Kindern. – Bei nicht-einwilligungsfähigen Erwachsenen sei gem. Art. 5 lit. i die klinische Prüfung nur möglich, wenn sie dem betroffenen Patienten selbst Nutzen bringe. Dies bilde ein schweres Hindernis für die Erprobung von Arzneimitteln im Bereich der geistigen und psychischen Erkrankungen. Diese Regelung falle bewußt restriktiver aus als diejenige für Minderjährige in Art. 5 lit. i, der einen Nutzen nur für die Patientengruppe verlange. – Der Schutz des Art. 4 lit. g, demzufolge die klinischen Prüfungen mit möglichst wenig Beschwerden und Risiken verbunden sein dürften, bleibe deutlich hinter dem des Art. 17 Abs. 2 der Bioethikkonvention zurück, der nur minimale Risiken und Belastungen erlaube. Zur Ausräumung verfassungsrechtlicher Bedenken sei

daher bei Umsetzung auf die Regelung des Art. 17 Abs. 2 zurückzugreifen, was nach Art. 3 Abs. 1 der Regelung möglich sei. – Nach *Haverich*: „Das kranke Herz – Ansätze und Fortschritte der regenerativen Medizin“ fragt *Honnefelder*: „Was macht Genomanalyse und Genetik zur Herausforderung für den Menschen?“. Die Anwendung der Genomanalyse und Gentechnik auf den Menschen sei nicht nur eine Herausforderung in Bezug auf unser Handeln, sondern ebenso auf unser Wissen und unser Verstehen. Die zur Erlangung des Wissens notwendige Forschung stehe als solche in einer besonderen Verantwortung, die den Forschungsprozeß begleite und ihn in seinen Voraussetzungen und seiner Folgen bestimme. Hierzu sei nicht nur Wissen, sondern auch Verstehen des Wissens gefordert. Dieses Verstehen werde zur kulturellen Herausforderung, da neues naturwissenschaftliches Wissen in das lebensweltliche Verständnis, das wir von uns selbst hätten, integriert werden müsse. – Mit den wachsenden Möglichkeiten, in die genetische Vielfalt einzugreifen, stelle sich die Frage, inwieweit ethische und rechtliche Grenzen dort zu setzen seien, wo die Grenzen der Natur entfielen. – Das Stichwort der „Unnatürlichkeit“ bei der Frage nach den Grenzen des Eingriffs in die Natur stehe nicht für ein ethisches Kriterium, sondern indiziere Ratlosigkeit. Daß die Natur dem Eingriff Grenzen gesetzt habe, lasse nicht den Schluß zu, man müsse genau an diese Stellen ethische Grenzen setzen. – Umgekehrt könne der Wegfall von Grenzen kein Grund sein, alles technisch Mögliche auch umzusetzen. An die Stelle der Verantwortung vor den vorhandenen Normen trete die Verantwortung zur Schaffung neuer. – Der Europarat habe hierzu auf die übergreifenden ethischen Überzeugungen zurückgegriffen, die dem Gedanken der Unverletzlichkeit der Menschenwürde und der daraus resultierenden Grundrechte zugrunde lägen. Zielsetzungen der Genomforschung, die eine Diskriminierung des Menschen zur Folge hätten, werde ebenso eine Absage erteilt, wie Eingriffen, die gegen das Selbstbestimmungsrecht verstießen. – Die Selbstbestimmung könne jedoch angesichts menschlicher Manipulationsfähigkeit und möglichen sozialen Drucks nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung der Legitimierung sein. Die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin binde daher alle medizinischen Interventionen an die Ziele ärztlichen Handelns. – Insbesondere die Präimplantationsdiagnostik mache das Spannungsfeld von technischer Machbarkeit und den damit verbundenen Risiken deutlich. Der zukünftige Träger des Genoms könne nicht um Zustimmung gebeten werden, die Grenzziehung zwischen Krankheitsdisposition und anderen Dispositionen scheinbar kaum möglich. Zu Recht habe der Europarat in der Menschenrechtskonvention zur Biomedizin daher nicht nur den, beliebigen Zwecken dienenden, Gentransfer in der Keimbahn, sondern auch die Keimbahntherapie verboten. – Was aus den Möglichkeiten werde, die Genomforschung und Gentechnik dem Menschen böten, hänge davon ab, ob es ihm gelinge, das technisch Mögliche auf das ihm Zutragliche zu begrenzen und das hierfür notwendige Maß zu finden. – Nach *Kettler/Mohr*, die „Ethische Aspekte der kardiopulmonalen Wiederbelebung“ analysieren, verhält sich *Lillie* zu: „Biorecht und Politik am Beispiel der internationalen Stammzelldiskus-

sion“: Um die im Bereich des therapeutischen und reproduktiven Klonens vielfältige Rechtslage einem internationalen Konsens zuzuführen, hätten die Länder Deutschland und Frankreich Verhandlungen in der 56. Generalversammlung der Vereinten Nationen unter Hinzuziehung der UNESCO und der WHO mit dem Ziel des Verbots des reproduktiven Klonens initiiert. – Hinsichtlich der Vorgehensweise habe Uneinigkeit unter den Teilnehmern geherrscht. Die Mehrheit der Länder, zu denen auch Deutschland und Frankreich gehörten, trete, insbesondere vor dem Hintergrund des bestehenden Zeitdrucks, für einen Minimalkonsens ein, der nur einen auf das reproduktive Klonen bezogenen Bann erfasse. Insbesondere Japan trete für einen sehr differenzierten Standpunkt zur sauberen Trennung zwischen den Klonmethoden ein. Eine ähnliche Auffassung werde von Schweden für die nordischen Länder, von Malaysia und Korea vertreten. Diese Position werde auch von der UNESCO und der WHO unterstützt. – Ein vorsichtiger Weg werde von Israel beschritten, wo ein generelles Moratorium mit einer Geltungsdauer von fünf Jahren eingerichtet sei, das regelmäßig kontrolliere, ob die Einschätzung des reproduktiven Klonens zu einer anderen Bewertung führen könne. – Einen konträren Standpunkt hierzu nehme die *Bush*-Administration ein, die einen umfassenden globalen Bann für jegliche Form des Klonens vertrete. Diese Auffassung werde zudem vom Vatikan und Spanien unterstützt. Da die USA sowie Spanien, Costa Rica und der Vatikan auf ihrer Meinung beharrt hätten, habe sich das Ad Hoc Committee nach Ablauf der Verhandlungswoche nicht auf einen Resolutionsentwurf einigen können. Ein Kompromißvorschlag seitens der Länder Deutschland und Frankreich zu einem Vorgehen „Schritt für Schritt“, um der größeren Gefahr zu begegnen, wurde zurückgewiesen. – Es scheine, daß die Interessen der USA darin lägen, den Kompromiß zu verhindern, um innenpolitisch den Erfolg für den Einsatz des menschlichen Lebens zu feiern und zugleich die Wissenschaftler des eigenen Landes keinen Beschränkungen zu unterwerfen. – Eine mögliche Konvention müßte zunächst eine Erklärung zu den Grundsätzen und Zielen enthalten und auf die Möglichkeit noch strengerer nationaler Regelungen hinweisen. Schwierig bleibe die Diskussion um die Definition technischer Begriffe und die Festsetzung des Beginns des Lebens, bei welchem die Auffassungen erheblich voneinander abwichen. Zudem sei eine Verpflichtung zu Vorsorgemaßnahmen notwendig, die sicherstellten, daß die Konvention umfassend befolgt werde und eine Regelung zur Überwachung der Umsetzung des Verbots in den Mitgliedstaaten. – Nach *Matteis*, die „Juristen und Ärzte im Gespräch“ sieht, entdecken *Nagel* u. *Gantner* „Die Entdeckung der Sorgfaltpflicht – Der Ärztliche Behandlungsauftrag und die Weiterentwicklung medizinischer Behandlungsverfahren“: Die ärztliche Heilkunst sei dem Fortschritt und der Entwicklung neuer Behandlungsverfahren verpflichtet, um dem Patienten Heilung zukommen lassen zu können. Mit fortschreitender Forschung wüchsen auch die ethischen Anforderungen an das Individuum und die neu entdeckten Behandlungsmethoden. Im Zuge der Ökonomisierung entstünde bisweilen ein Interessenkonflikt zwischen Behandlungsnotwendigkeit und der Begrenzung der sachlichen und personellen Mittel. Es habe

sich gezeigt, daß Bedarfsanalysen für die Entwicklung des Gemeinwesens notwendig und auch ethisch gefordert seien. – Der qualitative Kern jeder Bedarfsanalyse liege in der spezifischen Verknüpfung typischer Gesundheitsprobleme mit typischen medizinischen Leistungen. Solche Verknüpfungen seien ärztliche Indikationsregeln. Indikationsregeln seien der Grundstock der Schulmedizin, nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft. Sie gäben bevölkerungsbezogenen Bedarfsanalysen ihren normativen Gehalt und ihr normatives Gewicht. Am häufigsten seien nach wie vor empirisch begründete Indikationsregeln, die durch geplante und kontrollierte Erfahrung an größeren Gruppen von Kranken entstünden. Für neue Behandlungsmethoden sei ein Wirksamkeitsnachweis gefordert und deren Überlegenheit gegenüber bisherigen Methoden. – Therapieverfahren, die grundlegende Werte in Frage stellten, würden trotz ihres möglichen Erfolgs nicht akzeptiert werden. Damit müßten sich auch neue Behandlungsverfahren an gesellschaftlichen Grundwerten orientieren und könnten nur unter dieser Prämisse als Fortschritt verstanden werden. – Heute entwickelten sich Indikationsregeln oft in monatelangen Prozessen, im Vergleich vielseitiger Diskurse in der weltweiten Fachöffentlichkeit. Zur Verkürzung und Konzentration dieses Prozesses würden zunehmend Consensus-Konferenzen abgehalten, was angesichts der Masse regionaler Veranstaltungen und Teilnehmerschaft bisweilen zu Dissensen zwischen den Konferenzen führe.²⁸ – Die soziale Verständigung und Einigung sei in diesem Bereich von überragender Bedeutung und bedürfe einer gelassenen Diskussion, die nicht beliebig abgekürzt werden dürfe. – Der Umstand, daß die Mehrzahl heutiger Indikationen empirisch sei, verlange die Förderung kontrollierter klinischer Studien. Obschon dies auf eine Verlangsamung des Fortschritts hinauslaufe, sei dies die akzeptablere Lösung als das Vorenthalten von Behandlungsmethoden mit längst gesicherten Indikationen. – Wichtig sei zudem eine sorgsame Bewertung der Datenlage, die im Sinne des Wohls des Patienten durch schärfere Prüfung viel Unwirksames und für den Behandelten Belastbares vermeiden könne. – Es folgt *Rosenau*, „Reproduktives und therapeutisches Klonen“: Während das reproduktive Klonen weltweit geächtet werde, werde die Nutzung von embryonalen Stammzellen wie auch das therapeutische Klonen heftig debattiert. Beide Verfahren durchliefen das Stadium des Kerntransfers, was die Entstehung eines Embryos zur Folge habe. Dennoch sei eine Gleichsetzung beider Verfahren abzulehnen, da sie unterschiedliche Ziele verfolgten: Während das therapeutische Klonen nach Therapiemöglichkeiten suche, die sich aus der Verwendung der geklonten Eizelle ergäben, habe das reproduktive Klonen die Züchtung von Menschen zum Ziel. – Wie aus § 6 Abs. 1 ESchG deut-

²⁸ Dabei wäre aber auch eine Offenlegung der Finanziere von den jeweiligen Forschungsarbeiten erforderlich. Die jahrzehntelange Vernebelungs- und Verharmlosungskampagne auch durch renommierte Kollegen in puncto Ungefährlichkeit des Rauchens (um nur eines von vielen Beispielen zu nennen) läßt gewisse Zweifel an der Effizienz, geschweige denn der Zügigkeit der Selbstreinigungskräfte in der Wissenschaft aufkommen.

lich werde, habe der deutsche Gesetzgeber das Klonen von Menschen eindeutig verhindern wollen. Uneinigkeit bestehe dagegen bei der Frage nach dem geschützten Rechtsgut. Eine christliche Anschauung wolle die Schöpfung vor dem Eingriff des Menschen bewahrt sehen. Teilweise werde das Vertrauen des Originals darin, einmalig zu sein, als Schutzgut erachtet. Hier dürfte jedoch keine Rechtsverletzung vorliegen, wenn das Original zustimme. Häufig werde die Würde des Klons als verletzt gesehen, da er sich lediglich als Wiederholung betrachten könne. Treffender sehe eine Auffassung das eigentlich Menschenunwürdige in der Mißachtung der Subjektqualität des Klons, wobei jedoch zu bedenken sei, daß auch eineiigen Mehrlingen die genetische Einmaligkeit fehle. Daß es den geklonten Menschen noch nicht gebe, hindere den möglichen Eingriff in die Menschenwürde nicht – wenn es einen postmortalen Würdeschutz gebe, gebe es auch einen prävitale. – Es stelle sich die grundgesetzlich offen gelassene Frage, ob der Embryo, der bei der Gewinnung von Stammzellen zerstört werde, als Leben i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu sehen sei. Die h.M. bejahe die Existenz neuen Lebens ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung. Werde dies damit begründet, es bestehe dann bereits potentiell ein Mensch, so sei dies deshalb nicht plausibel, weil die Potentialität rein fiktiv bleibe, wenn nicht gewichtige Umstände hinzutreten. Dies sei auch der Auffassung entgegenzuhalten, wonach der Grundrechtsschutz sich auf alle Stadien der kontinuierlichen Entwicklung des Menschen beziehe. Auch könne nicht von einem genetisch klar individualisierten Leben gesprochen werden, da bis zur Nidation eine Möglichkeit der Mehrlingsbildung bestehe.²⁹ – Der Beginn des menschlichen Lebens sei vielmehr beim Zeitpunkt der Nidation anzusiedeln, die Symbiose mit der Mutter ist der letzte maßgebliche Entwicklungsschritt vor der Geburt, eine Entwicklung in Ektogenese sei derzeit noch nicht denkbar. Der Einwand, gerade der Embryo in vitro benötige den Schutz des Grundgesetzes am nötigsten, sei als reiner Zirkelschluß zu werten, weil er voraussetze, daß der Embryo ein Mensch i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sei. – Die Frage, ob die Nutzung überzähliger Embryonen zur Stammzellgewinnung einen Verstoß gegen die Menschenwürde bedeute, werde eindeutig zu verneinen sein, da es sicher nicht eher der Würde des Embryos entsprechen werde, aufgegeben oder verwahrt zu werden. – Problematischer stelle sich die Sachlage beim therapeutischen Klonen dar, bei welchem Embryonen ausschließlich zum Zweck hergestellt würden, Stammzellen zu gewinnen. Anders als beim reproduktiven Klonen würden hier die Embryonen ausdrücklich mit der Bestimmung erzeugt, gerade nicht heranzureifen, deshalb sei hier kein Verstoß gegen die Menschenwürde anzunehmen. Der Gesetzgeber hätte das therapeutische Klonen zulassen können, habe sich jedoch für den restriktiven Weg entschieden und dieses in § 2 Abs. 1 ESchG eindeutig untersagt. – *Sass* diskutiert sodann die „Würde des Gewissens und europäisches Binnenethikrecht“: Eine Direk-

tive des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission von April 2001 fordere von den Mitgliedstaaten die Harmonisierung von medizinischen Versuchen am Menschen. Die derzeitige Situation eines bestehenden Dissenses zwischen Bürgern und Regierungen, für dessen Behandlung keine prozessualen Verabredungen getroffen worden seien, erinnere an die ungelösten Wertekonflikte nach dem Westfälischen Frieden von 1648, es bestehe wie damals eine Situation der Scheinharmonisierung. – Der Respekt vor der Würde des Gewissens gebiete heute wie damals die Freigabe des Gewissens vor den jeweiligen territorialen Bevormundungen. Bioethische Regelungen in anderen Ländern seien nicht schlechter, sondern anders, da sie auf anderen historischen Wurzeln beruhten. Es sei an der Zeit, Verfahrensweisen zu entwickeln, die erlaubten, den kulturellen und ethischen Reichtum unterschiedlicher Sicherungen von Bürgerrechten zu berücksichtigen. – Zur Schaffung einer grenzüberschreitenden Toleranzharmonisierung sei zunächst grundsätzlich von der Voraussetzung auszugehen, daß in jedem europäischen Staat Werte respektiert und geschützt würden, dererwegen es auch in anderen europäischen Staaten freiheitseinschränkende Gesetze und Verordnungen gebe. Eine ordnungsethische Formel könnte lauten: Solange in einer auf gemeinsamen Werten beruhenden Staatengemeinschaft für Gewissensentscheidungen unterschiedliche Regelungen existierten, solle jeder Bürger die Regelungen eines anderen Staates für sich in Anspruch nehmen können, ohne in dieses Territorium reisen zu müssen. Dies zwänge dazu, Gesetzesvorhaben einer Folgenabschätzung zu unterwerfen. – Für das Wirtschaftsbinnenrecht gälten seit der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung bereits solche Toleranzregelungen. Es stelle sich die Frage, weshalb kein entsprechendes Ethikbinnenrecht geregelt sei, das sich an bioethischen Prinzipien orientiere. Die Ermöglichung individueller Wertentscheidungen sei ein ebenso großer Fortschritt gegenüber der heutigen Wertemonopolverwaltung wie seinerzeit die Freigabe des religiösen Gewissens in den Jahrhunderten nach dem Westfälischen Frieden. – Natürlich spiele der Machterhalt bei Fragen der Bürgerrechte eine zentrale Rolle, schließlich stellten Bürgerfreiheiten auch eine Bedrohung für überkommene Strukturen dar. Insofern befänden sich die Nationalregierungen in einer Phase der Übergangssituation. Dies werde in der sehr zurückhaltenden Umsetzung der in der Bioethikkonvention gemachten Zusicherung der Förderung öffentlicher Diskussionen zu bioethischen Fragen sichtbar. Es gehöre Mut dazu, ohne Druck und nur aus Einsicht und Verantwortung überkommene Autoritätsstrukturen zu ändern.³⁰ – Es schließen sich an: *Saternus*: „Die Obduktion als Hilfsangebot“ und *Schauer/Ratzke*: „Die Verantwortung des Staates in der Krebsmedizin“. – Dem folgt *Preisigke*, die sich dem Thema: „Ausgewählte Probleme aus der aktuellen Diskussion um die Lebendspende von Organen“ widmet: Die aktuelle Diskussion um die Lebendspende von Organen drehe sich insbesondere um die Frage der Zulässigkeit der so genannten Überkreuzspende, bei welcher zwei Paare wechselseitig ein Organ

²⁹ ... und, was die Heuchelei in der ganzen Debatte schlaglichtartig beleuchtet, die Tatsache des Beginns des strafbewehrten Abtreibungsverbotens erst zu diesem Zeitpunkt weitestgehend ausblendet ...

³⁰ Vielleicht sind ethische Fragen doch etwas anderes als die nach den Ingredienzien von Bier oder Fruchtsaftgetränken?

spenden, das sie dem eigenen Partner aufgrund medizinischer Unverträglichkeit nicht selbst spenden könnten. – Problematisch sei bei diesem Verfahren, ob die Überkreuzspende die Voraussetzungen des § 18 TPG erfülle, welcher in Anlehnung an den Begriff des Handeltreibens aus dem BtM-Strafrecht den Organhandel verbiete. Wenn auch zuzugeben sei, daß das Typische bei der Überkreuzspende gerade das „do ut des“ sei, so sei ein „Handeltreiben“ mit Blick auf die unterschiedlichen Schutzrichtungen des Handelsverbots im BtM-Strafrecht und des Organhandelsverbots dennoch zu verneinen. – Auslegungsprobleme bereite auch das Erfordernis der besonderen persönlichen Verbundenheit zwischen dem potentiellen Spender und dem Empfänger, eine lediglich durch den Partner vermittelte Verbundenheit reiche hierzu nicht (zw.). – Mit der Auffassung *Dufková's*, derzufolge es bei der Überkreuzspende nicht auf eine zusätzliche enge Verbundenheit ankomme, da es sich bei den Paaren um eine schicksalhafte Zweckgemeinschaft handle, werde versucht, eine etwaige Teilnahmestrafbarkeit der Ärzte und der beteiligten Paare zu vermeiden. Die Feststellung der engen Verbundenheit durch die Lebendspendekommission könne jedoch weder die beteiligten Ärzte noch die Paare exkulpierten, die Entscheidung bezüglich des Nahestehens obliege allein den Ärzten. Hier wäre dringend wünschenswert, die Konstellation der Überkreuzspende ausdrücklich in den Katalog des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG aufzunehmen. – Voraussetzung einer Lebendspende ist nach § 8 Abs. 3 S. 2 TPG die gutachtliche Stellungnahme der nach Landesrecht zuständigen Kommission zur Frage der Freiwilligkeit und des verbotenen Handeltreibens. Die Stellungnahme der mit einem unbeteiligten Arzt, einem Volljuristen und einer psychologisch erfahrenen Person besetzten Kommission habe aber nur empfehlenden Charakter. Da der Kommission die Aufgabe übertragen sei, die Freiwilligkeit zu ermitteln, was letztlich einer juristischen Vorgehensweise bedürfe, sei die in Niedersachsen gewählte Regelung zu begrüßen, die dem juristischen Mitglied den Vorsitz einräume. – Es empfehle sich insbesondere in familiären Konstellationen die niedersächsische Lösung, wonach die Betroffenen mit Ausnahme von Personen unter 14 Jahren persönlich anzuhören seien. Die Frage der Freiwilligkeit sei dabei nicht mit der Frage, ob es sich im Einzelfall um eine leichte Entscheidung handle, zu verwechseln. Die Entscheidung sei dann als freiwillig anzusehen, wenn die vom Spender akzeptierten und sich zu eigen gemachten moralischen oder religiösen Verhaltensnormen ihm die Spendeentscheidung aufgaben. – Zu Recht weise die BÄK in den Empfehlungen zur Lebendorganspende darauf hin, daß die Stellungnahme der Kommission nicht die medizinischen Aspekte zu beurteilen habe. – Zur Beurteilung der Freiwilligkeit sei es erforderlich, die den Spender maßgeblich bewegenden Motive und seinen Kenntnisstand hinsichtlich der Risiken zu ermitteln und gegebenenfalls eine positive Stellungnahme unter dem Vorbehalt einer nachzuholenden Aufklärung abzugeben. – Sei ein Anfangsverdacht für Organhandel gegeben, werde die Kommission ein negatives Gutachten erstellen, was trotz des nur empfehlenden Charakters dazu führen werde, daß die Transplantation nicht vorgenommen werde.

Daran schließt sich *Schroth* an, der: „Die gesetzlichen Begrenzungen der Lebendspende – wie viel Paternalismus ist legitim?“ behandelt: Mit Einführung des Transplantationsgesetzes vom 1.12.1997 sei der Spenderkreis für die Lebendspende von Organen gem. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auf Personen in besonderer enger Verbundenheit beschränkt. – Ein derartiger paternalistischer Schutz des Einzelnen vor sich selbst erscheine kaum angemessen. Zum einen sei diese Regelung wertinkonsistent, da Risiken für die Körperintegrität beispielsweise bei der Ausübung gefährlicher Sportarten erlaubt seien, zum anderen werde die Lebenserwartung von Nierenspendern nicht verkürzt. – Die Begrenzung des Spenderkreises sichere weder die Autonomie des Spenders, noch werde der Schutz von Unverfügbarem gefördert. Insbesondere unter Berücksichtigung, daß diese Regelung die Leber als regenerierbares Organ ausnehme, deren Spende mit wesentlich höheren Risiken verbunden sei, erscheine die strafbewehrte Spenderkreisreglementierung willkürlich und beschränke in rechtspolitisch nicht hinnehmbarer Weise, daß schwerkranken Menschen geholfen werde. – Völlig uneinsehbar erscheine zudem die Regelung, derzufolge eine Lebendspende erst dann zulässig sei, wenn kein postmortal gewonnenes Organ zur Verfügung stehe. Nach heutigem medizinischen Erkenntnisstand sei der Erfolg bei Einsatz eines Lebendorgans deutlich höher, hinzu komme, daß eine Verkürzung der damit verbundenen Wartezeit mit Dialysebehandlung die Sterbewahrscheinlichkeit verringere. – Die inkonsistente Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 1c TPG, wonach ein Spender nur geeignet sei, wenn er nicht über die Operationsfolgen hinaus gefährdet werde, sei nur dann sinnvoll, wenn sie so verstanden werde, daß das unvernünftige Eingehen von Risiken verhindert werden solle. Andernfalls wären Nierenspenden bei Spendern mit erhöhtem Risiko unerlaubt, auch wenn dieses Risiko geringer einzustufen wäre als das per se erhöhte Risiko bei Lebertransplantationen. Derartiges könne der Gesetzgeber nicht gemeint haben. – Der weiche Paternalismus des gesetzlich vorgeschriebenen Kommissionsverfahrens sei dagegen sinnvoll, da sie die Entscheidungskompetenz von Spender und Empfänger absichere. – Voraussetzung für die Lebendspende sei eine stabile Entscheidung eines einsichtsfähigen Spenders, die nach angemessener Aufklärung über die Risiken frei von innerem und äußerem Druck erfolge. Zu Recht gehe der Gesetzgeber davon aus, daß die kurzfristigen Interessen beim Organhandel die Autonomie des Spenders beeinträchtigen könnten. – Da die Freiwilligkeit bei der Entscheidung zur Lebendspende von zentraler Bedeutung sei, empfehle sich die Aufnahme der Nötigung zur Lebendspende in die Strafzumessungsregel des § 240 Abs. 4 StGB als Nötigung in einem besonders schweren Fall, um dies auch symbolisch zum Ausdruck zu bringen.³¹ – Auch *Seelmann* äußert sich zu: „Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen“: Die Einwilligung des Probanden sei weder hinreichende noch notwendige Bedingung für die Forschung am Menschen. Beim einwilligungsfähigen Menschen sei zusätz-

³¹ Vgl. zu dem Thema jüngst auch *Paeffgen*, in Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 579 ff.

lich die Zustimmung einer Ethikkommission erforderlich, beim einwilligungsunfähigen könne diese das Fehlen der Einwilligung sogar ersetzen. – Anstelle des Heilzwecks bei Heilbehandlungen werde bei der Forschung am Menschen für deren Rechtmäßigkeit ein positiver Risiko/Nutzen-Saldo gefordert, dessen Vorliegen wie die Einwilligung selbst von einer Ethikkommission geprüft werde. Die Prüfung einer wirksamen Einwilligung könne dabei als Bestärkung der Autonomie verstanden werden, bei der Kosten-Nutzen-Abwägung und der Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB sei dies jedoch fraglich. – Die Kosten-Nutzen-Abwägung lasse sich jedoch dann legitimieren, wenn diese nicht in jedem Einzelfall erfolge, was einen zu weitgehenden Eingriff in die Selbstbestimmung darstelle, sondern generalisierend die Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine ganze Studie festlege. – Fehle es dem Betroffenen an der Fähigkeit, seine Einwilligung zu erteilen, bestehe die Möglichkeit, diese durch eine Vorab-Einwilligung, eine stellvertretende Einwilligung oder eine mutmaßliche Einwilligung zu ersetzen. Da in den meisten Fällen nicht von einer ausreichenden Aufklärung ausgegangen werden könne, sei eine Vorab-Einwilligung in Form der Patientenverfügung lediglich als Indiz für den mutmaßlichen Willen zu werten. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß ein Vertreter lediglich Entscheidungen von unmittelbarem Nutzen für den Vertretenen treffen dürfe, stelle sich die Frage, ob als Rechtfertigung für Forschung am Einwilligungsunfähigen nicht ausschließlich die mutmaßliche Einwilligung in Betracht komme. – Der Überlegung, Handlungs- mit Unterlassungspflichten als gleichrangig zu klassifizieren, wie dies dubioserweise bisweilen in der wieder aufgeflammten Debatte um die Statthaftigkeit der Folter von einigen vertreten werde (*Brugger*), eröffne qua § 34 StGB in der vorliegenden Fallkonstellation gleichfalls keinen Ausweg: Bestimmten Gruppen von Einwilligungsunfähigen wie Alzheimerpatienten oder Kindern stünden unter dieser Prämisse zwar keinerlei Forschung zur Verfügung. Doch wollte man daraus ein Argument gewinnen, so müßte dem entgegengehalten werden, daß der in diesen Fällen sicheren gegenwärtigen Verletzung des Einwilligungsunfähigen allenfalls ein möglicher künftiger Vorteil gegenüberstehe. – Die Kriterien nach *Rawls* festzulegen, demzufolge ein hypothetischer unparteiischer Beobachter bestimmte geringfügige Eingriffe im Hinblick auf ihren großen Nutzen für andere als fair einstufen müßte, erscheine angesichts der anzuzweifelnden Geringfügigkeit solcher Eingriffe als nicht hilfreich. – In Anlehnung an *Kant* werde man wie bei den Pflichten gegen sich selbst auch bei Pflichten zum Wohl anderer eine Verrechtlichung ablehnen müssen. Dennoch dürfte es weitgehender Konsens sein, rechtliche Pflichten zum Wohl anderer jedenfalls in Grenzen zu bejahen, die sich aus den Vorschriften der §§ 323c und 34 StGB finden ließen. Eine Verpflichtung zur Solidarität könne nur bestehen, wenn sich diese auf die für das Zusammenleben unabdingbare staatsbürgerliche Mindestsolidarität beschränke. Hierzu könne jedoch die rein drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen nicht gehören. – Mit Recht erinnert S. in dem Kontext an eine gern vergessene, aber nicht nur völkerrechtlich verbindliche Norm: Art. 7 S. 2 IPBPR. –

Nach *Soothak*: „Estland und Island – Wegweiser in der Kodifizierung des Genbankenrechts“ folgt *Spickhoff*: „Der Schutz von Embryo und Stammzelle im Internationalen Straf- und Privatrecht“: Bei der Einfuhr embryonaler Stammzellen stelle sich zum einen die Frage, wann die deutschen Straftatbestände des ESchG und des StZG griffen, zum anderen, in welchem Verhältnis ESchG und StZG zum internationalen Vertragsrecht stünden. – Sowohl im ESchG als auch in §§ 13, 14 StZG fänden sich keine international-strafrechtliche Vorschriften, es gölten vielmehr die §§ 3 ff. StGB. Damit sei gem. § 9 Abs. 2 StGB selbst die Teilnahme strafbar, auch wenn die Tat im Ausland nicht unter Strafe gestellt sei. – Im internationalen Zusammenhang dränge sich die Frage auf, ob die deutschen Straftatbestände mit den Mitteln des Internationalen Privatrechts umgangen werden könnten. – Nach dem in Art. 27 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB normierten Prinzip der Vorrangigkeit der Rechtswahl sind bei der Vereinbarung deutschen Rechts Verträge, die gegen das ESchG oder StZG verstoßen, gem. § 134 BGB unwirksam. Hätten die Parteien von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, deutsches Recht abzuwählen, so führte dies allerdings nicht zur Abwahl zwingenden Rechts. Da bei der Lieferung embryonaler Stammzellen der Lieferant typischerweise seinen Sitz im Ausland habe, sei nach Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EGBGB der Ort des Sitzes des Lieferanten maßgeblich, so daß von vornherein keine Umgehung vorliegt. Gem. Art. 34 EGBGB sei jedoch die Sonderanknüpfung an Bestimmungen deutschen Rechts möglich, wenn der Schutz von Allgemeinwohlbelangen dies erfordere; hier komme es auf den Sitz des durch die Eingriffsnorm geschützten Interesses an. Hieraus ergebe sich die Geltung der Regeln des ESchG und des StZG jedenfalls vor deutschen Gerichten, auch wenn der Vertrag ausländischem Recht unterliege. Hierbei greife im Einzelfall auch eine Sonderanknüpfung an § 134 BGB. – Seien die Regeln des ESchG und des StZG anwendbar, stelle sich die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Deliktsrechts unter dem Aspekt einer Schutzgesetzverletzung gem. § 823 Abs. 2 BGB. Dessen Anwendbarkeit richte sich nach Art. 40–42 EGBGB. Sei danach ausländisches Recht anwendbar, entscheide dieses über die Berücksichtigung deutscher Schutzgesetze, sei deutsches Recht anwendbar, richte sich die Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB danach, ob als mögliche Schutzgesetze die Regeln des ESchG und des StZG nach deutschem internationalen Strafrecht überhaupt Anwendung finden könnten. Anderenfalls gebe es auch keine Handlungsanweisung für den präsumtiven „Täter“. – Sodann schreibt *Stratenwerth*: „Zum Behandlungsabbruch bei zerebral schwerst-geschädigten Langzeitpatienten“: Unter den zerebral schwerst-geschädigten Patienten fänden sich in erster Linie drei Gruppen: Die größte Gruppe bildeten Personen in vegetativem Status, was den totalen Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit und Kommunikationsfähigkeit bedeute. Hier bereite die Feststellung der Irreversibilität Probleme, was nicht selten zu Prognosefehlern führe. Die zweite Gruppe von Patienten leide unter schwersten degenerativen Hirnerkrankungen mit zunehmendem Verlust der kognitiven Fähigkeiten, wie Alzheimer. Die dritte Gruppe bildeten Kinder mit schwersten zerebralen Schädigungen. – Bei allen diesen Patienten müßten immer

wieder Entscheidungen über die weitere Behandlung getroffen werden, die beim Verzicht auf medizinisch Mögliches Entscheidungen über Leben oder Tod sein könnten. Neben der Pflicht zur Lebenserhaltung treffe den Arzt auch die Pflicht zur Linderung oder Verhinderung von Leiden. Es gebe keine eindeutigen Kriterien dafür, wie Entscheidungen zum Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen zu treffen seien. – Der Versuch, sich am mutmaßlichen Willen des Patienten zu orientieren, scheitere bereits daran, daß es kaum möglich sei, herauszufinden, was der Patient im konkreten Fall gewollt hätte. Solche Erwägungen mündeten in bloßen Fiktionen. – Ebenfalls nicht hilfreich sei, vom Auslaufen der ärztlichen Behandlungspflicht auszugehen, ohne dies zu konkretisieren. Insbesondere könne hier bei dauerhaft zerebral geschädigten Patienten nicht von einem „Entweder-oder“ ausgegangen werden. Erst die Abwägung zwischen dem in diesem Zustand erlittenen Leid und dem möglichen Gewinn an Lebenserwartung könne darüber entscheiden, ob die Pflicht zur Fortführung bestimmter lebenserhaltender Maßnahmen ende. – Die größte Schwierigkeit sei darin zu sehen, die Interessen festzulegen, die für den Verzicht auf bestimmte Maßnahmen sprechen könnten. Dabei sei durchaus davon auszugehen, daß auch Bewußtlose Interessen haben könnten. – Es erscheine nicht sinnvoll, den Konflikt mit Hilfe der Figur des rechtfertigenden Notstands zu lösen, es fehle an der aktuellen Bedrängnis und auch ein eindeutiges Überwiegen sei schwer ermittelbar. Näher liege hier die auf gleichwertigen Pflichten basierende Figur der rechtfertigenden Pflichtenkollision. – Letztlich könne das Recht nur den Rahmen ärztlicher Verantwortung abstecken und ihn z.B. mittels medizinisch-ethischer Richtlinien präzisieren; die Verantwortung könne jedoch dem Arzt letztlich nicht abgenommen werden. – *Taupitz*: „Die Aufgaben der Zentralen Ethik-Kommission für Stammzellforschung“: *T.* analysiert, welcher Aufgabenbereich der Zentralen Ethik-Kommission (ZES) zusteht und welche Kriterien sie ihrer Tätigkeit zugrunde legen soll: § 9 des StammzellG und § 2 der hierzu ergangenen Verordnung träfen hierfür ein paar unzureichende Regelungen. Dabei sei aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu fragen, was die Menschen dürften, sondern was jeweils der Staat ge- oder verbieten dürfe. Es lasse sich festhalten, daß durch die Stichtagsregelung im StammzellG zuverlässig verhindert werde, daß von Deutschland aus eine Gewinnung embryonaler Stammzellen veranlaßt werde. Die Stammzelllinien, die allein für einen zuverlässigen Import und für eine zulässige Verwendung in Frage kämen, genossen aber als solche „unstreitig keinen Menschenwürde- und Lebensschutz“, stellten selbst nach dem strengen EmbryonenschutzG nicht einmal schützenswertes menschliches Leben dar. Demzufolge stünde der Forschungsfreiheit als Grundrecht kein unmittelbar kollidierendes Grundrecht der Embryonen gegenüber. Das werfe die Frage nach den Zielen auf, denen die inhaltlichen und verfahrensförmigen Kriterien des StammzellG diene. – Die Motive verwiesen insoweit auf mittelbare Gefahren für Rechtsgüter mit Verfassungsrang hin. Embryonale Stammzellen könnten nicht wie jedes andere menschliche Material angesehen werden. Diese Begründung sei zurückzuweisen (richtig, *H.-U. P.*). Es sei völlig dunkel,

wieso plötzlich die *ethische* Beurteilung embryonaler Stammzellen unvermittelt zu einem verfassungsrechtlichen Kriterium werden könne; ebenso, wie weitere Einschränkungen der Forschung verfassungsrechtlich begründbar sein sollten. Dahinter stehe wohl die Maxime der „Früchte des verbotenen Baumes“, welche nur in Ausnahmefällen und unter strengen Voraussetzungen verwendet werden dürften. Woher dieser „postmortale Würdeschutz pränatalen Lebens“ (*Löwer*), der weit über dem postmortalen Würdeschutz geborenen Lebens hinausgehe, verfassungsrechtlich legitim herkomme, bleibe völlig dunkel. Inwiefern eine restriktive Genehmigungsmöglichkeit die Forderung nach einer Lockerung zukünftiger Genehmigungen verhindern können solle, sei nicht ersichtlich und sogar selbstwidersprüchlich. Zwar seien embryonale Stammzellen etwas „besonderes“, mit dem nicht sorglos umgegangen werden dürfe; das dürfte unter dem Aspekt der „vernünftigen Gründe des Gemeinwohls“ gesetzgeberische Maßnahmen rechtfertigen; dies habe jedoch niemals verfassungsimmanentes Gewicht und könne daher niemals die Forschungsfreiheit begrenzen. Daher gebe es kein tragfähiges Argument, wonach über die Stichtagsregelung hinaus weitere Beschränkungen der Forschungsfreiheit gerechtfertigt seien. Deswegen sei auch die Einschaltung der ZES und das gesamte „perfektionistische“ Genehmigungsverfahren verfassungswidrig. – Daraus folge in praxi, daß die ZES ihre Kompetenzen so restriktiv wie möglich zu handhaben habe, um die von ihr zu verantwortenden Eingriffe in die Forschungsfreiheit so gering wie möglich zu halten. Daraus folge, wie auch schon aus dem Wortlaut des § 9 f. StammzellG, daß die ZES lediglich die ethische Vertretbarkeit des Forschungsvorhabens (im Unterschied zu den anderen Ethikkommissionen), aber nicht deren rechtliche Zulässigkeit zu prüfen habe (weswegen in ihr auch kein Jurist beteiligt sei). Die ethische Vertretbarkeit dürfe von der ZES auch nur im Hinblick auf die in § 5 StammzellG aufgeführten Kriterien überprüft und bewertet werden. Die ZES habe auch keine Befugnis zu eigenständigen Sachverhaltsermittlungen, sondern müsse aufgrund der „eingereichten Unterlagen“ entscheiden. Daraus folge, daß die ZES lediglich zu prüfen habe, ob das, was der Antragsteller in seiner Beschreibung des Forschungsvorhabens hinsichtlich der Anforderung des § 5 dargelegt habe, einer Bewertung i.S.e. wissenschaftlich begründeten Plausibilität standhalte. Die ZES habe auch nicht zu prüfen, ob oder wie das erstrebte Forschungsziel in anderer veränderter Form erreicht werden könne, die ethisch eher vertretbar sei. Die in § 5 genannten Kriterien (und zwar insbesondere die unbestimmten Rechtsbegriffe „hochrangige“ Forschungsziele, so weit wie möglich ... „vorgeklärt“ und voraussichtliche „Erreichbarkeit des Erkenntnisgewinns“ nur mit embryonalen Stammzellen) müßten in einer Weise ausgelegt werden, daß das beantragte Forschungsvorhaben, soweit irgend möglich, als noch ethisch vertretbar erscheine.³² – *Wolfslast*: „Rechtliche Neuordnung

³² Es ist etwas Schönes um die Beschreibung von rechtlichen Aufgaben einer verfassungswidrigen Institution. Die Selektionstauglichkeit einer so verstandenen ZES dürfte nahe an die Funktionstüchtigkeit eines Messers ohne Griff heranreichen, dem die Klinge fehlt.

der Tötung auf Verlangen?": Es gebe verschiedene Ansätze, wie man aus der Tötungskausierung mittels dogmatischer Konstrukte bestimmte Verhaltensweisen als nicht tatbestandsmäßig herausstanzen könne: Etwa die indirekte Sterbehilfe, die bei schmerzlindernden Mitteln als unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunige; die passive Sterbehilfe, die auf den Verzicht hinauslaufe, lebenserhaltende Behandlungsmaßnahmen (künstliche Beatmung, Dialyse, Antibiotikagabe, Nahrungszufuhr) vorzunehmen, um das Sterben nicht weiter hinauszuzögern. Hier habe die „schwererkämpfte“ Einsicht gesiegt, „daß Erlöschendes Leben keinen absoluten Höchstwert darstelle, sondern daß das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen und ein schmerzfreier, würdiger Tod höher zu bewerten“ seien „als die Aussicht auf ein kurzes, qualvolles Weiterleben“. – Schließlich auch der Fall der straflosen Beihilfe zum Suizid. Hingegen nach wie vor bestraft werde die aktive Sterbehilfe. Der Grat zwischen zulässiger indirekter und unzulässiger direkter Sterbehilfe sei außerordentlich schmal und äußerlich nicht erkennbar. Die Distinktionen seien für viele Ärzte in vielerlei Hinsicht ein psychologisch nicht-nachvollziehbares, typisch juristisches Konstrukt.³³ – Abgesehen davon werde die aktive Sterbehilfe rechtstatsächlich in einem bemerkenswerten Umfang praktiziert. Jene rechtliche und die tatsächliche Situation müßten dazu führen, die Tabuisierung einer öffentlichen Diskussion zu beenden und darüber ernsthaft zu diskutieren.³⁴ – Alle Einwände gegen eine Lockerung des

³³ Sie trägt in der Tat – bildhaft – die Verfehltheit auf der Stirn (unter völliger Vernachlässigung des normativen und des sozialen Kontextes), wie man der BGH-Position in Sachen strafloser Tötungsbeihilfe nach wie vor attestieren muss: Wie schon *Dreher*, in rebus criminalium Gefühlsduseleien sicherlich nicht übermäßig verdächtig, schon unübertroffen karikierte: Man dürfe dem Suizidenden den Strick zwar reichen und ihm beim Zuknoten helfen (und womöglich auch den Stuhl unter den Füßen wegretzen), müsse ihn aber, sobald das Opfer bewusstlos geworden sei, sofort aus der Schlinge schneiden. – Kombinierte man dies mit den gemüthhaften Äußerungen des ehemaligen Vorsitzenden der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie, *Schara* (Psychologie heute 1982, Heft 6, 70 [71]: sinngemäß: „jeder Patient (müsse) behandelt werden, wenn eine Überlebenschance, sei sie auch sehr gering, besteht, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn Defekte bleiben werden, z.B. wenn dem Patienten beide Beine amputiert werden müssen und dieser damit nicht einverstanden ist. Wer glaubt mit derartigen Defekten nicht leben zu können, könne sich ja diesem defekten Leben jederzeit durch Selbsttötung entziehen“; empört hierzu *Arthur Kaufmann*, *MedR* 1983, 121 [123]), so böten sich für jeden Zyniker und jeden Sadisten hinreichende Stoffe für bizarre Drehbücher.

³⁴ Besonders ekelerregend ist in diesem Kontext das immer wieder zu hörende Gerede von Politikern, Ärzteverbandsvertretern und anderen Menschheitsbeglückern, dass in Deutschland niemand unter Schmerzen sterben müsse – Behauptungen, die durch ständige Wiederholung nicht wahrer werden und schon durch den schlichten Blick auf die geringen Zahlen

strafrechtlichen Verbotes seien zwar ernst zu nehmen, schlügen aber nicht durch. Wichtig sei zwar die Gefahr des Mißbrauchs, daß sich schwerstkranke Patienten gedrängt oder gar verpflichtet fühlen könnten, ein Tötungsverlangen zu äußern.³⁵ Diese Gefahr bestehe aber in noch stärkerem Maße, wenn eine passive Sterbehilfe im Falle einer als verbindlich anzusehenden Patientenverfügung thematisch werde. Auch die vorgebliche Belastung des Arzt-Patienten-Verhältnisses möge vor dem Hintergrund, daß nach einer Allensbach-Umfrage 70% der erwachsenen Bevölkerung die Zulässigkeit aktiver Sterbehilfe für unheilbare und qualvoll leidende Kranke gefordert haben sollen, nicht sonderlich überzeugend. Selbst bei optimaler Gewährleistung von Palliativmedizin blieben immer noch ca. 5% aller Patienten, deren Schmerzen nicht ausreichend gelindert werden könnten. Wenn aber über eine Neuregelung des § 216 StGB nachgedacht werde, sei auch um die „vorsichtig gesagt, problematische Rechtsprechung“ in Bezug auf die Beihilfe zum Suizid mit ihrer (bizarren, *H.-U. P.*) wechselnden Tatherrschaft. Dies veranlasse manche Ärzte entweder ein besonders schnell wirkendes Medikament zugänglich zu machen, was eine Möglichkeit einer Hilfeleistung vereite, oder den Patienten „rechtzeitig“ allein zu lassen.³⁶ W. gibt nachfolgend einen Überblick über die Rechtslage in der Schweiz wie über die dortige stürmische rechtspolitische Entwicklung, bei der konservativ-klerikale Gruppen bisher aber immer noch Linderungen der (der deutschen Situation ähnlichen) Rechtslage haben zum Scheitern bringen können. Nach Blicken auf Frankreich, australische und kanadische Provinzen und Japan stellt sie die liberaleren Gesetzeslagen in Belgien und den Niederlanden vor. – Als Ausweg einer Politik der „verschlossenen Augen“

palliativ-medizinisch ausgebildeten Personals und geeigneter Stationen Lügen gestraft werden, – von der erwähnten, atemberaubenden Inkompetenz nicht weniger Mediziner einmal gänzlich abgesehen, angesichts des Phänomens „menschlicher Tod“ eine wirklich „humane“ Verhaltensweise gegenüber dem Patienten und dessen Angehörigen an den Tag zu legen (gleichfalls mangels entsprechender Ausbildung und – NC sei Dank – vielfach fehlender Herzensbildung).

³⁵ Unter ernstzunehmenden Diskutanten sollten zwei Argumente eigentlich keiner Erörterung mehr bedürfen. Die plumpe *Petitio principii* der „Unantastbarkeit fremden Lebens“, deren politische „Bedeutsamkeit“ gerade jedermann ad oculus geführt wird im Zusammenhang mit dem Rauchverbot in Gaststätten, oder dem Jahrzehnte währenden Kampf um den Einbau von Rußpartikelfiltern bei Dieselmotorkraftfahrzeugen. – Gleiches gilt für den Vergleich mit der NS-„Euthanasie“: Mit den unter dieser Namensperversion begangenen Verbrechen hat die hier diskutierte Frage der aktiven Sterbehilfe nur die nichtssagende Schnittmenge gemeinsam, daß am Ende des fraglichen Verhaltens der Tod steht. Wenn dies ein (ernstzunehmender) Hinderungsgrund wäre, könnten die vorerwähnten Fälle der Todeskausierung á la passive Sterbehilfe nicht aus der Strafbarkeit herausfallen.

³⁶ ... eine besonders „geschmackvolle“ Variante der Patientenbetreuung im Sterbefall, für die aber die Verantwortlichkeit ausschließlich bei den Juristen liegt.

biete sich zum einen die gesetzliche Zulassung der aktiven Sterbehilfe an; daneben, als „kleine Lösung“, die gesetzliche Klarstellung der Strafflosigkeit von ärztlicher Suizidbeihilfe und der angesprochenen unseligen Konstruktion vom Wechsel der Tatherrschaft auf den Garanten nach Eintritt der Bewußtlosigkeit. *W.* favorisiert das erstere: Aktive Sterbehilfe werde zwar nicht zu einer „Selbsttötung in mittelbarer Täterschaft“, aber zu einer „arbeitsteiligen Zweckverfolgung“ (*Jakobs*). Doch stellt *W.* einige sehr rigide Kautelen auf, deren wichtigste die aktuelle Einsichtsfähigkeit des Patienten (die aber bei Minderjährigen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte) und die Unbeachtlichkeit von diesbezüglichen Patientenverfügungen seien (weil es am subjektiven Leiden in der konkreten Situation fehlen könne – und weil niemand sagen könne, was einen Sterbenden mit einem „zu frühen Tode“ genommen werde)³⁷ – § 216 Abs. 2 AE Sterbehilfe sei demgegenüber einerseits zu eng (richtig, *H.-U. P.*), weil er nur ein fakultatives Absehen von Strafe vorgesehen habe, andererseits zu weit, weil er auch Fälle ohne ärztliche Assistenz einbeziehe (zweifelhaft, *H.-U. P.*). Darüber hinaus solle sich der Arzt von einer interdisziplinär besetzten Ethikkommission beraten lassen. Hier liege eine vergleichbare Konstellation zu der Genehmigung vor, die der Betreuer durch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gem. § 1904 Abs. 2 BGB benötige. – Im Abschnitt Rechtsphilosophie folgt auf *Aoi*: „Die Natur der Sache und die Patternangemessenheit als Stützpunkt der Rechtsvergleichung“ *Jakobs*: „Handlungssteuerung und Antriebssteuerung – zu *Hans Welzels* Verbrechensbegriff“: *J.* setzt sich zu Ehren des Jubilars mit dem Verbrechensbegriff des gemeinsamen Lehrers *Hans Welzel* auseinander. Dabei zeigt sich einmal mehr, wie Ideen große Denker von anderen Großen aufgegriffen, weiter- und umentwickelt werden und somit als Ferment dienen.³⁸ *J.* zeigt zunächst gewisse Differenzen zwischen *Welzel* und dem Jubilar im Verständnis der „Schuld“ auf, sieht aber auch Gemeinsamkeiten, die den normativierenden Lösungen des jetzt geltenden § 17 StGB entsprechen: Das Schuldmaß korreliere nicht notwendig mit dem Maß psychisch realisierter Unrechtseinsicht, sondern mit der Stärke der Pflicht, dem Maß der sozialen Erwartung. Die Differenz zwischen § 17 und § 16 g.F. StGB könne nicht ohne die Vorarbeiten *Welzels* erklärt werden. *Welzel* habe früh die finale Handlung als „soziales Phänomen“ verstanden, als „Verwirklichung des vom Willen gesetzten Handlungssinnes“, während die Stellungnahme des Akteurs zum Werte des Verhaltens ein Schuldmoment sei. Handlung sei also instrumentell und daher auch dem Schuldunfähigen möglich: „menschliche Zwecktätigkeit“ (*Welzel*). Diese Modellierung habe zwar

vorsätzliche und bewußt fahrlässige Konstellationen bewältigen können, doch fehle bei der unbewußten Fahrlässigkeit jene instrumentelle Dimension. Bei der unbewußten Fahrlässigkeit habe *Welzel* die notorischen Schwierigkeiten gehabt, sei auf einen „Mangel an finaler Voraussicht“ ausgewichen und habe den untrennbaren Zusammenfall von Schuld und Unrecht hingenommen: Bei unbewußter Fahrlässigkeit gebe es „kein schuldloses Unrecht“ (*Welzel*). *J.* sieht in dieser frühen, von *Welzel* später aufgegebenen Sicht einen signifikanten Selbstwiderspruch: *Welzel* verlange hier mehr als die instrumentelle Vermeidbarkeit: Denn wenn Handlung Sinn Ausdruck und nicht bloß vermeidbare Verursachung sei, dann müsse dies auch für den seelisch Kranken oder unvermeidbar über das Unrecht Irrenden gelten: Auch ein solcher, die Tatbestandsverwirklichung final herbeiführenden „Täter“ könne den Akt nicht sinnhaft vermeiden, wenn der Sinn auf den Wert (und nicht auf die Zielerreichung) bezogen sei. – Mit *Welzel* verneint *J.* eine einheitliche und gleichartige Rechtswidrigkeit; es sei müßig, ohne Blick auf den rechtlichen Zusammenhang über die Objektivität der Rechtswidrigkeit oder ihrer Verbindung mit subjektiven Elementen zu streiten. *J.* rubriziert *Welzels* Unrechtsmodell unter das „Kenntnisprinzip“ (die Zurechnung folge psychischen Fakten): Unkenntnis schließe Vorsatz aus; demgegenüber sei bei dem „Verantwortungsprinzip“ (die Zurechnung folge normativen Vorgaben) maßgeblich: Der Täter könne sich nicht auf mangelnde aktuelle Unrechtskenntnis berufen, sondern müsse sich mittels Gewissensbefragen, Nachdenken oder Erkundigung der Unbedenklichkeit seiner Planung vergewissern. Dieses Modell habe *Welzel* denn auch der Schuld bei den Vorsatztaten zugrunde gelegt – im Rahmen der Unrechtseinsicht. – Jener Unterschied beruhe auf der strukturell monologisch-individualistischen Begründung des Handlungsbegriffes. Das „Individuum“ sei zwar Herr seiner Zwecke, aber erst in der „Personen“-Dimension (wo die Welt nicht nach dem Prinzip von Lust und Unlust, sondern von Pflicht und Freiraum geordnet sei) sei die Schuld angesiedelt (der Schuld begriff sei aus den Bedingungen der Gesellschaft abgeleitet). – Im Rechtssystem (anders als im psychischen System) aber sei ein monologisch-individualistisch definierter Handlungsbegriff ein Fremdkörper. Daraus folgert *J.*, daß auch die Handlung als soziales Ereignis verstanden werden müsse. Das zwingt zu einem normativen Handlungsbegriff – gleichsam einer auf die Unrechtsebene herabgebrochenen Übertragung von *Welzels* Überlegungen für das Unrechtsbewußtsein: Wer aus Desinteresse am Wohlergehen anderer sich aufdrängenden Tatfolgen psychisch verschließe, dem sei die Handlung normativ gleichwohl als *dolus malus* zuzurechnen (subjektive Tatseite als Indiz für objektiv mangelnde Rechtstreue). – Gemäß *Jherings* Lehre von der Rechtswidrigkeit bilde jeder Rechtsbereich seinen eigenen Unrechtsbegriff: Gemäß der Lesart von *J.* bilde der herkömmliche Unrechts-Begriff allenfalls eine Vorstufe für das „eigentliche strafrechtliche Unrecht“: „zum strafrechtlichen Unrecht gehört dann eben Schuld“ (*Jakobs*). – Damit scheine *Welzels* Lehre auf den Kopf gestellt: Statt einer ‚ontologischen‘ Einsicht stehe am Anfang eine normative Vorgabe, statt eines instrumentellen Sinnausdrucks stehe sozialer Sinn. „Aber diese Zerstörung

³⁷ ...bei einem komatösen mit nachweisbar festgestellter Info-auster-Prognose?! (*H.-U. P.*).

³⁸ Dabei ist besonders bezeichnend für die prägende Kraft der Persönlichkeit *Welzels* und dessen Ideen, wie, unter dessen Fittichen und durch dessen Art, zu denken, angeleitet, so unterschiedliche Konzepte wie die von *Jakobs* einerseits, *Armin Kaufmann*, *Hans Joachim Hirsch* andererseits, aber auch von *Stratenwerth* oder eben auch dem Jubilar hervorgegangen sind.

oder zumindest Marginalisierung des Begriffs der finalen Handlung ergibt sich, wenn man die Linien von *Welzels* Schuldbegriff verlängert“ (*Jakobs*). – *Kühl* folgt mit: „Strafrecht und Moral – Trennendes und Verbindendes“: *K.* zeigt die Differenzierungen und Gemeinsamkeiten zwischen Rechtlichkeit und Sittlichkeit auf, wie auch die Wellenbewegungen zwischen diesen beiden Bereichen. Ausgehend von einer Definition des Rechts („unter ‚Recht‘ wird das in einem sozialen System tatsächliche geltende Regelsystem verstanden, dessen Normen ggf. auch zwangsweise in einem geregelten Verfahren durchgesetzt werden können“, *Loos/Schreiber*) und der Gerechtigkeit („inhaltliche Richtigkeit des Rechts“, *dies.*) werde sofort die Gefahr von deren Inkongruenz thematisch. Hier habe die *Radbruchsche* Formel den Charme der relativen Offenheit geboten – einer grundsätzlichen Bindung an das Positivierte, wiewohl u. U. Ungerechte – mit einem, ausnahmsweisen, Rekurs auf die Ungerechtigkeit, um die Positivität in Extremfällen zu überwinden. – Recht und Moral unterschieden sich durch das dem ersten innewohnende Zwangselement. Strafrecht sei demgemäß legitim, solange es dem „Schutz gleicher Freiheit aller Mitglieder der Rechtsordnung“ diene (*Höffe*). Gemäß dieser Einschränkung auf den Freiheitsschutz seien Zwang und Strafe dann nicht mehr „Recht“, wenn sie zum Schutz der Freiheit nicht erforderlich seien. Zu einem guten Teil werde zwischen Strafrecht und Moral strikt getrennt. Hierbei könne man sich auf die Unterscheidung von *Kant* zwischen Legalität und Moralität berufen. *Kants* Verdikt gegen die Bestrafung der Gesinnung, weil diese des rechtlichen Beweises nicht zugänglich sei, sei dahingehend zu präzisieren, daß derartige im Interesse des Schutzes der äußeren Freiheit anderer Personen nicht erforderlich sei. Dies ziehe die Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 und § 130 Abs. 3 StGB in Zweifel, wie auch weitere Gesinnungsmerkmale, etwa im Bereich des § 211 StGB. – Die Tugendpflicht gegen sich selbst möge moralisch den Suizid verbieten, eine Rechtspflicht sei es darum noch lange nicht. Demgegenüber oszilliere der BGH immer noch um die strenge sittliche Mißbilligung des Selbstmordes aus BGHSt 6, 147 (153). – Ähnlich sei in § 216 StGB die äußere Freiheit des Helfenden eingeschränkt, ohne daß dies zum Schutze der Freiheit anderer erforderlich sei. – Ähnlich sei die Situation bei der Lüge, die nach *Kant* ein Verbrechen des Menschen an seiner eigenen Person sei; sie sei gegenüber einem Dritten aber nur dann ein Rechtsverstoß, wenn sie dessen Rechten Abbruch tue, also ihn in seiner Freiheitssphäre schädige. – Andererseits gebe es auch Verbindungen zwischen Strafrecht und Moral, da manche Sätze in beiden Gebieten gölten. Denn der oberste Grundsatz der kantischen „Sittlichkeit“ ähnele dem nämlichen der „Rechtslehre“. Der Rekurs auf die guten Sitten etwa in § 228 StGB, die sozialetischen Einschränkungen in § 240 Abs. 2 StGB, bei der Notwehr und in anderen Bereichen sei methodisch problematisch, aber auch rechtsphilosophisch fragwürdig. So sei etwa in § 323c StGB die mitmenschliche Mindestsolidarität ein Rekurs auf die Moral, die keineswegs sonderlich klar sei. Immerhin könnte man sie auf die Wiederherstellung der durch die Not in Gefahr gebrachten äußeren Freiheit beschränken. – Wie sich allerdings sich verändernde Moralvor-

stellungen auch auf das Recht auswirken könnten, zeige sich an dem 2002 in Kraft getretenen ProstitutionsG, das die Forderung nach dem Dirnenlohn rechtswirksam mache. Umgekehrt verschoben die Tatbestände im ArzneimittelG gegen das Doping die Wertung in § 228 StGB aus dem ursprünglichen Bereich der Moralität in einen rechtlichen Bereich. Soweit die Verrechtlichung, sogar Kriminalisierung von Moral zum Schutze der äußeren Freiheit erforderlich sei, sei sie auch gerechtfertigt.³⁹ Andererseits gebe es Beispielsfälle, in denen das Recht auch bestimmte Bereiche wieder an die Moral zurückgebe, wie etwa im Bereich der Homosexualität. *Llompert*: „Kann noch heute die Rechtsgeltung begründet werden? – Einige Bemerkungen zum heutigen Stand der säkularen Rechtsphilosophie“. Das Kapitel schließt mit *Starcks* grundsätzlichen Überlegungen zum Inhalt der „Vorlesung Rechtsphilosophie“.

Die Festschrift klingt aus mit zwei Beiträgen zum Hochschulrecht: *Conrads* bilanziert in: „Die Hochschule in Stiftungsträgerschaft – ein tragfähiges Modell?“ das Niedersächsische Modell mit trübsinnig stimmenden Auspizien. Einem wohlmöglichst noch aktuelleren Thema ist der Beitrag von *Dietrich/Jungeblodt*: „Drittmittelforschung – staatlich geförderte Korruption?“ gewidmet, wobei die Autoren allerdings glauben, daß mit BGHSt 47, 295 (= NJW 2002, 2801) die wesentlichen Probleme geklärt seien.⁴⁰

Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen, Bonn

³⁹ Wieso dies im Fall des Dopings der Fall sein soll, thematisiert *Kühl* freilich nicht.

⁴⁰ Das darf man freilich gleichwohl etwas bezweifeln, da das Kapital, als vielzitiertes „scheues Reh“, sehr schnell neue Lichtungen zum Äsen findet.