

Kapitel 3

Schutzgrenzen bei postmortalen Organspenden

Es ist wesentlich einzuräumen, dass eine Person als Teil der Gesellschaft und Gemeinschaft mit ihren Handlungen immer Einfluss auf ihre Umgebung nimmt. D. h., nahezu jede Handlung hat Auswirkungen auf die persönliche Umwelt des Handelnden³⁵¹. „Bestünde insoweit ein Gemeinschaftsbezug jedes menschlichen Verhaltens, könnte die Einschränkung selbstschädigenden Verhaltens durch damit einhergehende, negative gesellschaftliche Auswirkungen gerechtfertigt werden.“³⁵² Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene fließen zudem die individuellen Interessen, z. B. die persönliche Sicherheit, teilweise in Gemeinschaftsinteressen. Aber nicht alle solchen Gemeinschaftsbezüge des Menschen können auch als Anforderungen des Staates an denselben verstanden werden, denn der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen³⁵³. Wie vorhergehend erwähnt, liegt die Kernfrage des Paternalismus eigentlich deshalb darin, wie die staatspaternalistische Einschränkung abgegrenzt werden kann³⁵⁴.

351 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251.

352 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 165.

353 Vgl. Herrenchiessee-Entwurf zu Art. 1 GG, JöR n. F. Band I (1951), S. 48.

354 Der Staat soll niemanden durch Polizeigesetze zwingen, etwas nur zum Besten des anderen gegen seinen eigenen Willen zu tun, d. h., er soll keine positiven staatlichen Pflichten auferlegen. Siehe dazu *Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, S. 153 f.: „Das letzte und vielleicht wichtigste Mittel, für die Sicherheit der Bürger Sorge zu tragen, ist die Bestrafung der Übertretung der Gesetze des Staats [Hervorh. d. Verf.]. [...] Die erste Frage nun, welche hiebei entsteht, ist die: welche Handlungen der Staat mit Strafen belegen, gleichsam als Verbrechen aufstellen kann. [...] Denn da der Staat keinen andren Endzweck als die Sicherheit der Bürger verfolgen darf, so darf er auch keine andre Handlungen einschränken, als welche diesem Endzweck entgegenlaufen. Diese aber verdienen auch insgesamt angemessene Bestrafung [Hervorh. d. Verf.]. Denn nicht bloß, daß ihr Schade, da sie gerade das stören, was dem Menschen zum Genuß wie zur Ausbildung seiner Kräfte das unentbehrlichste ist, zu wichtig ist, um ihnen nicht durch jedes zweckmäßige und erlaubte Mittel entgegenzuarbeiten, so muß auch schon den ersten Rechtsgrundsätzen nach jeder sich gefallen lassen, daß die Strafe ebenso weit gleichsam in den Kreis seines Rechts eingreife, als sein Verbrechen in den des fremden eingedrungen ist.“ Siehe dazu auch *Roxin*, Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, S. 575.

Nach *Reitter* können Einschränkungen selbstschädigenden Verhaltens allein dann gerechtfertigt werden, wenn dieses Verhalten die Rechte Dritter oder der Gesellschaft unmittelbar berührt³⁵⁵. Anders gesagt: Der Schutz von Gemeinwohlbelangen und der Schutz der Allgemeinheit können legitime Zwecke grundrechtlicher Freiheitsbeschränkungen gegen den eigenen Willen des Handelnden darstellen, aber die paternalistischen Eingriffe müssen eine bestimmte Voraussetzung erfüllen, wie das Bundesverfassungsgericht betont:

Ziele beruhen auf vernünftigen Gründen des Allgemeinwohls, die den Gesetzgeber grundsätzlich zu einem Grundrechtseingriff berechtigen. [...] Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Das ändert aber nichts daran, daß es ein legitimes Gemeinwohl-anliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen [Hervorh. d. Verf.].³⁵⁶

Diese Voraussetzung bezieht sich also unmittelbar auf einen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers beim Einsatz paternalistischer Eingriffe³⁵⁷, um die öffentlichen Interessen bzw. die Kollektivrechtsgüter zu schützen³⁵⁸. Damit ist es hier fraglich, wie diese Interessen abgegrenzt werden können, weil sonst bei der paternalistischen Einmischung die Gefahr besteht, dass durch die Anerkennung des objektivierenden Ansatzes, der jeder individuellen Freiheitsausübung eine Pflicht auf den Schutz vor Kollektivgefährdung in der Gemeinschaft zuschreibt, eine Überlagerung der subjektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte bzw. eine Verobjektivierung des subjektiven Charakters der Grundrechte verursacht wird³⁵⁹. Zwar kann die Ungewissheit über

355 Vgl. *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 166 f.

356 BVerfG, Beschluss vom 11. 8. 1999 – 1 BvR 2181/98 – NJW 1999, 3399 (3401).

357 Vgl. BVerfGE 50, 290 (332).

358 Siehe dazu *Hillgruber*, Schutz des Menschen, S. 163: „Es gibt jedoch auch im Verfassungsrecht keinen ‚Umschlag‘ von Quantität in eine neue Rechtsqualität. Selbstgefährdungen ändern ihren rechtlichen Charakter nicht dadurch, daß sie massenhaft auftreten. Volksgesundheit als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Polizeirechts faßt lediglich das allen Individuen zustehende Rechtsgut der Gesundheit zu einem kollektiven Gesamtrechtsgut zusammen. [...] Allerdings kann eine Verhaltensweise, die sich zunächst als bloße Selbstschädigung darstellt, sozialschädliche Folgewirkungen auslösen. Der grundrechtliche Schutz der Selbstgefährdung verbietet lediglich, ihr als solcher, d. h., ausschließlich zum Zweck des Schutzes des Menschen vor sich selbst, nicht aber zu anderen präventiven Zwecken entgegenzuwirken [Hervorh. d. Verf.]“

359 Vgl. *Esser*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende, S. 94 f.

die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, jenes Gesetz zu erlassen, auch wenn es von großer Tragweite ist³⁶⁰, aber er muss doch die Objekt-Formel der Menschenwürde verfolgen, um zu vermeiden, rechtspaternalistischen Regelungen weitgehend unbegrenzt Tür und Tor zu öffnen. Deswegen beruht die Abgrenzung des Paternalismus auf einer nötigen Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeits- und Rechtsgutsprinzip, wie *Gutmann* hervorhebt:

In der hierfür nötigen Abwägung müssen Rechtsordnungen, die den Einzelnen als Einzelnen respektieren, einen prima-facie-Vorrang des individuellen Selbstbestimmungsrechts annehmen, der unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips insbesondere „kritischen Lebensentscheidungen“ der Einzelnen weitestgehenden Schutz vermittelt. Allerdings sind kollektive Rechtsgüter, die – nicht mehr im engeren Sinne paternalistisch, aber paternalismusäquivalent – im Ergebnis das Verbot oder die Behinderung primär selbstbezüglicher, aber wohlhergehensgefährdender Handlungen der Einzelnen legitimieren sollen, theoretisch beliebig konstruierbar [Hervorh. d. Verf.]. In der Praxis des Rechtssystems wird die Diskussion um den Paternalismus deshalb letztlich auf dem Boden einer Theorie der Rechtsgüter und der rechtlichen Schutzzwecke [Hervorh. d. Verf.] auszutragen sein.³⁶¹

Wenn sich die Regelungen des § 3 I 1 oder 2 und des § 4 I 2 i. V. m. § 19 II TPG nur auf die Selbstbestimmung des potenziellen Organspenders beziehen würden, dann würde eine solche rechtspaternalistische Einmischung nach *Gutmann* nicht auf dem Rechtsgutsprinzip beruhen³⁶², denn das strafrechtliche Rechtsgut bedeutet nur die zu schützenden Interessen der anderen oder der Allgemeinheit, die vom Täter selbst verletzt oder gefährdet werden³⁶³.

360 Vgl. BVerfGE 50, 290 (332).

361 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251 f.

362 Siehe dazu *Iwangoff*, Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, S. 93: „Das Grundprinzip der Strafrechtsordnung eines liberalen Staates ist der Schutz der Rechtsgüter. Dieses Prinzip kann als Autonomieprinzip bezeichnet werden. Eine alleine am Autonomieprinzip orientierte Rechtsordnung kann deshalb ausschliesslich mit Verboten von Eingriffen in fremde Rechtsgüter auskommen und dem Schutz äusserer Freiheitsräume dienen.“

363 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 142: „Denn der Rechtsgüterschutz bezweckt den Schutz anderer, nicht den Schutz vor sich selbst. Ein staatlicher Paternalismus lässt sich, soweit er durch das Strafrecht betrieben werden soll, also nur bei Autonomiedefiziten des Betroffenen rechtfertigen (bei Minderjährigen, psychisch

Aber diese Regelungen des § 3 I 1 oder 2 und des § 4 I 2 i. V. m. § 19 II TPG stellen tatsächlich nicht nur die Respektierung bzw. den Schutz der Selbstentscheidung des Verstorbenen dar, sondern betonen auch die paternalistische Einschränkung der Entscheidungsrechte seiner Angehörigen oder der Nichtangehörigen mit besonderer persönlicher Verbundenheit, weil das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen bzw. die postmortale Menschenwürde ebenfalls noch als höchstpersönliches Rechtsgut gilt. D. h., ein solcher Paternalismus kann auch möglicherweise aufgrund des Rechtsgutprinzips gerechtfertigt werden.

Aus der Perspektive des Paternalisten soll der Leichnam einerseits nicht beliebig von den Angehörigen mit Totensorgerecht bzw. bestimmtem Besitzrecht behandelt werden³⁶⁴, weil der Schutz der postmortalen Menschenwürde eine staatliche Aufgabe ist; andererseits enthält diese Aufgabe jedoch keine exakten Angaben darüber, wann solche paternalistischen Eingriffe in die Entscheidungsrechte der Angehörigen zum Schutze der Interessen des Verstorbenen im Einzelfall verboten sind³⁶⁵. Diese Frage steht also im Mittelpunkt dieses Kapitels. Unter anderem sollten wir weiter darüber diskutieren, wie der Gesetzgeber das Verhältnismäßigkeitsprinzip anwenden müsste, um festzustellen, inwieweit das Besitzrecht des Leichnams paternalistisch eingeschränkt werden sollte³⁶⁶.

Gestörten oder bei Menschen, die das Risiko für die eigene Person nicht richtig übersehen).“

364 Siehe dazu *Schrag*, Gefühlszustände, S. 52: „Nun ist eine Leiche zwar zweifellos eine Sache, jedoch eine herrenlose, „an der den zur Bestattung Berechtigten ein beschränktes Besitzrecht zusteht.“

365 Vgl. *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 301 ff. Siehe dazu auch *Noltenius*, ZJS 2009, S. 18: „Auch den Strafgesetzen liegen diese Prinzipien zugrunde, an denen die Normen gemessen werden können. Aus einem freiheitlichen Rechtsstaatsverständnis sind die Normen des Strafrechts zu deduzieren bzw. an ihr sind die bestehenden Strafrechtsvorschriften zu messen. Damit ist nicht gemeint, dass man automatisiert Voraussetzungen in eine Subsumtionsmaschine eingibt und dann konkrete Strafnormen erhält, sondern es sind Prinzipien genannt, anhand derer eine beurteilende Überprüfung von grundlegenden Normen, insbesondere solchen, die – wie die Strafgesetze – intensiv in die Rechte des Einzelnen eingreifen, zu messen sind.“

366 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 138: „Mein Ausgangspunkt ist der, dass die Grenzen der strafrechtlichen Eingriffsbefugnis sich aus der gesellschaftlichen Aufgabe des Strafrechts ergeben müssen. Was jenseits dieser Aufgabe liegt, darf logischerweise nicht Gegenstand des Strafrechts sein. Die Aufgabe des Strafrechts besteht darin, seinen Bürgern ein friedliches, freies und sozial gesichertes Dasein zu gewährleisten, soweit diese Ziele nicht durch andere, weniger hart in die Freiheit

A. Schutzgrenzen aus der Perspektive der Rechtsgutstheorie

Der Paternalismus bedeutet einerseits die Reduzierung der Freiheit zur Selbstentscheidung des Handelnden; es kommt andererseits nach *Enderlein* beim Einsatz rechtspaternalistischer Eingriffe auch darauf an, ob und inwieweit die Dritt- oder Allgemeininteressen durch diese Selbstentscheidung mittelbar beeinträchtigt werden können³⁶⁷. Demnach stellt sich die Frage, was diese Dritt- oder Allgemeininteressen bzw. Rechtsgüter bezüglich der postmortalen Organspende bedeuten.

I. Der Rechtsgutsbegriff

1. Rechtsgüterschutz im klassischen Strafrecht

a) *Das systemkritische Potenzial*

Die Frage, welche inhaltliche Qualität eine strafrechtliche Pönalisierung des Verhaltens haben muss, wird nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für Strafrechtswissenschaftler immer ein zentrales Problem sein, das aus der liberalen Perspektive zum Bedarf einer entsprechenden Legitimation führt. Um das bloße Belieben des Gesetzgebers zu vermeiden, hat die deutsche Strafrechtswissenschaft insbesondere in der Nachkriegszeit versucht,

der Bürger eingreifende sozialpolitische Maßnahmen erreicht werden können [Hervorh. d. Verf.]“

367 Siehe dazu *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 21: „Je intensiver und weitreichender die Beeinträchtigung solcher Wahlmöglichkeiten ist, desto gewichtiger muß die Beeinträchtigung von Belangen anderer Personen sein, soll diese als Rechtfertigung für die Freiheitsbeeinträchtigung in Betracht kommen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Einerseits sind solche Eingriffe nicht von vornherein unzulässig. [...] So ist jedenfalls in einigen Fällen, in denen es um ein Verbot selbstschädigender Verhaltensweisen geht, weithin anerkannt, daß das rechtliche Verbot auch zur Wahrung von Dritt- oder Allgemeininteressen zulässig ist, die durch die Selbstschädigung mittelbar beeinträchtigt werden. [...] Andererseits ist es grundsätzlich unzulässig, die Freiheit zur Selbstschädigung nur wegen einer sehr mittelbaren, unwahrscheinlichen oder geringfügigen Beeinträchtigung von Dritt- oder Allgemeininteressen in größerem Umfang zu reduzieren [Hervorh. d. Verf.]. Für die genaue Grenzziehung sind weitere Überlegungen und Wertungen erforderlich.“

mit Hilfe der Lehre vom Rechtsgut eine Begrenzung der strafrechtlichen Eingriffsgewalt zu erreichen³⁶⁸.

Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene übertragen die Bürger als Inhaber der Staatsgewalt dem Gesetzgeber nur so viele strafrechtliche Eingriffsbefugnisse, wie zur Erreichung eines freien und friedlichen Zusammenlebens erforderlich sind, und sie tun dies auch nur in dem Maße, wie sich dieses Ziel nicht durch mildere Mittel erreichen lässt. Dem *Ultima-ratio*-Prinzip zufolge ist Strafe eine staatliche Reaktion, deren Einsatz nur dann legitim ist, wenn andere Mittel versagen³⁶⁹. Anders gesagt: Der Einsatz strafender Sanktionen nur in einem sehr eingeschränkten Umfang stellt unmittelbar auf das Subsidiaritätsprinzip ab, wonach der Strafgesetzgeber den Schutz der Rechtsgüter nur in engen Grenzen und nur mit spezifischen Mitteln gewährleisten darf und zugleich die Voraussetzung der strafrechtlichen Eingriffe mindestens in der äußeren Verletzung der konkreten Rechtsgüter liegt³⁷⁰.

Verletzung sei eine durch ein (äußeres) Ereignis bewirkte störende Veränderung; das allgemeine Objekt einer Veränderung sei jedoch der Zustand. Dieser Veränderungscharakter fehlt dem subjektiven Recht wie dem Interesse. Wir kommen somit zu einer Zwischenbilanz: Rechtsgüter sind werthafte Zustände, die durch menschliches Handeln verändert und die deshalb auch durch strafrechtliche Regelungen vor solchen Veränderungen bewahrt werden können. Mit anderen Worten: es sind verletzbar, schützbar Zustände.³⁷¹

Demnach bedeuten „Rechtsgüter“ abgrenzbare, in der Außenwelt verwirklichte und deshalb durch äußeres Handeln zu beeinträchtigende werthafte

368 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S.135: „Der Grundgedanke war, dass das Strafrecht nur konkrete Rechtsgüter schützen darf, nicht aber politische oder moralische Überzeugungen, religiöse Lehren, weltanschauliche Ideologien oder bloße Gefühle. So sagte der von mir mitverfasste westdeutsche Alternativ-Entwurf von 1966 [...] in § 2 Abs.1 programmatisch: ‚Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft [Hervorh. d. Verf.]‘.“

369 Vgl. *Kindhäuser*, Strafrechtsgut, S. 29; *Lahti*, Das moderne Strafrecht, S. 443 f.

370 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S.31: „Aus der Funktion des ‚klassischen‘ Strafrechts als Instrument der Gewährleistung bürgerlicher Freiheit leitet sich nach Hassemer zum einen der Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts als letztes Mittel gesellschaftlicher Problemlösung und zum anderen die Konzentration auf den Schutz von Individualrechtsgütern ab.“

371 *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, S.13.

Zustände wie Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit der Willensbildung, Funktionsfähigkeit der Staatsorgane und dergleichen. Begriffen wie denen der Sittlichkeit, des Gemeinwohls, des Volksempfindens, der ethischen Ordnung oder der allgemeinen Menschenwürde ist eine derart anschaulich-greifbare Zuständlichkeit nicht eigen. Es handelt sich deshalb bei ihnen nicht um Rechtsgüter in dem hier angedeuteten Sinne³⁷². Mit anderen Worten handelt es sich beim Rechtsgut um einen realen und von dem funktionierenden Rechtsstaat geschützten Zustand, den man als Zwecksetzung definieren kann, die für ein sicheres und freies, alle Menschen- und Bürgerrechte des Einzelnen gewährleistendes Leben in der Gesellschaft oder für das Funktionieren eines auf dieser Zielsetzung aufbauenden rechtsstaatlichen Systems notwendig ist³⁷³.

Unter dem Einfluss der Selbstentwicklung der sozialen Ideologie ist diese oben genannte Zwecksetzung ein geschichtlicher Begriff³⁷⁴. Wohlers merkt an, dass die mit naturrechtlichen Vorstellungen verbundene Ableitung der Rechtsordnung aus verbindlich vorgegebenen höheren Rechtsprinzipien als Folge der Erkenntniskritik der idealistischen Philosophie des 18. und 19. Jahrhunderts obsolet sei und dass diese Ableitung also durch die Vorstellung von der Existenz eines Sozialvertrages als Grundlage des gesellschaftlichen Miteinanders ersetzt worden sei. Normative Grundlage dieses Sozialvertrages sei die Gleichmäßigkeit und Wechselseitigkeit eines allgemeinen Freiheitsverzichts als Grundlage einer Freiheitsverbürgung für alle gewesen³⁷⁵. Infolgedessen konnte der materielle Kern des

372 Vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 461.

373 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 139: „Rechtsgüter [...] sind nicht [...] ideelle Bedeutungsträger [...], sondern reale Gegebenheiten: Leben, Körperintegrität oder die Verfügungsmacht über Sachwerte (Eigentum). Dabei brauchen die Rechtsgüter nicht notwendig gegenständliche Realität zu haben. Die Verfügungsmöglichkeit über Sachen, die das Eigentum gewährt, oder die Freiheit der Willensbetätigung, die durch das Nötigungsverbot geschützt wird, sind keine körperlichen Gegenstände, aber sie sind doch Bestandteile der empirischen Realität [Hervorh. d. Verf.]. Auch Grund- und Menschenrechte wie die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Meinungsfreiheit oder die Religionsfreiheit sind Rechtsgüter. Ihre Vorenthaltung führt zu sehr realen Beeinträchtigungen des Lebens in der Gesellschaft.“

374 Siehe dazu *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, S. 74: „Das personale Rechtsgutskonzept wird kein Allheilmittel bei der Klärung von Zweifelsfragen sein können, und zwar schon deshalb, weil dieser Entwurf angesichts der Geschichtlichkeit der Voraussetzungen personaler Entfaltung (und ihren ebenfalls zeitbedingten spezifischen Gefährdungen) der fortschreibenden Konkretisierung im Einzelfall bedarf [Hervorh. d. Verf.].“

375 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 31.

Deliktes nicht mehr von der Willkür des Regenten oder dem Willen einer himmlischen Autorität bestimmt werden, sondern war ausschließlich in einem Tun oder Unterlassen zu lokalisieren, das sich unmittelbar gegen die vom Gesellschaftsvertrag geschaffene Ordnung richtete³⁷⁶. Die aufklärerische Reformbewegung dieses Zeitraums wendete sich gegen die bis zum damaligen Zeitpunkt herrschende Beliebigkeit in der Strafgesetzgebung³⁷⁷ und versuchte, der staatlichen legislativen Kompetenz zum ersten Mal klare Schranken zu setzen³⁷⁸. Weiter weist *Stratenwerth* darauf hin:

Die Verengung des Blickwinkels auf die Interessen des Einzelnen, die von den Protagonisten jenes Dogmas verfochten wird, bedeutet kulturgeschichtlich einen reinen Sonderfall. In den Staatsvertragslehren des 17. und 18. Jahrhunderts erstmals ausgebildet, in den Verfassungen amerikanischer Einzelstaaten seit 1776 und der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789 kanonisiert, in Kants Rechtslehre endgültig auf den Begriff gebracht, bildet der Individualismus seitdem eine der Grundpositionen in der abendländischen Auseinandersetzung über die „richtige“ gesellschaftliche Ordnung [Hervorh. d. Verf.].³⁷⁹

Unter diesem Blickpunkt wurde der Begriff des Verbrechens unmittelbar mit der Missachtung eines positiven, von den Einzelnen begründeten rechtlichen Zustandes verknüpft, was eine liberale Zwecksetzung darstellt: Der Zweck der staatlichen Strafe ist seitdem in entsprechender Weise konkret in der Sicherung der friedlichen und freiheitlichen Koexistenz der Bürger un-

376 Vgl. *Gkoutis*, Paternalismus, S. 179 f.

377 Siehe dazu *Marx*, Rechtsgut, S. 15 f.: „Der Rechtsgutsbegriff und die auf ihm errichtete Verbrechenstheorie dagegen verdanken gerade dem rechtsstaatlichen Anliegen ihre Entstehung: sie sollten Schutz bieten gegen Willkür und Unklarheit bei der Verrechtlichung durch den Gesetzgeber [Hervorh. d. Verf.]; [...] und nicht zufällig ist er am härtesten bekämpft worden während der Zeit des Nationalsozialismus, der deutlich seine liberale, rationale, aufklärerische Grundlage und Tendenz erkannt hat.“

378 Siehe dazu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 20: „Die Theorie der Objekte des Verbrechens erhält auf diese Weise die Funktion, zusammen mit der Staatszwecklehre die staatliche Strafgewalt zu begrenzen. Wie vorher nach theokratischer Staatsauffassung die Sündhaftigkeit, so wird nun der Angriff gegen subjektive Rechte zum Wesensmerkmal des Verbrechens. Wo dieses Wesensmerkmal, die Sozialschädlichkeit, nicht vorliegt, hat der Staat kein Recht zu strafen [Hervorh. d. Verf.].“

379 *Stratenwerth*, Verhaltensdelikten, S. 160.

ter Gewährleistung aller Menschenrechte aufzufinden³⁸⁰. Universalrechtsgüter seien laut *Wohlers* im „klassischen“ Strafrecht nur in dem Maße als legitimer Schutzgegenstand strafrechtlicher Verbote in Betracht gekommen, als ihr Schutz Voraussetzung für die freiheitsverbürgende Weiterexistenz des Gesellschaftskonsenses gewesen sei³⁸¹. Mit anderen Worten beziehen sich solche Rechtsgüter nur noch auf die Wahrung der persönlichen Freiheit und Sicherung, wie *Hassemer* betont:

Gerade das Strafrecht muß gerade in solchen Zeiten die personalen Elemente mit Nachdruck schützen und bewahren; denn sein Geschäft ist am Ende nicht allgemeine Versicherung oder soziale Schadensminderung, sondern Zurechnung einer Straftat an eine Person und damit Individualisierung eines – immer auch sozialen – Problems. Zeiten hoher sozialer Verdichtung sind im Strafrecht Zeiten personal orientierter Lehren. Für die Lehre vom Rechtsgut begründet dies die Anforderung, die Entwicklungen gesellschaftlicher Strukturen und gesellschaftlicher Probleme theoretisch zu verarbeiten, ohne dabei die personale Tradition der Lehre aufzugeben. Diese Tradition besteht darin, die Interessen der Allgemeinheit und des Staates vom einzelnen her zu funktionalisieren: Universalrechtsgüter haben nur insoweit eine Grundlage, als sie sich als – vermittelte – Interessen des Individuums nachweisen lassen. Dieser Tradition liegt ein liberales Staatsverständnis zugrunde [Hervorh. d. Verf.], dem der Staat nicht Selbstzweck ist, sondern nur die Entfaltung und Sicherung der Lebensmöglichkeiten von Menschen zu befördern hat.³⁸²

Demzufolge zeigt sich im Begriff „Rechtsgut“ nach diesem Verständnis ein unvermeidbares Werturteil: Die Person steht im Mittelpunkt des liberalen Weltbildes. „Der wahre Zweck des Menschen [...] ist die höchste und proportionierlichste Bildung seiner Kräfte zu seinem Ganzen, das höchste Ideal

380 Siehe dazu *Roxin*, Strafrecht AT, § 2, Rn. 8: „Das ist ein liberaler Rechtsgutsbegriff, der seine geistesgeschichtlichen Wurzeln in der Epoche der Aufklärung (also vornehmlich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts) hat, auch wenn er sich natürlich an den Lebensbedingungen des Einzelnen in der modernen Gesellschaft orientieren muss. [...] Dass dabei die Menschenwürde, die Gleichheit und die sonstigen Grundrechte des Menschen respektiert werden müssen, ist ebenfalls ein Ergebnis aufklärerischen Denkens, wonach diese Gewährleistungen essentielle Bedingungen menschlicher Freiheit sind.“

381 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 31.

382 *Hassemer*, Rechtsgutslehre, S. 90 f.

des Zusammenexistierens menschlicher Wesen daher dasjenige, in dem jedes nur aus sich selbst und um seiner selbst willen sich entwickelte.“³⁸³ Mit diesem Werturteil deutet diese Zwecksetzung im Begriff „Rechtsgut“ das systemkritische Potenzial an, dass der unvergleichliche Wert der menschlichen Person in der Rechtsgutslehre seinen Niederschlag finden muss, sei dies in Gestalt eines Wertvorrangs personaler Rechtsgüter vor anderen oder „in Gestalt der Forderung, das Strafrecht dürfte allein solche Rechtsgüter schützen, die sich auf den Schutz der Person ausrichten lassen“³⁸⁴. Im Vergleich zur systemimmanenten Rechtsgutstheorie³⁸⁵ betonen die systemkritischen Rechtsgutslehren, dass der Begriff des Rechtsguts mit materiellem Gehalt versehen wird, um die legitimerweise strafschutzwürdigen von den nicht strafschutzwürdigen Interessen unterscheiden zu können³⁸⁶.

Demnach werden die strafschutzwürdigen Rechtsgüter nur auf das materielle Interesse des Einzelnen beschränkt. *Wohlers* zeigt, dass die Vertreter monistisch-personaler Rechtsgutslehren Universalrechtsgüter als eine eigenständige Kategorie ablehnen bzw. diese nur insoweit für legitim halten, als sie der personalen Entfaltung des Individuums dienen³⁸⁷. Mit anderen Worten betont der personale Rechtsgutsbegriff auch durch die Darstellung der kollektiven Rechtsgüter die Gewährleistung der Grundvoraussetzungen für die Ausübung personaler Freiheit.

b) Die Substanzhaltigkeit der Rechtsgüter

Die Aufgabe des individuellen Rechtsguts, Willkür und Unklarheit bei der Verbrechensschöpfung durch den Gesetzgeber zu begrenzen, bedeutet zum einen, dass ein solches Rechtsgut nicht kraft Positivierung durch den Strafgesetzgeber selbst geschaffen wird, der vielmehr umgekehrt nur erklären

383 *Stratenwerth*, Kriminalisierung, S. 258.

384 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 161.

385 Diese Theorie stellt eine Funktion dar, die für die Auslegung und Anwendung der *de lege lata* geltenden Strafrechtsnormen hilfreich ist. Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 218 f.: „Wenn es aber [...] weder um die Systematisierung der *de lege lata* geltenden Normen noch um die Etikettierung bestimmter dogmatischer Unterscheidungen, sondern vielmehr um die Frage geht, ob der Gesetzgeber bestimmten Interessen legitimerweise strafrechtlichen Schutz gewähren darf, können von einer derart inhaltlich entleerten Rechtsgutstheorie ersichtlich keine irgendwie relevanten Aussagen erwartet werden.“

386 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 342 f.

387 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 221 f.

darf, was zum Rechtsgut geworden ist³⁸⁸; sie stellt zum anderen dar, dass ein Verbrechensbegriff an den natürlichen oder gesellschaftlich geschaffenen Gütern der Gesellschaftsmitglieder ausgerichtet wird³⁸⁹.

Jedoch ist hierbei unbedingt einzuräumen, dass das „Interesse“ ein relationaler Begriff ist – eine Bezogenheit, ein Verhältnis eines Subjekts zu einem Gegenstand, also nicht selbst Handlungsobjekt –, so dass es dieser Definition an jeglicher inhaltlichen Konkretheit mangelt³⁹⁰. Beispielsweise zeigt *Roxin* die personifizierten staatlichen Rechtsgüter:

In entsprechender Weise sind auch staatliche Institutionen wie die Rechtspflege oder das Währungssystem oder andere Rechtsgüter der Allgemeinheit zwar keine körperlichen Gegenstände, aber doch lebensnotwendige Realitäten, deren Beeinträchtigung die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und das Leben der Bürger nachhaltig schädigen kann.³⁹¹

Im Wesentlichen bedeuten diese personifiziert gedachten Rechtsgüter jedoch nur eine ideelle Fiktion³⁹². Mit der Tendenz der Vergeistigung ist die Formulierung des systemkritischen Rechtsgutsbegriffs bis heute nicht gelungen, weil dieser Begriff einen Ansatz voraussetzt, der das güterer-

388 Tatsächlich sollte diese Rolle des Rechtsguts nicht übertrieben werden. Siehe dazu Hassemer, Rechtsgutslehre, S. 88: „Die Bedrohung eines Rechtsguts durch ein Verhalten ist notwendige, aber nicht auch zugleich hinreichende Voraussetzung der Verhaltenskriminalisierung. Als begründendes Element der Strafwürdigkeit stehen der Rechtsgutsverletzung Prinzipien gegenüber, die in Richtung einer Begrenzung der Strafbarkeit wirken, die ich unter dem Konzept der ‚Formalisierung der Strafrechtspflege‘ zusammenfasse und unter denen insbesondere die folgenden hier erwähnenswert sind: Subsidiarität (strafrechtliche Mittel sind nur dann am Platze, wenn nichts anderes dem Konflikt gerecht werden kann); Sozialschädlichkeit (der Konflikt muß ‚uns alle‘ betreffen und nicht nur Täter und Opfer); Toleranz, Humanität, Wahrung der Menschenwürde (eine Strafdrohung gleich welcher Art darf die Fundamente unserer Rechtskultur nicht antasten). [...] Ich denke, daß das Konzept des Rechtsgüterschutzes in dieser systemischen Einkleidung und Relativierung seine Aufgabe erfüllen kann, dem Strafgesetzgeber gegebenenfalls eine Schranke aufzurichten und eine vorschnelle Anpassung des Strafrechts an kriminalpolitische Interessen zu verhindern oder doch zu erschweren [Hervorh. d. Verf.].“

389 Vgl. *Schünemann*, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 141.

390 Vgl. *Marx*, Rechtsgut, S. 21.

391 *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 139.

392 Siehe dazu *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S.174: „Schon Liszt schrieb 1886, das Rechtsgut sei nichts anderes als ein ‚Begriff‘ und ‚als solcher unverletzlich‘. Rund 100 Jahre später bezeichnet, wie erwähnt, Roxin das Rechtsgut als ‚ideelles Gut‘, das nur durch Einwirkung auf ein ‚Handlungsobjekt‘ verletzbar ist, in dem sich das ideelle Gut ‚verkörpert‘.“

zeugende Werturteil inhaltlich ausfüllt³⁹³. Zur Wahrung eines materiellen Rechtsgutsbegriffs, also zur Vermeidung einer rein geistigen Begrifflichkeit, betont *Marx*:

Die relationale Komponente der Rechtsgüter ist im übrigen schon in unserem Begriff „Gegenstand“ [...] mitausgedrückt. Denn dem Wortsinn nach bedeutet „Gegenstand“ das, was entgegensteht, besagt also wesentlich eine Beziehung auf jemand, dem der Gegenstand gegenübersteht. Seiendes heißt Gegenstand nur insofern, als es einem Subjekt erkennbar, erstrebbar ist. [...] Die Konsequenzen aus der aufgezeigten Beziehungsstruktur liegen u.E. nicht in einer Verflüchtigung der Rechtsgüter ins Abstrakt-Geistige; vielmehr finden sie ihren Niederschlag in der Stellung des Rechtsgutsbegriffs in der Verbrechenstheorie – genauer: bei der Bestimmung des Verletzungsobjekts [Hervorh. d. Verf.].³⁹⁴

Das konkrete Verletzungsobjekt bzw. Handlungsobjekt wird tatsächlich als Repräsentant des Rechtsguts interpretiert³⁹⁵. Durch die Bezogenheit auf das Handlungsobjekt stellt sich dar, dass die spezifische geschützte Beziehung, nämlich die konkrete Verfügbarkeit oder Zuhandenheit der Gegenstände für ihren Inhaber, durch ein Verhalten in der Außenwelt verletzt wird, was direkt die Verletzung des entsprechenden Rechtsguts andeutet. Anders gesagt: Das Rechtsgut ist nur durch die Einwirkung auf ein Handlungsobjekt verletzbar, „in dem sich das ideelle Gut verkörpert“³⁹⁶, wie *Rudolph* zeigt:

Denn das Rechtsgut ist gerade die soziale Funktion selbst und nicht nur etwas, dessen Dasein in der Wirklichkeit in einem „In-Funktion-Sein“ besteht. Voll bestätigt wird dies, wenn wir z. B. das Eigentum als Schutzgut näher betrachten. Schutzgut der verschiedenen Eigentumsdelikte ist nicht die konkrete Sache in ihrem jeweiligen Zustand [Hervorh. d. Verf.]. Entscheidend ist vielmehr die der Sache auf Grund ihrer Zuordnung zu dem Eigentümer in der gesellschaftlichen Realität objektiv zukommende Funktion. Als Schutzgut tritt die einzelne Sache nur insoweit in Erscheinung, als ihr auf Grund ihrer Zuordnung zu dem Eigentümer die Aufgabe zufällt, diesem die ihr innewohnenden Herrschaftsmöglichkeiten zu eröffnen. Reales Substrat des Rechtsgutes „Eigentum“ ist also ebenfalls nicht ein bestimmter Zustand, sondern ausschließlich die der

393 Vgl. ebenda, S. 160.

394 *Marx*, Rechtsgut, S. 66 f.

395 Vgl. *Hefendehl*, Das Rechtsgut, S. 121.

396 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 174.

Sache auf Grund ihrer rechtlichen Zuordnung zu dem Eigentümer zukommende Funktion, diesem bestimmte Herrschaftsmöglichkeiten und damit zugleich auch eine freie Entfaltung seiner Persönlichkeit durch Nutzen dieser Möglichkeiten zu eröffnen [Hervorh. d. Verf.].³⁹⁷

Demnach steht die Frage nach der notwendigen Substanzhaltigkeit des Rechtsguts bei den systemkritischen Rechtsgutslehren immer mit der un-
streitig anerkannten Unterscheidung des Rechtsguts vom Handlungsobjekt
in einem äußerlichen Zusammenhang. Bei einigen Straftatbeständen, wie
vornehmlich den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, sind Rechtsgut
und Handlungsobjekt zwar scheinbar identisch, aber nach *Amelung* ist
„der Mensch“ als solcher bzw. die Klasse aller lebenden Menschen das zu-
vergeistigende Rechtsgut bzw. Schutzobjekt der §§ 211 ff. StGB, während
der Angriffsgegenstand bzw. das Tatobjekt nur einen konkreten Einzelnen
bedeutet³⁹⁸. Im vorliegenden Zusammenhang geht es also nicht um die
Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt, sondern nur
um die Frage, „inwieweit das Rechtsgut selbst, also: ‚das Etwas‘, auf dessen
Schutz sich das Interesse des Gesetzgebers bezieht, substanzhaften Charak-
ter haben muß.“³⁹⁹

Nach *Jäger* erfordert die Rechtsgüterfrage vor allem ein nüchternes Durchdenken der rationalen Strafbarkeitsgründe, eine Erwägung der wirklichen Gefahren und Schädigungsmöglichkeiten⁴⁰⁰. Diese Erwägung oder Bewertung ist nur möglich, wenn die als Rechtsgüter in Betracht gezogenen Interessen derart konkretisiert sind, dass die Auswirkungen konkreter Verhaltensweisen auf die Handlungsobjekte rational beurteilt werden können, wie *Wohlers* betont:

Daß der Schutz von Individualrechtsgütern klassischer Prägung gemeinhin als unter Legitimitätsgesichtspunkten im Grundsatz unproblematisch angesehen wird, dürfte seine wesentliche Ursache denn auch gerade darin haben, daß die Beeinträchtigung substanzhaft-gegenständlich verkörperter Interessen, wie z. B. des Interesses an der Unversehrtheit des eigenen Körpers [...], regelmäßig weitgehend unproblematisch nachvollzogen werden kann.⁴⁰¹

397 *Rudolphi*, Rechtsgutsbegriff, S. 164.

398 Vgl. Amelung, Die Rechtsgutstheorie, S. 167.

399 Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 223.

400 Vgl. Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, S. 17.

401 Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 224.

Demnach stellt die systemkritische Funktion des klassischen Rechtsgutsbegriffs dar, dass die Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern in der Regel mit der Beeinträchtigung eines konkret-gegenständlichen Tatobjektes einhergeht, das als Handlungsobjekt den als Rechtsgut zu schützenden werthaften Zustand verkörpert. Abgesehen von den theoretischen Problemen der Strafbarkeit eines Tatversuchs stellt das Handlungsobjekt die Verkörperung des Rechtsgutes im konkreten Einzelfall dar. Deswegen muss das Rechtsgut selbst nach *Berz* regelmäßig mit einer Verletzung oder Gefährdung des Objektes beeinträchtigt sein⁴⁰², was bei den rein systemkritischen Rechtsgutslehren dazu führt, dass nur die Verletzungsdelikte und die konkreten Gefährdungsdelikte wegen der Beeinträchtigung eines konkret-gegenständlichen Tatobjektes anzuerkennen sind⁴⁰³. *Gkoutis* legt dar, dass die Hauptfunktion des Strafrechts im Rahmen der staatlich organisierten Gesellschaft in der Bewahrung individueller und überindividueller Rechtsgüter vor ihrer kausalen Gefährdung oder Verletzung bestehe, so dass die abstrakte Güterauffassung im Ergebnis jeder rationalen Begründbarkeit entzogen erscheine⁴⁰⁴.

Zusammenfassend ist es für das klassische Strafrecht nicht wichtig, ob der Begriff des Rechtsgutes genau definiert werden kann, wie *Rudolphi* erläutert:

Nach seiner Prägung durch Birnbaum im Jahre 1834 und einer wechselnden Beurteilung durch die Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hat sich der Begriff des Rechtsgutes seit langem einen festen Platz in unserem strafrechtlichen Begriffsarsenal gesichert. Trotz seiner nunmehr gut 130jährigen Geschichte gehört er aber – seine häufige Verwendung vermag darüber kaum hinwegzutäuschen – zu jenen Begriffen, die trotz vielfachen Bemühens noch weitgehend ungeklärt sind und über alles andere als einen festen und eindeutigen Aussagegehalt verfügen. [...]

402 Vgl. *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 37.

403 Vgl. *Krauß*, Rechtsgut und kein Ende, S. 429; *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 41 ff.

404 Siehe dazu *Gkoutis*, Paternalismus, S. 204: „Denn wären die Rechtsgüter überhaupt als ‚abstrakte Gesinnungswerte‘ zu begreifen, dann wären sie auch logischerweise vom unmittelbaren Zugriff des Täterverhaltens effektiv abgeschirmt und würden folglich als verletzungsunanfällige Werte des strafrechtlichen Schutzes nicht bedürfen.“

Damit ist der Rechtsgutsbegriff jedes bestimmten materialen Gehalts entkleidet.⁴⁰⁵

Anders gesagt: Der Orientierungspunkt für die systemkritische Funktion des klassischen Rechtsgutsbegriffs ist das konkrete Handlungsobjekt, aus dem sich die Aufgabe ergibt, „unter fortwährender Konkretisierung dieses Leitgesichtspunktes all diejenigen durch menschliches Verhalten zu beeinträchtigenden Erscheinungen in der sozialen Wirklichkeit aufzuspüren und dem Rechtsgutsbegriff einzufügen.“⁴⁰⁶

2. Rechtsgüterschutz im modernen Strafrecht

a) *Der geschichtliche Begriff überpersonalen Rechtsgüter mit der Tendenz der Vergeistigung*

Radbruch erkennt als mögliche letzte, oberste Menschheitswerte im ganzen Bereich der Erfahrungswelt nur drei Arten von Gegenständen, nämlich menschliche Einzelpersonlichkeiten, menschliche Gesamtpersonlichkeiten und menschliche Werke⁴⁰⁷. Demnach unterscheidet er zwischen individualistischem, überindividualistischem und transpersonalistischem Wertsystem⁴⁰⁸. Die letzten zwei Systeme fördern die Entstehung des spezifischen Schutzes von Gesellschaft und Staat. Der strafrechtliche „Staatsschutz“ wurde begrifflich *prima facie* früher als das klassische „Rechtsgut“ selbst ausgemacht⁴⁰⁹. Seit dem 13. Jahrhundert ist ein immer stärker werdender Einfluss des römischen Staatsschutzrechts auf das deutsche Recht unverkennbar; nach dem *Edictum de crimine laesae maiestatis* Heinrichs VII. von 1312 be ruht das Staatsverbrechen nach wie vor auf einem Bruch des Treuebandes; bemerkenswerterweise taucht im preußischen Landrecht von 1721 erstmals

405 *Rudolphi*, Rechtsgutsbegriff, S. 151 ff.

406 *Ebenda*, S. 161.

407 Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 146 ff.

408 Vgl. *Marx*, Rechtsgut, S. 26 ff.

409 Siehe dazu *Schroeder*, Der Schutz von Staat, S. 11: „Infolge der Überlagerung der Landes- durch die Lehnsherrschaft, die erstmals im Prozeß gegen HEINRICH DEN LÖWEN im Jahre 1180 zum Ausdruck gekommen war, kennen die Rechtsbücher und andere Rechtsquellen des 13. Jahrhunderts kein spezifisches Delikt gegen den Landesherren mehr, sondern lassen es in umfassenden, jeden Herren schützenden Treubruchstatbeständen aufgehen (Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, die Bayerischen Landfrieden von 1244, 1256 und 1281).“

der Begriff „Staat“ als Schutzobjekt auf, und zwar in Verbindung mit der „Sicherheit“⁴¹⁰.

Nach *Schroeder* wurde die Konzeption des modernen Staatsschutzrechts an der Wende zum 19. Jahrhundert geprägt: „Ein charakteristischer Wandel ist allerdings die Verlagerung des Staatsschutzes von dem sich im Vereinigungsvertrag zusammenschließenden Volk bei KLEINSCHROD, FEUERBACH und GROLMAN auf den personifizierten Staat.“⁴¹¹ Bemerkenswerterweise wurden im gleichen Zeitraum auch der Begriff des öffentlichen Verbrechens gegen die Grundlage der menschlichen Gesellschaft⁴¹² und die vom Staatsschutz unabhängigen kollektiven Rechtsgüter⁴¹³ bzw. Gemeinschaftsrechtsgüter⁴¹⁴, z. B. der gesellschaftliche Frieden, theoretisch ausgemacht⁴¹⁵.

410 Vgl. ebenda, S. 19–33.

411 Ebenda, S. 63.

412 Vgl. *Schirach*, Politische Verbrechen, S. 62–83.

413 Siehe dazu *Anastasopoulou*, Kollektive Rechtsgüter, S. 28: „Die Rechtsgüter, die keinen individuellen Träger haben und den Interessen beliebig vieler Personen, also der Allgemeinheit, dienen, werden als Universalrechtsgüter bezeichnet [...]. Diese Güter können nur von einer Vielzahl von Individuen verwirklicht werden; sie bekommen erst in der Gemeinschaft einen Sinn [Hervorh. d. Verf.]“

414 Siehe dazu *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 139: „Neben den nunmehr systematisierten kollektiven Rechtsgütern existieren noch zwischen individuellen und kollektiven Rechtsgütern anzusiedelnde Sonderkonstellationen, etwa in Gestalt der sog. Volksgesundheit beim Betäubungsmittelstrafrecht, der sog. Sicherheit des Verkehrs bei den Straßenverkehrsdelikten oder der öffentlichen Sicherheit im Waffenrecht. Nur scheinbar handelt es sich bei ihnen um Kollektivrechtsgüter traditioneller Prägung [Hervorh. d. Verf.]“

415 Siehe dazu *Schroeder*, Der Schutz von Staat, S. 58 f.: „Besonders in den Jahren 1848–1851 erhoben sich liberale und nationalistische Forderungen auf dem Gebiet der Staatsverbrechen. [...] Allerdings findet sich auch bereits eine hochinteressante Gegenwehr gegen eine neue politische Kraft, die Monarchie und Liberalismus in gleicher Weise bedroht. Drei Jahre nach der ersten Veröffentlichung des ‚Kommunistischen Manifests‘ in England ist v. SCHIRACH wohl der erste, der sich mit dieser neuartigen Gefahr für die politische Ordnung näher auseinandersetzt und dabei prompt in den Konflikt zwischen liberalistischer Zurückdrängung des Strafschutzes einerseits, bestmöglichem Schutz der liberalen Ordnung andererseits gerät: ‚Außerdem ist aber in Betracht zu ziehen, daß die ganze sociale Ordnung durch die subversiven Tendenzen einer über Europa verbreiteten Parthei gegen die Grundlage der menschlichen Gesellschaft, Besitz, Eigenthum, Ehe, Familie, aufs ernstlichste bedroht wird. Wenn solchemnach einerseits die Sphäre der öffentlichen Verbrechen beschränkt werden muß, um dem Begriffe des Rechtsstaats zu entsprechen, so bedarf sie dagegen andererseits einer Erweiterung‘. v. SCHIRACH löst das Problem auf eine sehr bemerkenswerte Weise, indem er eine besondere Gruppe der Verbrechen gegen die Grundlage der menschlichen Gesellschaft, die Möglichkeit der Coexistenz (sic!) vernünftiger Wesen im Raume‘ (auch ‚Bruch des gesellschaftlichen Friedens‘

Im Vergleich dazu ergibt sich für den traditionellen Rechtsstaat aus der Aufgabe, die zu personaler Selbstverwirklichung notwendige Freiheit zu sichern, die konkrete Pflicht, die Freiheit einer jeden Person so zu begrenzen, dass sie nicht die Freiheit anderer Personen unerträglich einschränkt oder gar vernichtet, wie *Hefendehl* aufzeigt:

Das Verfassungsmodell, an welches das Grundgesetz anknüpft, ist letztlich das des 19. Jahrhunderts. In der damaligen konstitutionellen Monarchie kam der Verfassung die Aufgabe zu, die prinzipiell allumfassende monarchische Staatsgewalt zu beschränken und dem Bürger wie der Gesellschaft im ganzen auf diese Weise selbstverantwortliche Freiheit zu gewährleisten [Hervorh. d. Verf.]. Dementsprechend waren auch die Grundrechte Abwehrrechte gegen die monarchische Staatsgewalt, über die eine der staatlichen Einwirkung entzogene Sphäre definiert wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat diese ursprüngliche Funktion auch heute noch für maßgeblich erklärt. Im demokratischen Lenkungs-, Leistungs- und Vorsorgestaat der Gegenwart ist die staatliche Gewalt nicht mehr von Hause aus unumschränkt, sondern demokratisch legitimiert. [...] In der heutigen Staats- und Gesellschaftsverfassung wird das Leben des Bürgers demzufolge nicht allein durch seine individuelle Freiheits-sphäre, sondern vielmehr durch das Funktionieren der gesellschaftlichen und staatlichen Versorgungssysteme definiert [Hervorh. d. Verf.].⁴¹⁶

Das Recht schränkt also die Freiheit eines Einzelnen nicht im Interesse einer überpersonalen Gemeinschaft, gar des Staates selbst⁴¹⁷, ein, sondern eben in Konsequenz seiner Aufgabe, den Freiheitsraum aller Personen zu schützen und zu garantieren, was zusammenfassend bedeutet, dass der Zweck des Rechtes der einzelne Mensch selbst ist und die entsprechende Aufgabe des Rechtes ihm zu dienen ist⁴¹⁸. Deswegen hat sich die klassische abendländische Beziehung zwischen dem Einzelnen, dem Staat und der öffentlichen Gemeinschaft seit der Prägung des Begriffs der kollektiven Rechtsgüter im 19. Jahrhundert mit der gesellschaftlichen Entwicklung allmählich herausgebildet, wie *Marx* betont:

– ‚Weltfriedensbruch‘) bildet und als das schwerste öffentliche Verbrechen von den ‚nationalen‘ und den politischen Verbrechen abtrennt [Hervorh. d. Verf.]“

416 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 76 f.; vgl. BVerfGE 7, 198 (204 f.); 50, 290 (337).

417 Vgl. *Leisner*, Personalismus, S. 76 f.

418 Vgl. *Marx*, Rechtsgut, S. 54.

Ist doch die Gesellschaft ihrerseits nicht ein monolithisches Gebilde unpersönlicher [sic] Art, sondern die Gesellschaft der anderen Personen, die Summe anderer personaler Individuen [Hervorh. d. Verf.], deren jedes in keiner anderen Beziehung zum Staate steht als eben der der einzelnen Person. Es stehen sich gegenüber also nicht eine einzelne Person und Gemeinschaft, vertreten durch den Staat, sondern der Staat als Organisationsform der Gesellschaft und die Vielzahl der Personen, die die Gesellschaft bilden.⁴¹⁹

Bemerkenswerterweise bestehen heute wegen industrieller und technologischer Fortschritte sowie der rasanten Entwicklung der Wissenschaft mehr qualitativ und quantitativ neuartige Großrisiken als früher. „Durch die Technisierung und vielfache Komplizierung der Lebensverhältnisse bedarf der moderne Mensch in einer viel umfassenderen Weise der staatlichen Hilfe, als das vor noch wenigen Generationen der Fall war.“⁴²⁰ Vor diesem gesellschaftlichen Hintergrund versucht man, strafrechtliche Normen in ein instrumentelles Konzept präventiver staatlicher Lenkung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse zu integrieren, was logischerweise bedeutet, dass sich das Subsidiaritätsprinzip des klassischen Strafrechtes inhaltlich verändert, d. h., der Staat verfügt außer den Aufgaben der negativen Sicherung und Unterstützung der Freiheit des Individuums noch über die positive Aufgabe, materiell soziale Gerechtigkeit, wie z. B. Resozialisierung und soziale Wiedergutmachung, zu fördern⁴²¹, wie *Wohlers* zeigt:

Als Folge des technischen, ökonomischen und sozialen Wandels sei dieser Staatsentwurf um eine sozialstaatliche Komponente ergänzt und das statisch auf die Sicherung des Freiheitsanspruches des Einzelnen ausgerichtete Formalrecht durch ein dem intervenierenden Sozialstaat adäquates, an materialen Ordnungs- und Gestaltungszielen orientiertes regulatorisches Recht abgelöst worden. Entsprechend dem Wandel von einem repressiv-limitierenden zu einem präventiv-gestaltenden Steue-

419 Ebenda, S. 54.

420 *Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip, S. 94.

421 Siehe dazu ebenda, S. 98: „Hier ist der Staat (die größere Gliedgemeinschaft) aber nicht bloß ein Ersatz oder ein Lückenbüßer, so wenig etwa Eltern nur Lückenbüßer sind, wenn sie den Kindern Hilfe gewähren, wo diese eine Obliegenheit noch nicht allein meistern können. Vielmehr handelt es sich bei diesem subsiduum [sic] um eine im Wesen der menschlichen Personalität begründete und von ihr geforderte Ergänzung und Vervollständigung [Hervorh. d. Verf.]“

rungsmodell sei es zu einer Umorientierung auch im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts gekommen [Hervorh. d. Verf.].⁴²²

Demnach verstärkt sich die präventive Orientierung des Strafgesetzgebers, was zu dem Paradigmenwechsel führt, dass das Strafrecht nicht mehr *ultima ratio*, sondern in zunehmendem Maße *prima ratio* des Gesetzgebers ist, um überhaupt zukünftige Unsicherheiten oder Bedrohungen zu vermeiden, so dass alle Interessen, entweder materielle oder ideelle, vom Strafgesetzgeber als „Rechtsgüter“, nämlich Individual- und Universalrechtsgüter⁴²³, bezeichnet bzw. dazu erhoben werden können. Die Tendenzen in der modernen Strafgesetzgebung bestätigen dies:

Vorstellbar erschiene, daß Strafrecht derzeit über seinen „Kernbereich“ hinaus überall dort bemüht wird, wo entweder folgenreiche Erosionen oder Funktionsverluste der Sozial- und Individualmoral angenommen werden oder neue, unbekannte wissenschaftlich-technische Phänomene Sicherheits- und Sicherungsbedürfnisse provozieren. Als gemeinsames und zugleich tragendes Element der Pönalisierung erschiene in diesen Fällen dann das mangelnde Vertrauen in die Möglichkeiten anderer rechtlicher oder staatlicher Steuerungsinstrumente oder in die vernünftige Selbststeuerung des gesellschaftlichen Prozesses.⁴²⁴

Diese Gesichtspunkte bezüglich des modernen Strafrechts spielen weiter im Erwägungs- und Überlegungsraum des Strafgesetzgebers eine Rolle, so dass er nicht mehr nur auf der Basis des objekthaften, überpositiven, vorstrafgesetzlichen Werturteils erklären möchte, was zum Rechtsgut geworden ist⁴²⁵, sondern durch seine eigene Positivierung direkt die strafrechtlichen

422 Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 42.

423 Siehe dazu Anastasopoulou, Kollektive Rechtsgüter, S. 58: „Bei den Universalrechtsgütern geht es darum, den Schutz bestimmter staatlicher oder gesellschaftlicher Institutionen bzw. bestimmter Funktions- oder Interaktionszusammenhänge zu gewährleisten [Hervorh. d. Verf.]. Kollektive Rechtsgüter sind keine vorfindlichen Güter, sondern normative Konstrukte, Ergebnisse einer gesellschaftlichen Konsensfindung, hochkomplexe Regelwerke geistig-realer Natur.“

424 Müller-Dietz, Funktionen des Strafrechts, S. 96 f.

425 Siehe dazu Schünemann, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 141: „Es kann durch vernunftrechtliche Erwägungen, sei es direkt aus der oder in einer (historisierend gelockerten) Anlehnung an die Denkfigur des Gesellschaftsvertrages, ein Verbrechensbegriff entwickelt werden, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht und durch den gesellschaftlichen Schaden definiert wird, der an den natürlichen oder gesellschaftlich geschaffenen Gütern der Gesellschaftsmitglieder angerichtet wird [Hervorh. d. Verf.].“

Normen und die neuen Rechtsgüter schaffen will⁴²⁶, die sich überhaupt auf die kollektiven Schutzgüter beziehen. Nach *Rudolphi* sind diese Rechtsgüter bezüglich der überpersonalen bzw. gesellschaftlichen Interessen allein schutzwürdig, weil und soweit die ihnen obliegende Funktion ein integrierender Bestandteil unserer staatlichen Gesellschaft und damit zugleich auch eine unabdingbare Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben freier Individuen in unserer staatlichen Gesellschaft ist⁴²⁷. Anders formuliert: „Der Rechtsgutsbegriff einer personalen Rechtsgutslehre kann daher der Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff und der damit verbundenen Expansion des Strafrechts in den Bereich der Vorfeldkriminalität keinen Einhalt gebieten.“⁴²⁸

Der oben genannte Paradigmenwechsel der strafrechtlichen Funktion führt hinsichtlich dieser Entmaterialisierungstendenz zum allmählichen Wandel von den klassischen systemkritischen Rechtsgutslehren zur systemimmanenten Rechtsgutstheorie⁴²⁹, die dem Rechtsgutsbegriff lediglich die Funktion eines einfachen Mittels zur teleologischen Auslegung und Systematisierung der geltenden Strafrechtsordnung zuweist⁴³⁰, was bedeutet, dass der Rechtsgutsbegriff hier über keine kritische Potenz mehr verfügt und damit dem Strafgesetzgeber als Maßstab zur Prüfung und Abgrenzung seiner Entscheidungen nicht entgegenzuhalten ist, wie *Gkoutis* hervorhebt:

Danach gilt als „Rechtsgut“ alles, was der Gesetzgeber selbst durch seine Entscheidung zum Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes erhebt [Hervorh. d. Verf.]. Diese dogmatische Größe stellt unter diesem Blickpunkt nichts anderes als ein einfaches „Produkt“ des legislatorischen

426 Vgl. *Liu*, Principle of Reliance, S. 30 f.

427 Vgl. *Rudolphi*, Rechtsgutsbegriff, S. 163.

428 *Krüger*, Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, S. 80 f.

429 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 36: „Daß der Gesetzgeber strafrechtliche Normen tatsächlich als ein Instrument staatlicher Sozialkontrolle versteht, durch dessen Einsatz gesellschaftliche Entwicklungen gesteuert und Fehlentwicklungen korrigiert werden sollen [...]. Eine weitere Bestätigung ergibt sich aus einem kurzen Blick in die Entwurfsbegründungen der in den letzten Jahrzehnten erlassenen Gesetze zur Reform des Wirtschafts-, Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrechts [Hervorh. d. Verf.] [...]. Ziel der Reform war sowohl ‚ein wirksamer Strafrechtsschutz als auch eine Verbesserung vorbeugender Maßnahmen.‘“

430 Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 2, Rn. 4.

Willens dar und bildet mithin bloß die „zusammenfassende Denkform“ für den „Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze“.⁴³¹

Aber es ist gleichzeitig unbedingt einzuräumen, dass es dem Gesetzgeber an notwendigen Erfahrungen, wissenschaftlichen Kenntnissen und praktischen Kompetenzen bei den Regelungen zum Umgang mit neuartigen Großrisiken vornehmlich in den Bereichen Neo-Ökonomie, Umwelt, Epidemieprävention und -kontrolle, Datenverarbeitung und -schutz sowie Gentechnik mangelt:

Wo die Konturen einer anderen Gesellschaft nicht mehr aus den Debatten des Parlamentes oder den Entscheidungen der Exekutive, sondern aus der Umsetzung von Mikroelektronik, Reaktortechnologie und Humangenetik erwartet werden, zerbrechen die Konstruktionen, die den Modernisierungsprozeß bislang politisch neutralisiert haben. Gleichzeitig bleibt technisch-ökonomisches Handeln von seiner Verfassung her auch gegen parlamentarische Legitimationsforderungen abgeschirmt.⁴³²

Darüber hinaus ist es dem Gesetzgeber in der wertpluralistischen oder gar multikulturellen Gesellschaft nicht möglich, eine konsensfähige und verbindliche Rechtsgutslehre auf außergesetzliche Wertungen zu stützen, weil es in einer solchen Gesellschaft weder einen hinreichend abgrenzbaren Bestand noch eine hinreichend bestimmbare Rangordnung allgemein anerkannter Werte gibt⁴³³. Mit anderen Worten deutet diese Unbestimmtheit genereller Wertungskriterien in der modernen pluralistischen Gesellschaft die Gefahr bei der Gesetzgebung an, dass der Täter unter Verletzung seiner durch Art. 1 I GG geschützten Menschenwürde mit der Bestrafung zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung degradiert werden kann⁴³⁴.

431 Gkoutis, Paternalismus, S. 198 f.

432 Beck, Risikogesellschaft, S. 304.

433 Siehe dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 311: „Verschiedene Werte konkurrieren um Vorrang; soweit sie innerhalb einer Kultur oder Lebensform intersubjektive Anerkennung finden, bilden sie flexible und spannungsreiche Konfigurationen [Hervorh. d. Verf.]. Normen und Werte unterscheiden sich also erstens durch ihre Bezüge zu obligatorischem bzw. teleologischem Handeln; zweitens durch die binäre bzw. graduelle Kodierung ihres Geltungsanspruchs; drittens durch ihre absolute bzw. relative Verbindlichkeit und viertens durch die Kriterien, denen der Zusammenhang von Norm- bzw. Wertsystemen genügen muß. Weil sich Normen und Werte in diesen logischen Eigenschaften unterscheiden, ergeben sich folgenreiche Differenzen auch für ihre Anwendung [Hervorh. d. Verf.]“

434 Vgl. *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 36.

Gegen diese Nachteile bei der Strafgesetzgebung in der modernen Risikogesellschaft schlägt *Amelung* eine Lösung vor:

Das demokratische Gesetzgebungsverfahren ist ja nicht zuletzt deswegen notwendig geworden, weil Konsens über Werte, der zur Legitimation staatlicher Eingriffe ausreicht, unter den Bedingungen des Wertpluralismus nicht mehr zu finden ist und deshalb auf prozeduralem Weg hergestellt werden muss [Hervorh. d. Verf.]. Zur Herstellung rechtlicher Verbindlichkeit genügt dabei auch nicht der unendliche Diskurs („Verständigung“) der Frankfurter Schule(n), sondern nur ein Prozess, der diesen Diskurs zu einem (vorläufigen) Abschluss bringt, indem er entscheidet, was bis auf weiteres als legitim zu gelten hat [Hervorh. d. Verf.].⁴³⁵

Obwohl der Begriff des Rechtsguts mit entsprechenden gesetzgeberischen Werturteilen also nicht dauerhaft eindeutig festgestellt werden kann, lässt *Amelung* nicht zuletzt die Frage unbeantwortet, wie sich die Bereiche des modernen Strafrechts nicht mittels des vorverlagerten Schutzes von Individualrechtsgütern, sondern nur mit vorläufigen Vereinbarungen bzw. Entscheidungen des Gesetzgebers erklären und legitimieren lassen⁴³⁶. Ein Rechtsbegriff, vornehmlich das Rechtsgut bezüglich systemimmanenter Rechtsguttheorie im modernen Strafrecht, sollte sich durch unendliche Konkretisierung bei der Rechtsanwendung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erklären, wobei die Selbstähnlichkeit⁴³⁷ des Begriffs zu wahren ist, wie *Philipps* erläutert:

Wenn sich die Grenze bis ins Unendliche hinein verlängert, kann der abgegrenzte Bereich endlich bleiben, seine Vergrößerung sogar überraschend gering ausfallen. [...] [W]as der Rechtsanwendung die allein mögliche und notwendige Sicherheit gibt, ist das Prinzip der Analogie, und zwar [...] auch der Analogie zu sich selber [Hervorh. d. Verf.]. [...] Mag ein Rechtsbegriff auch nicht grenzenlos sein, so kann es doch nicht gut sein, wenn die Grenze unter dem zerrenden Zugriff von Rechtspre-

435 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 163.

436 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 97: „Da die einzel-fallbezogene Konkretisierung der genannten kriminalpolitischen Maximen einen Wertungsakt voraussetze, der keine mit mathematischer Sicherheit begründbaren Ableitungen ermögli-che, verbleibe dem Gesetzgeber bei der Definition kriminellen Handelns allerdings notwendigerweise ein erheblicher Entscheidungsspielraum [Hervorh. d. Verf.], der sich nicht nur auf das ‚Ob‘, sondern auch auf das ‚Wie‘ der Kriminalisierung erstrecke.“

437 Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 172 f.

chung und Rechtswissenschaft ihre übersichtlichen Konturen verliert. [...] Das sollte vermieden werden, und vermeiden lässt es sich dadurch, dass man bei den Fortbildungen eines Rechtsinstituts darauf achtet, dass es selbstähnlich ist, und das heißt: sich selber treu bleibt [Hervorh. d. Verf.].⁴³⁸

Bei dieser Konkretisierung ist hinter der Selbstähnlichkeit eines Rechtsbegriffs ein vergleichbares Kontrollkriterium für den Gesetzgeber zu finden, nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, wie *Wohlers* betont:

Die unter Hinweis auf deren angebliche „Ineffektivität“ erhobene Forderung nach Abschaffung strafrechtlicher Normen kann nach alledem nicht auf den subsidiären Charakter des Strafrechts gegründet werden, sondern müsste auf das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz immanente Verbot ungeeigneter oder unangemessener Zwangsausübung durch die öffentliche Gewalt gestützt werden. Daß die Möglichkeit, mit strafrechtlichen Normen präventive Wirkungen zu erzielen, derzeit nicht ohne weiteres verneint werden kann und die insoweit bestehenden Bedenken im übrigen kein spezielles Problem des sog. „modernen“ Strafrechts darstellt, ist bereits dargelegt worden [Hervorh. d. Verf.]. Die Problematik des unangemessenen Eingriffs kann nur im Hinblick auf konkrete Straftatbestände und nur unter Heranziehung normativer Maßstäbe beurteilt werden [Hervorh. d. Verf.]. Daß sich insoweit im Hinblick auf einige der dem „modernen“ Strafrecht zugerechneten Straftatbestände besondere oder neuartige Probleme ergeben können, ändert nichts daran, daß die Legitimität dieser Straftatbestände aus sich selbst heraus begründet werden muß.⁴³⁹

Anders formuliert: Hinsichtlich der Theorie des modernen Strafrechts ist der Strafgesetzgeber bei seinem eigenen Abwägungsprozess mit der Möglichkeit konfrontiert, die traditionellen Grenzen des außergesetzlichen Grundkonsenses der jeweiligen Gesellschaft zu überschreiten, so dass die theoretische Kontrolle nicht mehr auf dem systemkritischen Rechtsgutsprinzip⁴⁴⁰, sondern nur auf der gesetzgeberischen Vereinbarkeit mit der

438 *Philipps*, Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen, S. 107 f.

439 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 77 f.

440 Vgl. *Wohlers*, Strafrecht als ultima ratio, S. 55 ff.

Verfassung, insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, beruhen kann⁴⁴¹.

b) *Der Strafgrund der abstrakten Gefährdungsdelikte bezüglich kollektiver Rechtsgüter*

In der strafrechtsdogmatischen Diskussion wird die Unterscheidung verschiedener Deliktstypen gemeinhin als eine systematisierende Funktion bei der Normenfeststellung thematisiert. Während der Tatbestand bei Verletzungsdelikten Verhaltensweisen erfasst, die eine direkte materielle Beeinträchtigung des geschützten Interesses zur Folge haben, werden durch Gefährdungsdelikte Verhaltensweisen erfasst, die nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts führen, sondern einen Zustand begründen, aus dem sich eine substanzielle Beeinträchtigung entwickeln könnte, jedoch nicht notwendigerweise verwirklichen muss⁴⁴². Innerhalb der Gefährdungsdelikte werden dann wiederum zwei Tatbestandskategorien unterschieden, nämlich konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte.

Für die konkreten Gefährdungstatbestände sind konstitutive Elemente die Vornahme einer riskanten Handlung und der Eintritt eines Gefährdungseffektes am Schutzobjekt der Norm. Wie *Anastasopoulou* zeigt, dient ein konkretes Gefährdungsdelikt zwar ebenfalls dem Rechtsgüterschutz, bevor eine Verletzung tatsächlich eintritt, aber es ist infolge des tatbestandlichen Erfordernisses einer Gefahrherbeiführung – ähnlich wie die Verletzungsdelikte – mit einer Zufallskomponente belastet⁴⁴³: Das Ausbleiben der Verletzung beruht letztlich auf einem Zufall. Deswegen wird man die konkreten Gefährdungsdelikte ebenso zu den Erfolgsdelikten zählen müssen wie die Verletzungstatbestände⁴⁴⁴. Also ergibt sich logischerweise, dass der Anwendungsbereich konkreter Gefährdungsdelikte praktisch gesehen auf den Schutz von Individualrechtsgütern klassischer Prägung beschränkt bleibt⁴⁴⁵.

441 Siehe dazu *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 158: „Wie auch in der rechtspolitischen Diskussion [...] geschieht das in ‚geltungsfreier‘ Verwendung, das heißt so, dass der Einfachheit halber auch das schon als ‚Rechtsgut‘ bezeichnet wird, was noch nicht Rechtsgut ist, sondern erst vom Gesetzgeber dazu erhoben werden soll.“

442 Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, S. 226, Rn. 78.

443 Vgl. *Anastasopoulou*, Kollektive Rechtsgüter, S. 64 f.

444 Vgl. Berz, Tatbestandsverwirklichung, S. 55 f.

445 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 285.

Im Vergleich dazu ist die Gefährlichkeit der pönalisierten Verhaltensweise beim abstrakten Gefährdungsdelikt kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur Grund bzw. Motiv für die Existenz der Strafnorm, wie *Anastasopoulou* hervorhebt:

Als materieller Grund für die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch abstrakte Gefährdungstatbestände wird der Verlust der Beherrschungsmöglichkeit über ein Risikopotential durch den Täter ausgemacht. Der Gesetzgeber begnügt sich mit der typischen Gefährlichkeit der Handlung in den Fällen, in denen bei feststehendem objektivem Gefährdungspotential einer Handlung die Vielfalt möglicher Geschehensabläufe derart groß ist, daß sie in ihrem Zusammenwirken im einzelnen schwer vorherzusehen sind [Hervorh. d. Verf.]. Der einzelne habe durch die unabsehbaren Kausalverflechtungen keine Möglichkeit, das von ihm gesetzte Risiko zu beherrschen.⁴⁴⁶

Mit anderen Worten wird ein Erfolg der Handlung bei den abstrakten Gefährdungsdelikten lediglich vom Gesetzgeber präsumiert⁴⁴⁷, da sie nach ihrem Wortlaut die substanzielle Beeinträchtigung eines bestimmten Gegenstandes nicht voraussetzen⁴⁴⁸, wie *Hassemer* darlegt:

Wirtschaft, Umwelt, Drogenmißbrauch und Datenverarbeitung sind die Felder, auf denen der moderne Strafgesetzgeber regulierend tätig wird. Passendes Instrument der Deliktikonstitution ist das abstrakte Gefährdungsdelikt. Dies bedeutet zuerst einmal eine Verarmung der Strafbarkeitsvoraussetzungen: Statt auf ein sichtbares Opfer, statt einen Schaden und die Kausalität der Handlung für diesen Schaden kommt es nur noch auf den Nachweis eines gefährlichen Verhaltens an. Vom Rechtsgut her gesehen, bedeutet dies eine Verflüssigung des Konzepts [Hervorh. d. Verf.]: Nicht mehr der Schutz konkreter menschlicher Interessen,

446 *Anastasopoulou*, Kollektive Rechtsgüter, S. 64.

447 Siehe dazu *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, S. 108 f.: „Abstrakte Gefährdungsdelikte sind solche Delikte, die keine Verletzungs- oder konkreten Gefährdungsdelikte im materiellen Sinne sind, d. h. solche, bei denen die Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts = Rechtsgutsobjekts kein (objektives) Tatbestandsmerkmal ist [Hervorh. d. Verf.], bei denen es also zur Erfüllung des (objektiven) Tatbestandes auf eine Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts = Rechtsgutsobjekts nicht ankommt. Abstrakte Gefährdungsdelikte können aber durchaus Erfolgsdelikte, sogar Verletzungs- oder konkrete Gefährdungsdelikte im formellen Sinne sein [Hervorh. d. Verf.].“

448 Vgl. *Saliger*, ZIS 2022, S. 279.

sondern der Schutz von gesellschaftlichen Institutionen oder „werthaften Funktionseinheiten“ ist das Panier: das Funktionieren des Subventions-, des Datenverarbeitungs- oder des Kreditwesens; die Umwelt als Ganzes; die Volksgesundheit.⁴⁴⁹

Demnach beruht die Strafschutzwürdigkeit bzw. Strafbarkeit bei abstrakten Gefährdungsdelikten auf den überpersonalen bzw. kollektiven Rechtsgütern im Rahmen des modernen Strafrechts, d. h., das Feld der kollektiven Rechtsgüter bezieht sich nur auf die Deliktsform des abstrakten Gefährdungsdelikts⁴⁵⁰. So ist ein solches Schutzobjekt von ungreifbarer Abstraktheit nach *Roxin* in klassischen systemkritischen Rechtsgutslehren nicht als Rechtsgut anzuerkennen, „denn die geforderte ‚Eignung‘ setzt ein empirisch nicht hinreichend fundiertes Werturteil voraus.“⁴⁵¹ D. h., die mit der Statuierung abstrakter Gefährdungsdelikte verbundene Ausweitung bzw. Vorverlagerung des Strafbarkeitsbereiches von Individualrechtsgütern zu kollektiven Rechtsgütern deutet an, dass der Rechtsanwender die Tatbestandserfüllung ohne eigenes Urteil über die konkrete oder substantielle Gefährlichkeit der Handlung feststellen kann⁴⁵². Anders gesagt: Der direkte Grund für die Existenz abstrakter Gefährdungsdelikte liegt zum einen darin, dass sie durch Aufstellung einer Verhaltensnorm präventiv auf die Verhinderung eines zukünftigen potenziellen Schadens hinwirken⁴⁵³; zum

449 *Hassemer*, Rechtsgutslehre, S. 89.

450 Vgl. *Hefendehl*, Das Rechtsgut, S. 130 f. Siehe dazu auch *Hörnle*, Schutz von Gefühlen, S. 272: „Zwar wird mit einem derartigen abstrakten Gefährdungsdelikat der Bereich der Strafbarkeit weit nach vorne verlagert, da für den Eintritt einer Verletzung oder einer konkreten Gefahr für konkrete Opfer ein Zwischenschritt erforderlich ist: Die vom Hetzer angesprochenen Personen müssen aufgrund einer eigenverantwortlichen Entscheidung zu Straftaten schreiten. Die Zurechnung dieser Gefahren ist jedoch möglich, da wie bei allen expliziten Aufforderungen sich der Auffordernde nicht darauf zurück ziehen kann, auf rechtmäßiges Verhalten der von ihm Angesprochenen vertraut zu haben. [...] Nur wenn man über den Topos ‚abstrakte Gefährdung‘ den Bezug zu Individualrechtsgütern herstellt, werden die Legitimations-, insbesondere die Zurechnungsprobleme solcher Tatbestände deutlich.“

451 *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 143.

452 Vgl. *Kuhlen*, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, S. 149.

453 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 284: „Damit sind die möglichen Beziehungen zwischen den hier in Betracht kommenden Deliktstypen einerseits und dem angegriffenen Rechtsgut andererseits hergestellt: Verletzung bedeutet den Eintritt eines Schadens, konkrete Gefährdung die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung und abstrakte Gefährdung die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung [Hervorh. d. Verf.]“

anderen zeigt *Hefendehl* ausdrücklich soziologisch die Notwendigkeit der Einsetzung abstrakter Gefährdungsdelikte bezüglich kollektiver Rechtsgüter:

Vor dem Hintergrund eines hochgradig differenzierten, komplexen Gesellschaftssystems ist sogar der Rechtsgutsbegriff als solcher als überfordert angesehen worden. Er müsse notwendig seine Konturen verlieren, wenn durch ihn die komplexe Gestalt moderner Gesellschaften vermittelt werden solle: In ihren komplizierten Zusammenhängen ließen sich moderne Gesellschaften nicht lediglich als Bestand verfestigter Güter beschreiben [Hervorh. d. Verf.]. Die Entmaterialisierungstendenzen im Rechtsgutsbegriff seien damit Ausdruck theorieimmanenter Auflösungserscheinungen in der Rechtsgutslehre; sie seien Zeichen der strukturell bedingten Unmöglichkeit, die Gestalt der Gesellschaft in einer Gütersemantik umfassend abzubilden.⁴⁵⁴

Trotz dieser Notwendigkeit der Einsetzung der abstrakten Gefährdungsdelikte besteht noch das Problem, wie die Gewährleistung der strafrechtsfreien Freiheitssphäre bzw. Menschenwürde des Individuums bei der Erweiterung bzw. Vorverlagerung des Strafbarkeitsbereiches durchzuführen ist. Wie bereits dargestellt, lassen sich die strafbarkeitslimitierenden Faktoren hierfür bei der Konkretisierung der allgemein anerkannten abstrakten Rechtsgüter lediglich im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) ermitteln⁴⁵⁵.

II. Postmortale Menschenwürde als strafrechtliches Rechtsgut?

1. Was bedeutet die rechtsbegriffliche Menschenwürde innerhalb des Rahmens der normativen Grundstruktur der pluralistischen Gesellschaft?

Die Unantastbarkeit der Menschenwürde besteht nach Art. 1 I GG in einer rechtlichen Konstanz der grundlegenden Beziehung, durch die jeder einzelne Mensch durch die Tatsache seiner Existenz mit der Gesellschaft verbunden ist, welche ihm die menschliche Existenz überhaupt erst ermöglicht. Diese Konstanz besteht in der Unverzichtbarkeit, Unverwirkbarkeit und

454 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 79.

455 Vgl. ebenda, S. 177 f.; 293.

Uneinschränkbarkeit des Rechts jedes Menschen auf Wahrung seiner Menschenwürde⁴⁵⁶.

Obwohl sich der grundgesetzliche Begriff der Menschenwürde wörtlich auf eine rein formale, inhaltlich uninterpretierte Konzeption bezieht⁴⁵⁷, kann man außerhalb des objektiven Rechts die Bedeutung der Menschenwürde bezüglich der Rechtsanwendung finden⁴⁵⁸. Der Satz von der Menschenwürde ist mit zweieinhalbtausend Jahren Philosophiegeschichte belastet. Vornehmlich brachte die Renaissance eine neue Sicht menschlicher Würde: Während der Aufklärung wird die Auffassung der Würde als Freiheit mit der stoischen Auffassung der Würde als Teilhabe an der Vernunft verbunden:

Für Pascal und Pufendorf ist Würde die Freiheit des Menschen, das in Vernunft Erkannte zu wählen und zu tun. Pufendorf verbindet diesen Gedanken der Würde mit dem der Gleichheit aller Menschen, da alle Menschen als Menschen diese Fähigkeit hätten. Kant vollendet diesen Gedanken, indem er die Würde mit der Unvertretbarkeit eines jeden Menschen identifiziert.⁴⁵⁹

Ab der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die Menschenwürde im Zuge der politischen Arbeiterbewegung begrifflich in die individuelle Gerechtigkeit einbezogen, indem deren Verwirklichung von jedem Menschen fordert, die Würde des anderen ebenso zu respektieren wie die eigene⁴⁶⁰.

456 Vgl. BVerfGE 45, 187 (229).

457 Siehe dazu *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 35: „Die Würde des Menschen [...] ist und bleibt eine ‚uninterpretierte These‘: die These des menschlichen Entwurfsvermögens – wie weit die Wissenschaft von der Natur des Menschen es auch immer bringen und wie tief der Mensch in seinen aktuellen Entwürfen auch immer sinken mag.“

458 Vgl. *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 223.

459 *Podlech*, in: Denninger, AK-GG, S. 201.

460 Siehe dazu *Holzhauser*, Vorgeschichte des Persönlichkeitsrechts, S. 52: „Ohne daß das Verhältnis zu der inzwischen anerkannten allgemeinen Rechtsfähigkeit immer klar bestimmt worden wäre, werden ab der Mitte des 19. Jahrhunderts sowohl anerkannte subjektive Rechte, soweit sie keinen sachenrechtlichen Gegenstand haben, als Personenrechte oder Persönlichkeitsrechte gesehen, als auch auf diesem Weg schon ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anvisiert.“

a) *Negativdefinition mit Staatsverpflichtung aus der Perspektive der Schutzfunktion*

Klassische Gestalt mit noch heute fortwirkender Prägekraft hat der Würdebegriff durch die Rechtsphilosophie *Immanuel Kants* erhalten:

Bei Kant finden sich die zentralen Begründungselemente und begrifflichen Umschreibungen für den Menschenwürdesatz: Behandlung des Menschen niemals bloß als Mittel, sondern als Zweck an sich selbst; Würde als etwas, das kein Äquivalent verstattet; absoluter innerer Wert des Menschen als Person [Hervorh. d. Verf.]; Autonomie als Würde der menschlichen Persönlichkeit.⁴⁶¹

Demnach deutet die Menschenwürde ein Werturteil darüber an, wer die Person ist, wenn in einer Verfassung davon die Rede ist oder sogar ausdrücklich ausgesagt wird, dass dem Menschen Würde zukommt. Nach *Kant* ist das Wort „Würde“ ein Synonym für absoluten Wert, der sich objektiv durch die allgemein konsentierten Wertordnungen oder -maßstäbe darstellen lässt.

Bemerkenswerterweise wurde nach 1945 vor dem Hintergrund der Naturrechtsrenaissance eine Neufundierung der sozialen Wertordnungen der freiheitlichen Traditionen im Bekenntnis zur Menschenwürde über die Distanzierung von der nationalsozialistischen Vergangenheit hinaus zum Leitbild erhoben⁴⁶². Darin wird die Menschenwürde als eine Art „Summe“ der Grundrechte begriffen. Das Bundesverfassungsgericht geht in zahlreichen Entscheidungen von der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gestützt auf Art. 1 I GG aus, ohne dabei den Grundrechtscharakter näher zu begründen⁴⁶³, und bezeichnet an einigen Stellen seinen Charakter aus-

461 Dreier, in: Dreier, GG, S. 95.

462 Siehe dazu Enders, Menschenwürde, S. 25 f.: „Die Zeit nach 1945 und bis über die Grundgesetzgebung hinaus war im wesentlichen durch zwei Tendenzen gekennzeichnet: Überwindung und Erneuerung. [...] Am Anfang aller rechtlicher Neuordnung mußte also zunächst abendländische Sittlichkeit als Rechtsdenken wieder ‚ins Recht gesetzt‘ werden. [...] [D]ie positivistische Rechtsauffassung habe ‚die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische Gesetze. Sie setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich, nur wo die Macht ist, ist das Recht.‘ [...] Das Wort von der ‚Renaissance des Naturrechts‘ war dabei schon aus der Weimarer Zeit überliefert. Dort hatte es das Bemühen um eine Wertfundierung des vom staatsrechtlichen Positivismus entkräfteten Staatswesens kennzeichnen sollen [Hervorh. d. Verf.]“

463 Vgl. BVerfGE 12, 123; 50, 262.

drücklich als „tragendes Konstitutionsprinzip“⁴⁶⁴ oder „Mittelpunkt einer Wertordnung“⁴⁶⁵, wie *Enders* betont:

Ähnlich verhält es sich mit dem Anspruch auf ein Existenzminimum (allgemeiner: auf menschenwürdige Existenz), wie man ihn, um dem einzelnen die zur Realisierung seiner Freiheitsnatur unerlässlichen materiellen Voraussetzungen zu sichern, in Subjektivierung des Sozialstaatsprinzips aus der Menschenwürde hat ableiten wollen. Heute wird man sagen können, daß, solange nur der Ausstrahlung der Menschenwürde auf die Grundrechte ein Sinn zukommt, diese subjektiv-rechtliche Konkretisierung des Sozialstaatsgrundsatzes auf Verfassungsebene – zumindest in der Sache – durch die unter der Menschenwürde stehenden Grundrechte erfolgt [Hervorh. d. Verf.].⁴⁶⁶

Also wird die Menschenwürde, die den Ausgangspunkt der Grundrechte bildet, überwiegend als absoluter, keiner Einschränkung zugänglicher Begriff interpretiert. Das Ziel der Menschenwürdegarantie ist demnach der Schutz des Eigenwerts des Menschen und die Entfaltung der Persönlichkeit. „Zur Erreichung des Zieles wurde Art. 1 GG als subjektiver Anspruch mit Grundrechtsgehalt konzipiert. Zudem findet sich dieses Grundrecht durch die ihm nachfolgenden Grundrechte konkretisiert und spezialisiert.“⁴⁶⁷

Dem entspricht es, dass die juristische Interpretation versucht, den Gewährleistungsgehalt des Art. 1 I GG seit langem *ex negativo*, mithin aus der Perspektive möglicher Verletzungen, zu deuten⁴⁶⁸, denn man kann durch diese Konkretisierung und Spezialisierung der Kant'schen Objekt-Formel⁴⁶⁹ leicht finden, dass die Technik der Negativdefinition der Menschenwürde über den Vorteil verfügt, „von schwierigen, stets in der Gefahr der Versteinerung befindlichen definitorischen Festlegungen zu entlasten, dadurch auch neue Bedrohungen erfassen zu können und ein hohes Maß an Flexibilität bei der Verfassungsinterpretation zu erhalten.“⁴⁷⁰ „Doch erfährt schon dieser methodische Zugang und mehr noch der vor allem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beherrschende Konkre-

464 Vgl. BVerfGE 6, 36; 61, 137; 72, 115; 109, 149.

465 Vgl. BVerfGE 35, 235.

466 *Enders*, Menschenwürde, S. 89 f.

467 *Rauh*, Menschenwürde, S. 18.

468 Vgl. BVerfGE 1, 97 (104).

469 Vgl. *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 105 f.

470 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 103 f.

tisierungsversuch, das sog. ‚Instrumentalisierungsverbot‘, wachsende Kritik, [...], dass die sog. Objektformel doch allein die reine Ver zweckung [...] untersage.“⁴⁷¹ Anders gesagt: Wenn sich die Menschenwürde nur auf ein subjektives Werturteil ohne positive begriffliche Bestimmungsversuche bezieht, liegt in dieser Nichtdefinition ein Nachteil: „Für neuere und subtilere Fragestellungen geben jene Strategien indes wenig her, so daß sie nur für einen begrenzten Bereich Erfolg versprechen.“⁴⁷² Hierfür zeigt *Wodarg* die substanzielle Basis des Werturteils bezüglich der Menschenwürde:

Ebenso wenig ist ein transzendentes Prinzip in der Moralbegründung bzw. Rechtswissenschaft eine Leerformel, die man mit beliebigen Inhalten je nach politischer Sachlage auffüllen könnte. [...] Das Prinzip der Menschenwürde richtet sich als Basisnorm unmittelbar auf die Voraussetzungen, auf die Ermöglichungsbedingungen autonomer Entscheidung [Hervorh. d. Verf.]. Deren Wahrung muss noch vor bzw. im Zusammenhang mit einer Auslegung konkreter Grundrechte gewährleistet sein. [...]: damit die Würde und nicht lediglich ein Grundrecht betroffen ist, muss die Subjektqualität eines Menschen prinzipiell in Frage gestellt sein. Konkretisierung ist daher nötig, aber beileibe nicht beliebig [Hervorh. d. Verf.].⁴⁷³

Anders ausgedrückt deutet Art.1 GG ausdrücklich an, dass alle Rechtsgewährleistungen mit nachfolgenden Grundrechten davon ausgehen sollen, dass der Mensch bei allem und immer Mensch bleibt und darum als solcher auch rechtlich zu achten ist, wie *Enders* aufzeigt:

Der normative Gehalt des Art.1 Abs.1 Satz1 GG erschöpft sich danach auf den ersten Blick zwar in einem absoluten (inneren wie äußeren) Differenzierungsverbot. Soweit jedoch das Menschsein notwendig mit der menschlichen Vernunftnatur, der Fähigkeit des Einzelnen zur (Selbst-)Zwecksetzung, kurz: mit der Subjektqualität verbunden ist, hat die allgemeingehaltene Aussage des Art.1 Abs.1 Satz1 GG noch einen weiteren Sinn: Art.1 GG formuliert in ihr ein Bekenntnis gerade zur Normativität der Freiheitsfähigkeit des Subjekts, als zu einem geistigen Sachverhalt, dem normative Bedeutung beigemessen wird [Hervorh. d. Verf.]. [...] Damit ist ein aus der Subjektqualität sich herleitender An-

471 *Duttge*, Menschen, S. 146.

472 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 104.

473 *Wodarg*, Menschenwürde, S. 25 f.

spruch des einzelnen auf menschengerechte Behandlung allererst rechtlich anerkannt und als allgemeiner Anspruch gerade auf rechtliche Achtung gesetzt.⁴⁷⁴

In diesem Sinn stellt der Schutz der Menschenwürde zunächst die Verhinderung der Verletzung der individuellen Selbstentscheidungen⁴⁷⁵ und zugleich die Gewährleistung der Verwirklichung der basalen Selbstentscheidungsfähigkeit⁴⁷⁶ dar, was die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt bedeutet:

Wenn darum heute auch unser Verfassungsgeber die Menschenwürde als das höchste Gut des Menschen erkennt und auch von Rechts wegen als das oberste Rechtsgut anerkennt, dann steht es nicht mehr in seinem freien Belieben, daraus bestimmte Folgerungen für das Verhalten der Einzelnen, der Gesellschaft oder des Staates zu ziehen oder nicht zu ziehen. Auch der Staat ist damit ein für allemal gebunden, der Unantastbarkeit der Menschenwürde als fundamentaler Norm in allen Verhältnissen und jedem Verhalten zwischen Menschen Geltung und Wirkung zu verschaffen.⁴⁷⁷

474 Enders, Menschenwürde, S. 391 f.

475 Siehe dazu Heil, Menschenrechte bei Rousseau, S. 5: „Menschen hatten schon immer von Natur aus unterschiedliche Anlagen, Stärken und Schwächen. Der Mensch machte jedoch den Fehler, die Ungleichbehandlung von Menschen und damit Ungerechtigkeiten zuzulassen. Diese gesellschaftliche Ungleichheit ist es, welche nach Rousseau durch einen Gesellschaftsvertrag verhindert werden soll [Hervorh. d. Verf.]. Mit folgender Bemerkung schließt er das erste Buch des Gesellschaftsvertrages ab und macht die Herstellung von Gleichheit unter den Menschen zur zentralen Aufgabe einer Gesellschaft. (...) nämlich, dass der Grundvertrag, anstatt die natürliche Gleichheit zu zerstören, im Gegenteil eine sittliche und rechtliche Gleichheit an die Stelle setzt, was die Natur an physischer Ungleichheit unter den Menschen hervorbringen kann, und dass die Menschen, die möglicherweise nach Stärke und Begabung ungleich sind, durch Vertrag und Recht alle gleich werden [Hervorh. d. Verf.].“

476 Vgl. BVerfGE 39, 1 (41). Siehe dazu auch Hilgendorf, Die mißbrauchte Menschenwürde, S. 153: „In diesem Sinn hat das BVerfG formuliert: ‚Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist oder sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.‘“

477 Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 31.

Der Schutz der Menschenwürde bzw. der menschlichen Subjektqualität wird zur zwingenden Aufgabe staatlicher Gewalt⁴⁷⁸, insbesondere zum zugrundeliegenden Ausgangspunkt der rechtspaternalistischen Eingriffe. Deswegen stellt sich durch diese staatliche Verpflichtung die liberale Beziehung zwischen dem Staat und dem Einzelnen dar, in der sich nicht mehr der Einzelne um den Staat, sondern der Staat um den Einzelnen dreht, was wesentlich dazu führt, dass die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins in den Mittelpunkt aller Staatstätigkeit rückt⁴⁷⁹.

Zur Verwirklichung dieses Schutzes sollte sich der Staat selbst verpflichten. In diesem Sinn lassen sich die staatlichen Schutzpflichten aus der Menschenwürde ableiten. Da der Inhalt der Rechtspflichten durch den staatlichen Gesetzgeber festgelegt wird, zeigt Tiedemann weiter:

Der Gesetzgeber kann nicht den Geltungsgrund dieser Rechtspflichten begründen. Seinen Gesetzen kommt nur Geltung zu, wenn ihm die Autorität oder Kompetenz zur Gesetzgebung verliehen worden ist. Diese Autorität oder Kompetenz kann er nicht selbst schaffen. In einem ausdifferenzierten Rechtssystem können sich Gesetzgeber insoweit auf Befugnisnormen berufen, in denen festgelegt ist, dass der betroffene Gesetzgeber G₁ die Kompetenz hat, Gesetze (bestimmter Art oder bestimmten Inhalts) zu erlassen. Diese Befugnisnormen müssen selbst von einem Gesetzgeber G₂ stammen, der dem Gesetzgeber G₁, dessen Befugnisse geregelt werden, übergeordnet ist. Die Befugnisnorm verpflichtet die Adressaten, die Gesetze des Gesetzgebers G₁ als Rechtspflichten anzuerkennen. Der Gesetzgeber G₂ muss selbst wieder durch eine Befugnisnorm höherer Ordnung legitimiert sein. Eine solche Normenhierarchie müsste in einem infiniten Regress enden, wenn alle Befugnisnormen stets selbst fremd auferlegt wären [Hervorh. d. Verf.].⁴⁸⁰

478 Siehe dazu Podlech, in: Denninger, AK-GG, S. 206: „Als Aufgabe staatlicher Gewalt kann Würde aber nur gedacht werden, wenn sie verlierbar ist, da andernfalls die Aufgabe ins Leere fiel. Als Aufgabe staatlicher Gewalt ist Würde etwas, dessen Menschen ermangeln können, das sie verlieren können.“

479 Siehe dazu Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 21: „Mit der ‚Selbstverpflichtung‘ der Gesellschaft durch Art. 1 Abs. 1 GG steht Podlech in der gesellschaftstheoretisch gewendeten, in ihrer Herkunft aber philosophischen Tradition der Vertragstheorien [...]. Deshalb betont Podlech mit einer zunächst unmittelbar einleuchtenden Formulierung, daß staatliche Machtausübung und die sie regelnde staatliche Ordnung nur dann legitim sind, wenn sie die Menschenwürde achten und schützen [Hervorh. d. Verf.]“

480 Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 530 f.

Demnach wird die höchste Befugnisnorm durch die letzte Autorität, nämlich den Grundgesetzgeber, festgestellt. In diesem Sinne hat diese Autorität selbst den letzten Geltungsgrund aller Pflichten geschaffen. Für die staatlichen Verpflichtungen bzw. Eingriffe ist dieser Geltungsgrund auf der grundgesetzlichen Ebene: Die Würde des Menschen ist unantastbar.

Auch nach *Tiedemann* ist die Menschenwürde ein eigener subjektiver Wert der Person und die Menschenpflichten sind nicht nur Pflichten, die die Person sich selbst auferlegt, sondern auch solche, die sie sich nur wegen ihrer eigenen Werte auferlegt⁴⁸¹. In diesem Sinne ergeben sich auch die staatlichen Pflichten, die alle gemeinschaftsbezogenen Personen, also die Allgemeinheit, sich selbst mindestens wegen des Sicherheitszwecks bezüglich der menschlichen Subjektqualität auferlegen⁴⁸². Hieraus zeigt sich weiter, dass die Staatszielbestimmung dieses Schutzes der Menschenwürde dazu verpflichtet, sich aktiv schützend vor die möglichen Opfer einer faktischen Menschenwürdeverletzung zu stellen, aber auch dazu, gegen menschenwürdewidrige Zustände vorzugehen, die nicht von Menschen herbeigeführt worden sind⁴⁸³.

b) *Positive Inhalte mit Tendenzen der Sakralität aus der Perspektive der Abwehrfunktion*

aa) Der positive begriffliche Bestimmungsversuch der Menschenwürde

Dem Staat ist nicht nur der Schutz der Menschenwürde gegenüber allen ihren möglichen Beeinträchtigungen anvertraut, sondern auch ihm selbst ist die Verpflichtung zur Achtung der Menschenwürde auferlegt⁴⁸⁴, wie *Dreier* betont:

Unbestritten wie der in jenen Formulierungen greifbar werdende Fundierungscharakter ist der Rechtsnormcharakter der Menschenwürdega-

481 Vgl. ebenda, S. 533.

482 Siehe dazu *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 42: „Lebensformen werden also zwar individuell und in Eigenverantwortung gewählt, entstehen aber im Dialog und müssen sich in der Praxis des Zusammenlebens bewähren [Hervorh. d. Verf.]: ‚Wer aber nicht in Gemeinschaft leben kann oder in seiner Autarkie ihrer nicht bedarf, der ist [...] ein wildes Tier oder Gott‘ – aber eben kein Mensch.“

483 Vgl. *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 551.

484 Vgl. *Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 32 ff.

rantie. Wir haben es bei dem eindrucksvollen ersten Satz der bundesdeutschen Verfassung nicht lediglich mit einem unverbindlichen Programmsatz, einer feierlichen Bekundung ohne normativen Gehalt oder einer präambelartigen Motivationserklärung zu tun. Vielmehr handelt es sich um eine Norm des objektiven Verfassungsrechts mit Bindungswirkung für alle Träger staatlicher Gewalt [Hervorh. d. Verf.].⁴⁸⁵

Die staatliche Achtungspflicht der Menschenwürde bedeutet ein notwendiges Element der Rechtsordnung in dem Sinne, dass ihr Mangel zu einem Legitimitätsverlust führt⁴⁸⁶, weil diese Achtung die basale Grenze der staatlichen Schutzverpflichtungen gegenüber den Bürgern, vornehmlich der rechtspaternalistischen Einmischungen, darstellt. Deshalb stellt sich die Frage, wo sich diese Grenze befindet, wenn man den Begriff der Menschenwürde positiv bestimmen kann⁴⁸⁷.

Wie oben dargestellt, lässt sich die Negativdefinition durch die praktizierte Konkretisierung im Einzelfall mit dem breiten Konsens und dem hohen Maß an Evidenz gesicherter, erdrückender Plausibilität einer Menschenwürdeverletzung, d. h. des Verlustes der menschlichen Subjektqualität, festsetzen. Im Vergleich dazu ist es jedoch immer eine schwierige Aufgabe, die deskriptive Formulierung mit positiven Inhalten über die Menschenwürde zu gestalten, vornehmlich in der heutigen pluralistischen Gesellschaft.

Nach *Kant* bedeutet die Menschenwürde nur den inneren Wert der Nicht-Vertretbarkeit oder Einzigartigkeit: Der Mensch existiert als Zweck an sich selbst⁴⁸⁸, deshalb kann man dementsprechend auch lediglich durch eine objektive Maxime bzw. das allgemeine praktische Gesetz beurteilen, ob eine individuelle Handlung vernünftig, nicht gegen die Menschenwürde, ist oder ob diese Handlung zum Mittel zum beliebigen Gebrauch für

485 Dreier, Menschenwürde, S. 33.

486 Vgl. Brugger, Begründung von Menschenrechten, S. 33 f. Siehe dazu auch Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 550: „Im Unterschied zur Achtungspflicht ist die Schutzpflicht kein notwendiges Element der Rechtsordnung [...]. Eine Rechtsordnung, die keinen Schutz gegen Menschenwürdeverletzungen gewährt, verleiht doch deshalb noch keine Rechtsmacht zur Verletzung von Menschenwürde. Sie unternimmt nur nichts gegen das gewöhnliche Verbrechen. Diese Verbrechen kommen nicht durch den Missbrauch einer Macht zustande, die die Rechtsordnung verliehen hat. Die Schutzpflicht ist deshalb also nicht Teil dessen, was oben als Konstitutionsprinzip der Rechtsordnung bezeichnet wurde.“

487 Vgl. Dreier/Huber, Menschenwürde, S. 43 ff.

488 Vgl. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 66 f.

den Handelnden selbst oder die anderen wird⁴⁸⁹. Deswegen sollte man logischerweise auch weiterhin versuchen, herauszufinden, wo sich diese Maxime befindet, um die Menschenwürde positiv zu definieren⁴⁹⁰.

bb) Die Sakralität des Menschen

Obwohl es bei der positiven Definierung der Menschenwürde an objektiven praktikablen Konkretisierungskriterien mangelt⁴⁹¹, ist anzuerkennen, dass die anfängliche Wertbeurteilung der Menschenwürde auf dem Christentum beruht, wie *Dreier* zeigt:

In der heutigen juristischen Literatur [ist] die sehr weitgehende Annahme verbreitet, die Menschenwürdegarantie finde im Christentum ihre Grundlage; die von Humanismus und Aufklärung getragenen Bekenntnisse zur Menschenwürde stellen letztlich nichts anderes als säkularisierte Formen der christlichen Personalitätsidee [Hervorh. d. Verf.] dar.⁴⁹²

Die Auswirkung dieser Säkularisierung zeigt besonders seit dem 15. Jahrhundert ihre wesentliche Bedeutung für das moderne Menschenwürdeverständnis⁴⁹³: Die Möglichkeit freier Selbstbestimmung und die Fähigkeit vernunftgemäßen Handelns bilden die maßgeblichen Pfeiler des Menschenwürdesatzes in der Sozialphilosophie der Neuzeit, vornehmlich bei

489 Vgl. ebenda, S. 55–60.

490 Siehe dazu *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 433: „Für das Menschenbild der Verfassung lässt sich der Rechtswert der Selbstbestimmung mit weitaus größerer Plausibilität ins Feld führen [...]. Bei ihr ist die Rede vom ‚Bild des Grundgesetzes von der Würde und Selbstbestimmtheit des Menschen. [...] Das alles muss uns erkennen lassen, dass ein Gegeneinandersetzen von Menschenbildern nicht weiterführt. Weil beide Seiten ihr Menschenbild haben, hängt die Überzeugungskraft des Vortrags allein davon ab, welches Menschenbild man selber hat oder selber der Verfassung unterlegt. Das kann aber keine Maxime für die Interpretation der Verfassung sein [Hervorh. d. Verf.]“

491 Siehe dazu *Rohrer*, Menschenwürde, S. 46 f.: „Solch überschießende, objektive Gehalte entbehren praktikabler Konkretisierungskriterien. Gerade in der aktuellen bioethischen Kontroverse wird der Charakter als Hilfskonstruktion deutlich. Die Anerkennung menschlicher Gattungswürde könnte zum universellen Totschlagsargument verkommen, das jedwede rationale Befassung im Keim erstickt und subjektiven Wertungen anheim stellt. Eine Entkoppelung des objektiven Gehalts von der subjektiven Trägerschaft ist nicht möglich [Hervorh. d. Verf.]“

492 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 93.

493 Vgl. *Schröder*, Säkularisierung, S. 61 ff.

den Vertretern des Vernunftnaturrechts⁴⁹⁴. Nach *Thomas von Aquin* stützt sich das Naturrecht auf menschliche Autorität⁴⁹⁵. „Wenn Thomas anschließend vom ‚Naturgesetz‘ handelt, dann geht er demselben Gedanken nach, nun allerdings beschränkt auf das vernunftbegabte Geschaffene. Das Naturgesetz ist für ihn nichts anderes als eine ‚participatio legis aeternae in rationali creatura.“⁴⁹⁶ Deswegen könnte man auf dem Wege einer Entideologisierung und Versachlichung⁴⁹⁷ die objektive Darstellung der Menschenwürde im Sinne des Naturrechts verwirklichen⁴⁹⁸, um eine sichere Prognose nach der unveränderlichen naturrechtlichen Wertungsordnung zu treffen⁴⁹⁹, wie *Duttge* betont:

Die Analyse wird zeigen, dass die Anerkennung einer metaphysischen Verankerung ungeachtet aller damit verbundenen Folgefragen und fern einer inhaltlich schon vorgegebenen materiellen Substanz schlechthin unvermeidlich ist, soll der genuine Charakter der Menschenwürdeidee nicht verloren gehen.⁵⁰⁰

494 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 94 f.

495 Vgl. *Thomas*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 5 f.

496 *Kühn*, *Der Gesetzesbegriff des Thomas von Aquin*, S. 93.

497 Siehe dazu *Quante*, *Menschenwürde und personale Autonomie*, S. 207: „Dies gilt zumindest unter der Voraussetzung, daß man auch von der Menschenwürde eine angemessene Vorstellung hat, d. h. ihr eine Deutung gibt, die in einer säkularen und pluralistischen Gesellschaft allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann [Hervorh. d. Verf.]. Meine dritte These besagt, daß ein angemessenes Konzept von Lebensqualitätsbewertung im Zusammenspiel mit einem für säkulare Gesellschaften geeigneten Prinzip der Menschenwürde nicht nur dem Faktum der Pluralität ethischer Vorstellungen angemessen Rechnung trägt, sondern selbst eine Grundlage liefert für einen akzeptablen ethischen Pluralismus [Hervorh. d. Verf.].“

498 Siehe dazu *Utz*, *Naturrecht*, S. 235: „Der einzelne Mensch hat seinen eigenen Gewissensspruch, den er niemals der Gemeinschaft aufzwingen kann. Es gibt aber für THOMAS ethische Werte, die wesentlich Gemeinschaftswerte sind, nämlich alle jene, welche aus der menschlichen Wesenheit als solcher folgen, eben jener Wesenheit, in welcher alle Menschen zur menschlichen Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossen sind [Hervorh. d. Verf.]. Das Recht, welches wesentlich Gleichheit in dem bereits besagten Sinne, also eine Friedensordnung erzielen soll, hat diese zu verwirklichen im Sinne der ethischen Normen der *natura humana*.“

499 Siehe dazu *Thomas*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 6: „Das Naturhafte, das einem Wesen mit unveränderlicher Natur eigen ist, muß sich immer und überall gleichbleiben [Hervorh. d. Verf.]. Die Natur des Menschen aber ist veränderlich. Darum kann das Natürliche des Menschen bisweilen versagen.“

500 *Duttge*, *Menschen*, S. 147 f.

Um die Frage präzise zu beantworten, was das Menschenbild in dieser Verfassung bedeutet, versucht man seit der Aufklärung bei der Sakralisierung der Menschenwürde, zu einer allgemeinen Definition zu gelangen:

In dieser Perspektive [der Sakralisierung der Person] sind die Reformen des Strafrechts und der Strafpraxis ebenso wie etwa die Entstehung der Menschenrechte im späten achtzehnten Jahrhundert Ausdruck einer tiefreichenden kulturellen Verschiebung, durch die die menschliche Person selbst zum heiligen Objekt wird. [...] Diese menschliche Person, deren Definition gleichsam der Prüfstein ist, an dem sich das Gute vom Schlechten unterscheiden muß, wird als heilig betrachtet, sozusagen in der rituellen Bedeutung des Wortes. [...] Und genau daher kommt der Respekt, der der menschlichen Person entgegengebracht wird. Wer auch immer einen Menschen oder seine Ehre angreift, erfüllt uns mit einem Gefühl der Abscheu [Hervorh. d. Verf.].⁵⁰¹

Also betont diese Sakralisierung wesentlich den Individualismus, weil man den Glauben an die Menschenrechte und an die universale Menschenwürde als das Ergebnis eines spezifischen Sakralisierungsprozesses auffasst⁵⁰². Anders ausgedrückt: Die Sakralität bzw. Heiligkeit darf hier nicht in einem religiösen Sinne missverstanden werden, denn nicht nur religiös Gläubige haben etwas, das ihnen heilig ist, sondern es gibt eine Sakralitätsaufladung von Gegenständen und Gehalten auch in Weltbildern, die sich selbst als säkular verstehen, z. B. in einem säkularen Liberalismus⁵⁰³, wie Dreier darlegt:

Die in den letzten Jahren und Jahrzehnten deutlich gestiegene Sensibilität für Antastungen der leiblichen Integrität und das entsprechend deutlich angehobene effektive Schutzniveau körperlicher Unversehrtheit [...] kann als Stütze für die Sakralitätsthese im Sinne einer Unantastbarkeit der Person herangezogen werden [Hervorh. d. Verf.] [...]. Denn Sakralität kommt von sacer, nicht von sanctus. Sanctus meint die fromme Heiligkeit im Sinne eines vorbildlichen Lebenswandels, sacer hingegen die Heiligkeit der Unberührbarkeit, der Absonderung vom Profanen.⁵⁰⁴

501 Joas, Die Sakralität der Person, S. 81 ff.

502 Vgl. Duttge, Menschen, S. 148.

503 Vgl. ebenda, S. 148.

504 Dreier, Säkularisierung und Sakralität, S. 105 f.

Um die Möglichkeiten der interpersonalen Kommunikation in der heutigen pluralistischen Gesellschaft zu steigern, braucht man zugleich insbesondere unter diesen Umständen der Sakralisierung der Menschenwürde ein Verständnis darüber⁵⁰⁵, wie durch Kommunikationsprozesse⁵⁰⁶ Werte in universalistischer Richtung transformiert werden können, wie *Joas* erklärt:

Zu Beginn wurde der Begriff der Wertegeneralisierung als dafür geeignetes Konzept schon benannt. [...] Je differenzierter ein System ist, desto höher ist das Niveau der Generalisierung, auf dem das Wertmuster formuliert werden muß, wenn es die spezifischeren Werte aller differenzierten Teile des sozialen Systems legitimieren soll. An anderer Stelle schreibt er, daß, wenn nämlich das Netz der sozial strukturierten Situationen komplexer wird, (...) das Wertmuster selbst auf einer höheren Allgemeinheitsstufe fixiert werden (muß), um die soziale Stabilität zu sichern [Hervorh. d. Verf.].⁵⁰⁷

Folglich bedarf eine pluralistische Gesellschaft unbedingt der Wertegeneralisierung, vornehmlich vergleichbarer Konkretisierungskriterien der sakralisierten Menschenwürde. Aber hinter der Sakralisierung steckt nach *Joas* auch eine Gefahr:

Die Sakralisierung der Person konkurriert ständig mit anderen Sakralisierungen wie etwa der der Nation oder der klassenlosen Gesellschaft. Die deutlichste Gegenkraft im zwanzigsten Jahrhundert stellen natürlich Faschismus und Nationalsozialismus dar [Hervorh. d. Verf.]. Zeitgleich mit Emile Durkheims Thesen zu den Menschenrechten als einer Sakralisierung der Person und im selben, Frankreich zerreißen den Konflikt

505 Siehe dazu *Rohrer*, Menschenwürde, S. 41: „Einen noch relativ jungen Ansatz bildet die sog. Kommunikationstheorie. [...] Ein menschenwürdiges Dasein zeichnet sich demnach durch soziale Anerkennung mittels positiver Bewertung sozialer Achtungsansprüche aus [Hervorh. d. Verf.]. [...] Konstituierendes Element ist dabei das soziale Versprechen, sich wechselseitig anzuerkennen und würdig miteinander umzugehen. Dieses Versprechen gegenseitiger Anerkennung hat eine Gemeinschafts- bzw. Staatsgründungsfunktion.“

506 Siehe dazu *Luther*, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. 116: „Schließlich wird die menschliche Würde auch unter dem Aspekt der Kommunikation definiert; danach soll sich die Würde des Menschen aus ‚sozialer Anerkennung durch positive Bewertung von sozialen Achtungsansprüchen‘ ergeben. Die Würde müsse daher als Kategorie der Mitmenschlichkeit des Individuums betrachtet werden [Hervorh. d. Verf.].“

507 *Joas*, Die Sakralität der Person, S. 260 f.

– der Affäre Dreyfus – erklärte der französische Protofaschist Charles Maurras die Sache der Nation für so heilig, daß ihr Individuen und ihre Rechte schlicht geopfert werden mußten. Der italienische Faschismus und der deutsche Nationalsozialismus spitzten dies weiter zu: „Du bist nichts, dein Volk ist alles“ konnte so zur Parole werden. [...] Nicht nur der Widerstand gegen die fortschreitende Sakralisierung der Person verhindert aber diesen Fortschritt, sondern auch interne Schwierigkeiten des Strafens selbst geben Anlaß zum Mißbrauch [Hervorh. d. Verf.].⁵⁰⁸

Anders gesagt: Die Sakralisierung der Person kann logischerweise eine dramatische Zuspitzung der Wertegeneralisierung bzw. Anti-Individualismus⁵⁰⁹ auslösen, was dementsprechend bei der Definition der Menschenwürde dazu führt, dass der Begriff der Gattungswürde oder sinngleich der Würde des Menschen als Gattungswesen schließlich abzulehnen ist, weil der Menschenwürdeschutz unter diesen Umständen nicht von einer Übereinstimmung der individuellen Interessen mit den Interessen der Mehrheit abhängig gemacht werden darf. D. h., es kann mit der Objekt-Formel und ihrer Kant'schen Grundlegung nicht in Einklang gebracht werden, den Einzelnen gerade im Rahmen der Menschenwürde zu einem Mittel zur Bewahrung der Gattungswürde zu machen⁵¹⁰, wie Dreier betont:

Als Gattungswürde kommt die Menschenwürde nicht als Norm gegen die Verletzung einzelner Subjekte ins Spiel, sondern wird gleichsam ins Kollektive, ins Gesamtgesellschaftliche gewendet [Hervorh. d. Verf.]. [...] Doch das führt in aller Regel in die Irre. Ähnlich wie beim Menschenbild oder dem Rekurs auf die Wesenhaftigkeit des Menschen sind hier normative Weichbilder gezeichnet, die zur beliebigen Begründung bestimmter Positionen herangezogen werden können. [...] Die Gattungswürde steht unvermeidlich in der Gefahr, zu einer ähnlich rhetorischen Allzweckwaffe zu werden wie das Menschenbild [Hervorh. d. Verf.]. Hier wie dort bedient man sich augenscheinlich eines Konstruktes, das die jeweiligen eigenen Wertungen und Überzeugungen unmittelbar auf die höchste verfassungsrechtliche Ebene transportiert und gegen alle Einwände immunisiert. Rationalität und Nachvollziehbarkeit der juristischen Argumentation bleiben auf der Strecke. So fehlt es insgesamt an

508 Ebenda, S. 101 f.

509 Vgl. Kemmerling, Zu einer anti-individualistischen Argumentationsfigur, S. 401 f.

510 Vgl. Reitter, Rechtspaternalismus, S. 173.

einer tragfähigen und plausiblen Begründung für eine aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Gattungs- oder Menschheitswürde [Hervorh. d. Verf.].⁵¹¹

Demzufolge lässt die Gattungswürde wegen ihres hohen Grades an Vagheit das Verhältnismäßigkeitsprinzip oder das systemkritische Rechtsgutsprinzip ins Leere laufen, was schließlich dazu führt, dass man die staatlichen Gewalten oder die strafrechtlichen Eingriffe nicht radikal entemotionalisieren kann. Deshalb betont *Podlech* weiter, dass sich jede Ausübung staatlicher Gewalt hinsichtlich ihres Zieles, ihrer Mittel und ihrer Intensität in einem Rahmen halten muss, der eine Verletzung der individuellen Würde des Menschen ausschließt; wenn Menschen keine Würde mehr hätten, dann dürfte staatliche Gewaltausübung grenzenlos werden, weil die Würde als Begrenzung staatlicher Gewalt etwas ist, was jedem Menschen jederzeit konkret zukommt⁵¹². Nach *Duttge* haben wir somit die Sorge, die sich hinter der vielzitierten „Tyrannei der Würde“⁵¹³ verbirgt, durchaus ernst zu nehmen, „dass nämlich der Menschenwürde ein perfektionistisches Konzept des (objektiv) ‚idealen/guten Lebens‘ implementiert werden könnte, aus dem dann nahtlos normativ-zwingende Vorgaben für individuelle Lebensentwürfe wie für das politische Gemeinwesen insgesamt hervorgehen.“⁵¹⁴ Im Modell des Gesellschaftsvertrags⁵¹⁵ ist also die Würde eines jeden Menschen im Wesentlichen dasjenige, auf das zu verzichten niemandem zugemutet werden darf; dasjenige, das nicht als möglicher Gegenstand einer im Rechtsbereich wirksamen Verfügung gedacht werden kann, weil es dasjenige ist, was Zustimmung und Einordnung erst ermöglicht, nämlich, dass jeder Mensch Zweck an sich selbst, eine selbstverantwortende Persönlichkeit, ist⁵¹⁶.

511 *Dreier*, Menschenwürde, S. 45 f.

512 Vgl. *Podlech*, in: Denninger, AK-GG, S. 205 f.

513 Vgl. *Neumann*, Die Tyrannei der Würde, S. 153 ff.

514 *Duttge*, Menschen, S. 151.

515 Siehe dazu *Joas*, Die Sakralität der Person, S. 67 f.: „Der Ursprung der Strafen kann dann nur im Bruch des Gesellschaftsvertrags, den die Individuen einst zur Beendigung des ständig kriegerischen Naturzustands geschlossen haben, liegen: Wenn nämlich ein Individuum seine natürliche, vorgesellschaftliche Freiheit wieder in Anspruch nehmen möchte [Hervorh. d. Verf.]. [...] Aus diesem Ursprung der Strafen folgt sofort die Grenze der Legitimität allen staatlichen Strafens: Alle Strafen, welche die Notwendigkeit der Wahrung dieses Bandes (das heißt des Gesellschaftsvertrags, H.J.) überschreiten, sind ihrer Natur nach ungerecht [Hervorh. d. Verf.]“

516 Vgl. BVerfGE 45, 187 (228).

Um die oben genannten Nachteile oder Gefahren der Wertegeneralisierung, nämlich der Gattungswürde mit hohem Abstraktionsgrad, zu vermeiden, muss die Definition der individuellen Würde bei der Sakralisierung des Menschen noch unmittelbar auf die Kant'sche Objekt-Formel abstellen⁵¹⁷, obwohl sie eine ständige schwere Aufgabe ist, denn die Würde kann nichts Faktisches und auch nichts bei jedem Menschen Vorfindliches sein⁵¹⁸. Um die Menschenwürde bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichst genau abzugrenzen, stellt *Tiedemann* ein Bewertungsprinzip dar:

Als Maßstab dieser wertenden Beurteilung dienen dabei gewisse gesellschaftliche Standards [...]. Diese Wertmaßstäbe betreffen jeweils bestimmte Rollenbilder. Wer diese Standards nicht erfüllen kann, dessen Verhalten wird nicht nur von den anderen Mitgliedern der Gesellschaft, in der er lebt, negativ bewertet, sondern er bewertet es auch selbst negativ, da er als Mitglied dieser Gesellschaft deren Maßstäbe teilt.⁵¹⁹

Demnach beruhen die vergleichbaren Konkretisierungskriterien der sakralisierten Menschenwürde direkt auf dem basalen Konsens der entsprechenden gesellschaftlichen Wertbeurteilung. Es handelt sich bei diesem Konsens nicht um eine unmittelbar juristische Nachwirkung des positiven Rechts, sondern um die Übernahme einer nach Meinung der maßgeblichen Richter und Lehrer des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts allgemein akzeptierten, sanktionierten und legitimierten Verhaltensweise des gesellschaftlichen Lebens, d. h. einer sozialen Norm⁵²⁰.

Der basale Konsens bezieht sich jedoch nicht nur auf eine soziale Norm, sondern auch weiter auf einen nicht leicht veränderlichen Anteil dieser Norm: „Würde des Menschen ist vielmehr der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Zustimmung von Menschen zu der ihre Gesellschaft regelnden Ordnung und insbesondere zur Ausübung staatlicher Gewalt allein gedacht werden kann. Sie enthält ein unveränderliches Element, denn unter der Voraussetzung etwa, daß staatliche Gewalt über Leben, körperliche Integrität oder Freiheit sollte willkürlich verfügen können, kann die Zu-

517 Siehe dazu *Joas*, Die Sakralität der Person, S. 84: „Da Kant in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten eben dort, wo er den Begriff der ‚Würde‘ entwickelt, auch von ‚Heiligkeit‘ spricht [Hervorh. d. Verf.]. ‚Würde‘ ist für Kant all das, was keinen Preis hat und haben kann, sondern ‚über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet.“

518 Vgl. *Podlech*, in: Denninger, AK-GG, S. 206 f.

519 *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 384.

520 Vgl. *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 53.

Zusammenfassend verpflichtet das Grundgesetz in Art. 1 I GG ausdrücklich nur die Staatsgewalt zur Achtung der Menschenwürde. Deswegen kann man bestimmen, dass auch nur die Staatsgewalt und nicht etwa jeder Bürger verfassungshalber zur Achtung der Menschenwürde rechtlich verpflichtet ist⁵²². Anders ausgedrückt: Die Achtung der Menschenwürde ist der grundlegende ausschlaggebende Basismaßstab, staatliche Einmischungen, vornehmlich die rechtspaternalistischen Eingriffe, einzuschränken oder zu verneinen⁵²³.

Ein dynamisches, offenes Grundgesetz enthält keine konkreten, statischen Gebote und muss einem Wertewandel sowie grundlegenden gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung tragen⁵²⁴. Daher bleibt die Begrifflichkeit der Menschenwürde nur auf die Objekt-Formel beschränkt⁵²⁵, was sich auch daran orientiert, dass die Menschenwürde bei ihrer Sakralisierung nicht „zum bloßen Durchgangserhitzer für beliebige moralische Wertungen“ als Gattungswürde missbraucht wird⁵²⁶. Deswegen setzt die Definition der Menschenwürde freilich ein Maß an Evidenz und gesellschaftlichem Konsens über die Menschenwürdewidrigkeit des betreffenden Tuns voraus, wenn in fallweiser Konkretisierung unter Verzicht auf einen allgemeingültigen Begriff der Inhalt der Menschenwürde vom Verletzungsvorgang her erschlossen und mit Umschreibungen wie Erniedrigung, Brandmarkung oder

526 Vgl. Duttge, Menschen, S. 151 f.

Verächtlichmachung ansatzweise umschrieben wird⁵²⁷. Unter diesen Umständen bedeutet nach den systemkritischen Rechtsgutslehren der bloße Verstoß gegen die Menschenwürde noch keine Rechtsgutsverletzung; aber wenn hinter der angeblichen Menschenwürde zugleich andere substantielle Interessen existieren, sind die entsprechenden materiellen Rechtsgutsverletzungen nach *Roxin* noch nicht abzusprechen⁵²⁸.

a) Die postmortale Schutzwirkung der Menschenwürdegarantie

Wie bereits dargestellt, bedeutet die grundgesetzliche Menschenwürdegarantie nur ein inhaltloses staatliches Versprechen. Deshalb ist sie zunächst nur eine ausfüllungsbedürftige Hülle. Aber schon diese Hülle als solche hat es gewissermaßen in sich, indem sie bereits den Rahmen für eine künftige Verfassungsrechtsordnung bereitstellt, wie *Joerden* schildert:

Man kann Art.1 des 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes als ein Versprechen des sich formierenden neuen Staates an seine Bürger und zugleich an alle Menschen auf seinem Staatsgebiet interpretieren, den Staat nicht länger als Selbstzweck zu verstehen, sondern vielmehr jeden einzelnen Menschen als Selbstzweck anzusehen [...]. Interpretiert man die ja nicht von ungefähr oftmals als Menschenwürdegarantie bezeichnete Aussage des Art.1 GG als ein Versprechen des Staats an seine Bürger, so begründet das zunächst einmal zugleich die juristische Verbindlichkeit dieser Menschenwürdegarantie.⁵²⁹

Demnach deutet dieses grundgesetzliche Versprechen eine Verpflichtung aller staatlichen Gewalten an, alle Menschen vor Angriffen auf ihre Würde zu schützen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts endet die Menschenwürde nicht mit dem Tod. Die Würde und der allgemeine Achtungsanspruch sind vom Staat unmittelbar aus Art. I GG vielmehr noch über

527 Vgl. *Dreier/Huber*, Menschenwürde, S. 45 f.

528 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 141: „Der deutsche Gesetzgeber beruft sich neuerdings gern auf diesen Pönalisierungsgrund. So ist z.B. jede künstliche Veränderung der Erbinformation einer menschlichen Keimzelle strafbar, weil ein solcher Keimbahneingriff angeblich gegen die Menschenwürde verstößt. Eine Rechtsgutsverletzung liegt darin aber nur, wenn auf diese Weise das Erbgut Neugeborener manipuliert wird; denn dadurch werden seine unplanbaren Entwicklungsmöglichkeiten beeinträchtigt [Hervorh. d. Verf.]“

529 *Joerden*, Menschenwürde als juridischer Begriff, S. 223.

den Tod hinaus zu achten und zu schützen. Dies betrifft den Schutz der Ehre des Verstorbenen und den Schutz seines Leichnams als Hülle der verstorbenen Person, der nicht wie beliebige Materie behandelt werden darf. Im *Mephisto*-Urteil zeigt sich, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz allein auf der Menschenwürde beruht, nicht auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Toten⁵³⁰:

Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.⁵³¹

Anders gesagt: Zwar bezieht sich dieser Würdeschutz nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf das Lebensbild des Verstorbenen in der Wahrnehmung der Nachwelt, das vor Erniedrigung oder diffamierender Darstellung durch Dritte zu schützen ist, aber dies stellt hier nur auf die staatliche Schutzpflicht und nicht auf das möglicherweise korrelierende Grundrecht ab⁵³², weil eine verstorbene Person kein Rechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes mehr ist⁵³³. „Das Verbot für Privatpersonen, die Menschenwürde anzugreifen, ist mit dem Gebot der staatlichen Schutzpflicht, Rechtsgewährleistung zu gewähren, verbunden.“⁵³⁴ Hiermit stellt sich die Frage, warum diese staatliche Schutzverpflichtung gegenüber verstorbenen Personen anerkannt werden muss, wie *Enders* aufzeigt:

530 Vgl. *Luther*, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. 50.

531 BVerfGE 30, 173 (194). Siehe dazu auch *Luther*, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitschutzes, S. 45: „Eine Herleitung des postmortalen Persönlichkeitsrechts durch ein oberstes deutsches Zivilgericht erfolgte erst im Jahr 1968. Im Jahr 1968 hatte der Bundesgerichtshof über die Klage des Adoptivsohns des verstorbenen GUSTAF GRÜNDGENS zu entscheiden, der auf dem Rechtsweg die Verbreitung des Romans ‚Mephisto – Roman einer Karriere‘ von KLAUS MANN verhindern wollte. Das Gericht vertrat die Auffassung, dass die Verbreitung des Romans das Persönlichkeitsrecht GRÜNDGENS’ verletze, weil dessen Lebensleistung negativ verfälscht wiedergegeben werde.“

532 Vgl. Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 17 f.

533 Vgl. *Thier*, Rechtsstatus des Körpers nach deutschem Recht, S. 262 f.

534 *Lehnig*, Schutz der Würde, S. 26.

Bedürfen nicht manche Belange wie etwa der postmortale Persönlichkeitsschutz der rechtsprinzipiellen Fundierung im Achtungsgebot, das Art. 1 GG zugunsten der Menschenwürde formuliert? Gerade der postmortale Persönlichkeitsschutz erweist sich indessen als klassische *falsa demonstratio*: Indem ihm zeitliche Grenzen gezogen werden, die nicht vom Subjekt her, sondern heteronom nach Maßgabe seiner auch postum Wahrnehmung in der Öffentlichkeit bestimmt sind, fällt dieser Persönlichkeitsschutz völlig aus der üblichen und sachgebotenen Struktur der grundrechtsgarantierten Rechtspositionen heraus.⁵³⁵

Wenn es keinen individuellen Träger von Individualrechtsgütern mehr gibt, existiert auch kein individuelles Interesse an deren Schutz. Also gibt es in diesem Fall nach *Hassemer* entweder überhaupt kein Interesse mehr oder es gibt noch ein allgemeines Interesse daran, dass beispielsweise Verunglimpfungshandlungen gegenüber Verstorbenen kriminalisiert werden. Dieses allgemeine Interesse kann wiederum nur das Interesse lebender Menschen bedeuten, denn Tote haben kein oder nur ein auf sie von Lebenden projiziertes Interesse. Für die Vorschriften zum „Schutz der Toten“ bleibt als Schutzgut demnach allein das Interesse der Lebenden⁵³⁶. Dieses Interesse kann kein Individualrechtsgut bezüglich der systemtranszendenten Funktion begründen, denn es handelt sich im Wesentlichen nur um Nachwirkungen oder Ausstrahlungswirkungen des Persönlichkeitsrechts des lebenden Menschen⁵³⁷: Nicht der verstorbene Mensch, sondern der lebende Mensch hat ein schützenswertes Interesse daran, dass sein Persönlichkeitsbild auch nach seinem Tod nicht verfälscht und über seinen Körper nicht beliebig verfügt wird⁵³⁸. Mit anderen Worten setzt die Annahme einer Schutzpflicht des Staates zur Gewährleistung postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht voraus, dass die Toten selbst an der menschlichen Würde teilhaben. Die staatliche Schutzpflicht ergibt sich vielmehr schon daraus, dass der Staat die Menschenwürde der Lebenden schützen muss.

535 *Enders*, Die Menschenwürde als Recht auf Rechte, S. 60 f.

536 Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 184 f.

537 Siehe dazu *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 488: „Im Fall der postmortalen Würde des Leichnams und beim postmortalen Schutz der Persönlichkeit dürfte es sich eher um den Schutz des Willens beim noch Lebenden und um zugunsten anderer erwünschte Folgewirkungen eines einmal vorhanden gewesenen Individualschutzes handeln. Ähnlich wie bei der Menschenwürde geht es dann aber auch bei der Pietät um den Schutz ganz anderer Zusammenhänge und nicht eines bestehenden individuellen Rechts [Hervorh. d. Verf.]“.

538 Vgl. *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 71.

Der Bundesgerichtshof hat diesen Gesichtspunkt auch in der *Mephisto*-Entscheidung wie folgt zum Ausdruck gebracht:

Der Senat ist der Überzeugung, daß Menschenwürde und freie Entfaltung zu Lebzeiten nur dann im Sinne des Grundgesetzes zureichend gewährleistet sind, wenn der Mensch auf einen Schutz seines Lebensbildes wenigstens gegen grobe ehrverletzende Entstellungen nach dem Tode vertrauen und in dieser Erwartung leben kann.⁵³⁹

Aber diese Anknüpfung an die Menschenwürde der Lebenden stellt eigentlich nur die idealisierte Fiktion dar, dass die Würde, die jedem Menschen zu Lebzeiten zukommt, auch nach seinem Tod wirken würde. In der Wirklichkeit verhindert der Gesetzgeber nur durch die Schutzverpflichtung gegenüber verstorbenen Personen ein Unsicherheitsgefühl in der lebenden Bevölkerung⁵⁴⁰ bzw. deren allgemeine Angst vor Störung der Totenruhe, was sich schließlich auf den öffentlichen Frieden bezieht, wie *Beck* betont:

Unter „öffentlichem Frieden“ versteht man nicht nur den durch die Rechtsordnung insgesamt gewährleisteten Zustand des von Furcht freien Zusammenlebens der Bürger, sondern auch das in dem Vertrauen auf die Fortdauer dieses Zustands begründete Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit oder einzelner Bevölkerungsteile.⁵⁴¹

Deshalb kann die postmortale Menschenwürde anders zu verstehen sein als im Sinne des Schutzes eines Individualrechts, wenn sie bei der Organentnahme nach dem wie auch immer definierten Tod als Schutzgut relevant wird, wie *Seelmann* erläutert:

Eine Möglichkeit wäre, dass es sich bei den Begriffen der Menschenwürde oder der Pietät nur um die idealisierte Formulierung für eine Vielzahl individueller Interessen anderer Individuen handelt. Die Begriffe würden dann nur eine Kollektivbezeichnung – ein „vergeistigtes Zwischenrechtsgut“ [Hervorh. d. Verf.] – für in Wahrheit sehr viel konkretere Güter

539 BGHZ 50, 133 (139).

540 Siehe dazu *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 489: „Beim Verbot eines bestimmten Umgangs mit Leichen lassen sich entsprechende auf Sicherheitsgefühle abstellende Argumente finden: wenn gesagt wird, geschützt sei das Vertrauen der Lebenden, auch nach ihrem Tod für die Nachwelt unverletzlich zu sein.“

541 *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. 143.

wie das individuelle Recht auf Leben oder auf soziale Anerkennung bei unbestimmt vielen Einzelmenschen sein.⁵⁴²

Anders ausgedrückt: Die subjektive Sicherheit bzw. das Sicherheitsgefühl stellt nur ein Scheinrechtsgut dar, weil es sich bei dieser Sicherheit nur um die Abwesenheit von abstrakter Gefahr oder ideeller Bedrohung handelt, was in kriminalpolitischen Zusammenhängen das Fehlen von strafbaren konkreten Rechtsgutsgefährdungen und -verletzungen bedeutet, wie *Amelung* hervorhebt:

Beispiele, in denen die Umgangssprache durch das Hinzutreten einer verfremdenden Perspektive die Sachlage verzerrt, bietet die Bezeichnung von „Gefühlen“, „Vertrauen“ und „Sicherheit“ als (angebliche) Rechtsgüter von Verhaltensnormen. Diese Begriffe bezeichnen keine spezifischen Gegenstände „hinter“ den strafbewehrten Verhaltensnormen, sondern verdinglichen Wirkungen, die auf der Rückseite aller faktisch geltenden Normen dieser Art auftreten.⁵⁴³

Die oben dargestellte Kollektivbezeichnung bedeutet also ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das sich auf Gefahren zukünftiger ungewisser Ereignisse richtet⁵⁴⁴. Infolgedessen bezieht sich das Sicherheitsgefühl unmittelbar auf den Erhalt des sozialen öffentlichen Friedens, so dass der Gesetzgeber selbst irrationale Gefühle der Allgemeinheit in sein gesetzgeberisches Kalkül einbeziehen muss, wenn er rational darauf reagieren will.

b) Öffentlicher Frieden bezüglich § 168 StGB und § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG

Wie bereits erklärt, handelt es sich bei den Friedensschutzdelikten um kollektive Rechtsgüter schützende Delikte⁵⁴⁵. Damit wird unter dem öffentlichen Frieden ein Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit sowie des beruhigenden Bewusstseins der Staatsangehörigen verstanden, in ihren durch die Rechtsordnung gewährleisteten berechtigten Interessen geschützt zu sein und zu bleiben⁵⁴⁶. Beispielsweise soll eine Störung des öffentlichen

542 *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 489.

543 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 171.

544 Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 188.

545 Vgl. *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung, S. 104 f.

546 Vgl. *Hefendehl*, Das Rechtsgut, S. 124.

Friedens etwa dann vorliegen, wenn eine postmortale Organtransplantation insbesondere von Ärzten oder nächsten Angehörigen des Toten ohne Einwilligung bzw. Berechtigung des Betroffenen selbst, also eigenmächtig, durchgeführt wird, weil zahlenmäßig unbestimmte, jedenfalls aber größere Bevölkerungskreise dadurch in ihrem Vertrauen auf die Schutzwirkung der Rechtsordnung zumindest vorübergehend beeinträchtigt werden können. Zwar enthält der Wortlaut des § 168 StGB oder § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG gerade keinen Hinweis auf eine abstrakte Gefährdung oder gar Störung des öffentlichen Friedens, aber man hat hier einzuräumen: „Durch die Bestrafung wird dieses vom Täter durch seine Tat in Frage gestellte Rechtsgut wieder in die gebührende Position gerückt: nicht im individuell verstandenen Sinne, sondern als zu bewahrende ‚Idee‘. M.a.W. ist das Rechtsgut einer jeden Strafnorm nicht im individuellen Sinne zu verstehen, sondern stets im ideellen Sinne für das Zusammenleben der Rechtsgemeinschaft.“⁵⁴⁷

Anders gesagt: Obwohl § 168 StGB und § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG als Verhaltensdelikte bezeichnet werden, beruht die entsprechende staatliche Schutzverpflichtung unter dem Namen der Wahrung der Menschenwürde⁵⁴⁸ im Wesentlichen direkt auf dem öffentlichen Frieden bzw. dem furchtlosen Zusammenleben innerhalb der Rechtsgemeinschaft⁵⁴⁹, wie *Steffen* zeigt:

Das Rechtsgut des öffentlichen Friedens könnte durch § 168 StGB geschützt werden, wenn gerade die Wegnahme einer Leiche, von Leichen teilen oder der Asche des Verstorbenen bzw. auf der anderen Seite der beschimpfende Unfug daran oder an einer Beisetzungsstätte in den Zustand allgemeiner Rechtssicherheit eingreifen bzw. das befriedete Zusammenleben der Bevölkerung einer besonderen Gefahr aussetzen würde. [...] Diese Störung erfolgt aber nicht in der Weise, daß eine Gefährdung des Rechtsfriedens der Allgemeinheit einträte [Hervorh. d. Verf.]. Die Wegnahme der Leiche oder von Leichenbestandteilen geschieht nicht in

547 Kretschmer, Leichenfrevel, S. 273.

548 Vgl. Schrag, Gefühlszustände, S. 52. Siehe dazu auch Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 175: „In der Kommentierung zu Art. 1 GG wird zwar darauf verwiesen, dass jeder Tote von Verfassung wegen einen Anspruch auf ein würdiges Begräbnis und auf würdige Totenruhe habe. Die strafrechtlichen Normen in den §§ 167a, 168 werden auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt. Dies beruht jedoch auf einem undifferenzierten Umgang mit dem Wort ‚Würde‘.“

549 Vgl. Hirsch, Harm Principle, S. 24 f.

jedem Fall unter Umständen, die geeignet sind, Reaktionen der Bevölkerung hervorzurufen oder das Sicherheitsgefühl von Bevölkerungsteilen erheblich zu erschüttern.⁵⁵⁰

Bemerkenswerterweise beziehen sich die kollektiven Rechtsgüter im Rahmen des modernen Strafrechts, wie z. B. der öffentliche Frieden, nach der systemimmanenten Rechtsgutstheorie auf die gesetzgeberliche Präsumtion eines zukünftigen potenziellen Schadens, was bedeutet, dass die mit der Verhaltensweise verfolgten Interessen mit den Interessen anderer Gesellschaftsmitglieder abgewogen werden müssen, „um in ihren eigenen (abweichenden) Wertvorstellungen und Überzeugungen bzw. in der Integrität ihres Gefühlszustandes nicht beeinträchtigt zu werden. Basis dieses Abwägungsprozesses sind notwendigerweise Vorabannahmen zum maßgeblichen Grundkonsens der jeweiligen Gesellschaft, insbesondere im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des Bereichs der jeder staatlichen und damit auch strafrechtlichen Einwirkung entzogenen (Privat-)Sphäre des Bürgers.“⁵⁵¹ Nach *Stratenwerth* bedeutet der basale gesellschaftliche Konsens dementsprechend die Anerkennung der Allgemeinheit bzw. die verinnerlichte Überzeugung bezüglich der entsprechenden Norm, die für uns als die Wertegemeinschaft ständig so wichtig ist, dass wir ihre bloße Verletzung als strafwürdig empfinden⁵⁵². So verdeutlicht *Wohlers*, dass der Begriff des öffentlichen Friedens nicht einen Zustand faktischer Ungestörttheit umschreibt, sondern den Zustand des mit Verhaltensnormen konstruierten Rechtsfriedens, d. h., der öffentliche Frieden ist gestört, wenn Rechte bzw. Rechtspositionen nicht mehr gesichert bzw. in Frage gestellt sind⁵⁵³. Der öffentliche Frieden hat damit aber keinen eigenständigen argumentativen Gehalt, sondern stellt nichts anderes dar als eine Leerformel für die Gesamtheit der in einer Gesellschaft normativ anerkannten Rechtspositionen⁵⁵⁴.

Die gesellschaftliche Person bezieht sich begrifflich auf die Lebensform einer vernünftigen Existenz in der kommunikativen Praxis bezüglich des

550 *Steffen*, Strafbarkeit der klinischen Sektion, S. 74. Siehe dazu auch *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 16: „Die Nichtachtung des Totenfriedens eines Individuums verletzt die Gattung in ihren heiligsten Gefühlen, nicht verwandtschaftliche, nicht konfessionelle, sondern allgemein menschliche, moralische Gesichtspunkte sind hier maßgebend.“

551 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 271.

552 Vgl. *Stratenwerth*, Verhaltensdelikten, S. 162.

553 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 270.

554 Vgl. *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 599 f.

Kritisierens und Rechtfertigens eines menschlichen Verhaltens, wie *Günther* erklärt:

Alle Personen sind im Raum rationaler und moralischer Gründe präsent. Der Begriff der Person bezieht sich auf die Lebensform einer vernünftigen Existenz, die für Gründe empfänglich ist und aus Gründen heraus handeln kann. Die Empfänglichkeit für Gründe ist Ausdruck der Grundbefähigung zu einer kulturellen Lebensform, die sich unter den Bedingungen der angeborenen menschlichen Natur entwickeln kann und in aller Regel auch entwickelt.⁵⁵⁵

Demnach entwickelt sich die soziale Person bemerkenswerterweise seit der Aufklärung, insbesondere seit der Entstehung eines kapitalistischen Wirtschaftssystems sowie der Konzeption und der selektiven Durchsetzung von Menschenrechten, allmählich zum Zentrum der säkularen Welt⁵⁵⁶. „Dieser Entwicklungsprozess endet damit, dass die Rechtspersönlichkeit mit der Rechtsfähigkeit gleichgesetzt wird, worunter die Fähigkeit zu verstehen ist, Rechte und Pflichten, genauer: subjektive Rechte und rechtliche Pflichten haben zu können.“⁵⁵⁷ Anders gesagt: Der Begriff der Person beruht normativ nicht nur auf der natürlichen Handlungsfähigkeit und Willensmacht, sondern auch auf den abstrakten sozialen, sittlichen und kulturellen Beziehungen⁵⁵⁸, was aus der Perspektive der Wahrung der Menschenwürde schließlich dazu führt, dass der menschliche Körper selbst eine besondere ethische und rechtliche Bedeutung enthält, so dass auch der Leichnam

555 *Günther*, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, S. 26.

556 Vgl. *Brugger*, AöR 1989, S. 546 ff.

557 *Günther*, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, S. 30.

558 Siehe dazu *Remus*, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 25: „Das Individuum kann innerhalb seiner Person einen eigenen untergeordneten einem eigenen übergeordneten Wert gegenüberstellen, es kann aber auch von aussen [sic] eine neue Größe eingeführt werden, die einem anderen wertenden Individuum angehört. Das Individuum bekommt dann einen gesellschaftlichen Charakter; es ist also ebenfalls sowohl subjektiver wie objektiver Wert [Hervorh. d. Verf.]. Und wenn wir in dem Gesellschaftswillen als dem Produkt aus der Uebereinstimmung [sic] der Einzelbestrebungen den herrschenden und sich durchsetzenden übergeordneten Wert gegenüber den Wertsetzungen der Individuen und in dem Recht, dem Ausdruck dieses Willens [...] als Werturteil der Gesellschaftsbestrebungen über die einzelnen Wertbestrebungen innerhalb dieser Gesellschaft verstehen, dann ist Gegenstand dieser Wertung das Individuum mit seinem doppelten Wert als Individuum und als Gesellschaftsmitglied [Hervorh. d. Verf.].“

nach gewohnheitsrechtlichen Wertungsvorstellungen⁵⁵⁹ oftmals zur eigenständigen Inkarnation der postmortalen Menschenwürde werden kann und dadurch weiter zu respektieren ist, wie Hörnle folgert:

Um schlüssig zu begründen, dass die im irdischen Leben verstorbene Person weiter Grundrechtssubjekt bleibt, müsste man allerdings Verbindungslinien zu ihrem alten Leben ziehen können. Der Verstorbene müsste in der neu erreichten Form seines Seins noch Interessen in Bezug auf seine frühere Existenz haben.⁵⁶⁰

Demnach geht es hier um die Möglichkeit, dass die illegale Zerstörung des menschlichen Leichnams negative Gefühle bei den nächsten Angehörigen der Toten und auch anderer Personen auslöst. Während hier der wesentliche, die Strafbarkeit erklärende Zusammenhang zwischen Moral und Strafverbot bestehen könnte, wären diese negativen Gefühle jedoch nur ein Zwischenstadium, weil der Strafgesetzgeber noch weiter abwägen sollte, ob und inwieweit sich der öffentliche Frieden gefährden lässt, wie Fischer betont:

Der Wortlaut des Gesetzes nennt den Angriff auf die Menschenwürde nur als Mittel zur Störung des öffentlichen Friedens. Daraus folgt, daß jeder Angriff auf die Menschenwürde, der nicht geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, nicht von dieser Strafnorm erfaßt wird [Hervorh. d. Verf.]. Hieraus folgt wiederum, daß der öffentliche Friede das Rechtsgut ist, das allein in den Schutzbereich der Norm fällt, denn wenn schon der Angriff auf die Menschenwürde ohne Eignung zur Friedensstörung nicht tatbestandsmäßig ist, kann somit auch die Menschenwürde nicht Schutzzweck der Norm sein.⁵⁶¹

Wie bereits erklärt, könnte die Verletzung der postmortalen Menschenwürde theoretisch ein öffentliches Unsicherheitsgefühl auslösen, aber es fehlt

559 Siehe dazu ebenda, S. 26 f.: „Diese Annahme ist u. E. deshalb abwegig, da der Staat selber nur ebenso wie das Recht eine Kristallisation des Gemeinwillens, ein Ausdruck des Gemeinwillens bezüglich ganz bestimmter Zwecke und Ziele ist und als solcher auch nicht die sämtlichen Inhalte dieses Gemeinwillens umfassen kann. Das zeigt sich besonders darin, daß nicht allein in [den] vom Staat erlassenen Gesetzen der Wille der Gemeinschaft uns als ‚Recht‘ entgegentritt, sondern daß er auch dort, wo er stillschweigend durch das Rechtsleben selbst geäußert wird, Recht, das sogenannte Gewohnheitsrecht erzeugt [Hervorh. d. Verf.]“

560 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 159.

561 Fischer, Öffentlicher Friede, S. 407. Siehe dazu auch OLG München, JZ 1985, S. 807 f.

an einer Begründung dafür, warum das Gefühl der Sicherheit der Bevölkerung in säkular-pluralistischen Gesellschaften durch das Vertrauen in die allgemeine Rechtssicherheit begründet sein soll oder muss, um dem Begriff des öffentlichen Friedens zu unterfallen⁵⁶². Deshalb hat man hier einzuräumen: „Es sei vielmehr ein komplizierter Abwägungsvorgang erforderlich, bevor zur Strafwürdigkeit Stellung genommen werden könne.“⁵⁶³

Der öffentliche Frieden bedeutet wörtlich ein tolerantes bzw. einträchtiges Zusammenleben, das im Wesentlichen ein kollektiv geteiltes Interesse darstellt. Aber die Vagheit und Ungenauigkeit des Begriffs des öffentlichen Friedens ist stets problematisch⁵⁶⁴.

Im Vergleich zur Abgeschlossenheit der Privatsphäre⁵⁶⁵ umfasst die Öffentlichkeit⁵⁶⁶ als faktischer und normativer Begriff die objektiven Lebensvorgänge und -beziehungen bezüglich der Interessen eines unbestimmten Personenkreises im sozialen Raum, wie *Martens* darlegt:

In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts als Ersatzwort für „Publizität“ aus dem Adjektiv gebildet, bezeichnet auch „Öffentlichkeit“ zunächst einen Zustand der Zugänglichkeit oder Wahrnehmbarkeit, den die Wendungen von der Normativität der „Öffentlichkeit“ meinen, wie der Kontext ergibt [Hervorh. d. Verf.]. Er erweist aber vor allem, daß der mehrdeutige Begriff des normativen Begriffs oder Wertbegriffs dort im Sinne einer „Wertbezogenheit“ verwendet wird. Wenn nämlich „Öffentlichkeit“ als Wertbegriff qualifiziert wird, dann geschieht das nicht mit Rücksicht auf die logische Struktur des Begriffs, sondern in der Erwägung, daß

562 Vgl. *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 477.

563 *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 81.

564 Siehe dazu ebenda, S. 90: „Misstrauen gegenüber Strafnormen, die mit dem Schutz des ‚öffentlichen Friedens‘ begründet werden, wird dadurch geschürt, dass keineswegs geklärt ist, was darunter zu verstehen ist. Offensichtlich ist nur, dass es sich um ein kollektiv zugeordnetes Gut handeln muss, nicht aber, welcher Zustand geschützt werden soll [Hervorh. d. Verf.]“

565 Siehe dazu *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 49: „Die Erscheinungen, die den Bereich der Öffentlichkeit erfüllen, lassen sich nur negativ insofern auf einen gemeinsamen Nenner bringen, als ihnen die für die Privatsphäre charakteristischen Merkmale fehlen.“

566 Siehe dazu ebenda, S. 32: „Erst seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts mehrten sich die Zeugnisse, die es rechtfertigen, eine echte Sprachwandlung anzunehmen. ‚Öffentlich‘ tritt gleichberechtigt neben ‚gemein‘, verdrängt es teilweise sogar allmählich und wird nun auch für sich allein als Übersetzung von ‚publicus‘ verwendet.“

Publizität für bestimmte Sachverhalte bestimmte Werte wie Freiheit, Wahrheit, Gerechtigkeit verbürge [Hervorh. d. Verf.].⁵⁶⁷

Demnach ergibt sich eine besondere moralische und rechtliche Herausforderung für die Interpretation der Öffentlichkeit als Wertbegriff vornehmlich bezüglich der Menschenwürde in der wachsenden Säkularisierung und Pluralisierung des Ethos in modernen Gesellschaften⁵⁶⁸.

Erstens ist der Bereich der Öffentlichkeit bzw. die Gesellschaft eine eigenständige Entität bzw. Einheit des Gesamtinteresses, wie *Remus* zeigt:

Die Gesellschaft als theoretisches Gebilde stellt sich dar als Vereinigung aller Einzelinteressen zu einem einheitlichen Ganzen, zu einem Gesamtinteresse, welches aber nicht als ihre Summierung, sondern als ihr Produkt erscheint. Denn das Gesamtinteresse ist das Ergebnis des Gesamtwillens. [...] Aber seine merkwürdigste Eigenschaft ist, daß er Einheit und Mannigfaltigkeit zugleich ist, also keine Summation, sondern eine Resultante [Hervorh. d. Verf.], die übereinstimmende und divergierende Motive in sich schließt, ebendeshalb aber auch ein neues Erzeugnis seiner Elemente darstellt. Das auf ihn bezogene Gesamtinteresse ist also eine Vereinigung der Einzelinteressen zu einem Ganzen von bestimmter Eigenart. (Man könnte ihn die chemische Verbindung der Individualwillen im Gegensatz zu einer mechanischen Mischung nennen). [...] Als Willensaggregat betrachtet, besteht die Eigenart des Gesamtinteresses darin, daß es als Einheit vor die Individualinteressen in den Vordergrund tritt [Hervorh. d. Verf.].⁵⁶⁹

Deswegen ist das öffentliche Gesamtinteresse im Wesentlichen eine eigenständige Zusammenfassung der sozialen Interessen der Individuen. Dieses Interesse beschränkt sich demnach nicht auf ein bestimmtes Individuum⁵⁷⁰; es darf auch nicht nur auf einen bestimmten Kreis von Individuen oder einen Kreis bestimmter Individuen abstellen. Anders formuliert: Das

567 Ebenda, S. 44.

568 Vgl. *Luf*, Menschenwürde in der Biomedizin, S. 250.

569 *Remus*, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 16.

570 Siehe dazu *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 526: „Werden jedoch die ‚Rechtsgüter‘ nicht als staatliche, sondern als ‚allgemeine‘, ‚öffentliche‘ identifiziert, so ist damit die Ebene des individuellen, subjektiven Rechts nicht verlassen. Der Individualfrieden wird, multipliziert man ihn mit einer beliebigen Vielzahl, zum öffentlichen Individualfrieden, nicht aber zum Frieden der Öffentlichkeit als Subjekt [Hervorh. d. Verf.]“

öffentliche Interesse bedeutet kein Interesse einer Mehrheit einzelner Individuen⁵⁷¹.

Zweitens gehört der öffentliche Frieden nach den klassischen systemkritischen Rechtsgutslehren nicht zum materiellen Individualrechtsgut, sondern bezieht sich auf das abstrakte Gefährdungsdelikt als kollektives Rechtsgut⁵⁷², wie *Fischer* erklärt:

Nach dieser Ansicht, die die hohen Erwartungen, welche an eine materielle Rechtsgutstheorie gestellt werden, wesentlich zurücknimmt, ist somit der öffentliche Friede in einer materiellen Systematik von Rechtsgütern nicht selbst als solches einzuordnen; vielmehr verweisen auch hier Begründung und Konzeption eines am materiellen Unrechtsgehalt ausgerichteten Rechtsgutsbegriffs auf den öffentlichen Frieden gerade zurück: Öffentlicher Friede ist nicht ein Rechtsgut, sondern der Maßstab, an welchem sich die Rechtsgutsqualität von Gegenständen prüfen läßt. [...] Der öffentliche Friede liegt vielmehr als normativer Begriff diesen materiellen Rechtsgutskonzeptionen selbst zugrunde [Hervorh. d. Verf.]. Sein Inhalt ist im Bereich der Begriffe der „Strafwürdigkeit“ und des „Gemeinwohls“, des „öffentlichen Interesses“ angesiedelt.⁵⁷³

Demnach orientiert sich das öffentliche Interesse noch wesentlich am Schutz der Individualinteressen, obwohl es selbst ein eigenständiges Schutzgut darstellt, wie oben erwähnt. Zwar sind die Wertungskriterien für die Verobjektivierung und Konkretisierung des öffentlichen Friedens bzw. des Gesamtinteresses besonders in der heutigen pluralistischen Gesellschaft mit wenigen Erfahrungen der Vermeidung zukunftsbezogener Gefahren zu konstituieren⁵⁷⁴, aber die Allgemeinheit versucht dennoch dauerhaft, einen basalen sozialen Konsens bzw. Handlungsmaßstab zu verwirklichen, wie *Hörnle* betont:

Pluralismus dürfe nicht mit Relativismus gleichgesetzt werden. [...] Ein Sicherheitsinteresse am Bestand einer pluralistischen Gesellschaft ist ohne weiteres zu bejahen [Hervorh. d. Verf.]. Ein solches Gesellschaftssys-

571 Siehe dazu *Remus*, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 29: „Eine Mehrheit von Personen kann nur Träger eines Rechtsinteresses sein, wenn sie Rechtssubjekt ist, d. h., eine tatsächliche Erscheinung des Rechtes und kein theoretisches Gebilde.“

572 Vgl. *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 492.

573 *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 602.

574 Vgl. ebenda, S. 612 ff.

tem ist zur Verwirklichung einer wie auch immer im Einzelnen gearteten autonomen Lebensgestaltung unverzichtbar.⁵⁷⁵

Demnach ist der Endzweck des Strafrechts hier zwar der Schutz der Gesamtheit bzw. des öffentlichen Interesses im allgemeinen Sinne, aber der unmittelbare Zweck ist der Schutz der Existenz des Einzelnen als Mitglied der Gesellschaft⁵⁷⁶, was ein Grundprinzip für die Abwägung der Strafwürdigkeit bezüglich des öffentlichen Friedens darstellt: Die Privatsphäre des Bürgers, vornehmlich das Selbstbestimmungsrecht, darf im Einzelfall nicht übermäßig bzw. nicht unverhältnismäßig durch die strafrechtliche Einwirkung eingeschränkt werden. Hieraus ergibt sich logischerweise aus Sicht der gewohnheitsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Systematik die rechtspaternalistische Frage, wie oben erklärt, ob oder inwieweit sich ein verantwortlicher Arzt oder ein nächster Angehöriger selbst als Berechtigter bzw. Inhaber des Totensorgerechts willkürlich für die Organtransplantation eines Toten entscheiden kann, wenn es an einer zu Lebzeiten des Verstorbenen erklärten Einwilligung in eine postmortale Organspende fehlt.

B. Schutzgrenzen bezüglich des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Außer dem Schutz der Rechtsgüter, sowohl individueller als auch kollektiver, gehören bestimmte Verhaltenserwartungen Dritter, die sich nicht so einfach klar benennbaren Rechten zuordnen lassen, auch schon seit Langem zum Schutzbereich des Strafrechts, z. B. nach § 168 StGB. „Man nennt sie ‚Verhaltensdelikte‘, weil in ihnen einfach sonstiges unerwünschtes Verhalten unter Strafe gestellt ist. Auch damit zusammenhängenden Verhaltenserwartungen gegenüber zeigt das Strafrecht also Verständnis und zu ihrem Schutz stellt es deshalb gleichfalls für jedermann Toleranzzumutungen auf.“⁵⁷⁷ Hier ist zu betonen, dass solche Toleranzzumutungen gegenüber den Erwartungen von Angehörigen, Ärzten oder anderen Berechtigten des Totensorgerechts auch den Umgang mit Verstorbenen betreffen. Umgekehrt stellen diese Toleranzzumutungen ebenfalls dar, ob und inwieweit der Gesetzgeber strafrechtliche Eingriffe in individuelle Autonomie feststellen kann. So geht es hier im Wesentlichen um die Effizienz des staatlichen

575 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 100.

576 Vgl. Remus, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 31 f.

577 Seelmann, Orientierungsgewissheit und Sozialmoral, S. 189.

Eingriffs: „Ein Eingriff ist dann nicht gerechtfertigt, wenn ein anderer Eingriff dasselbe Ziel erreicht und bei ihm die Eingriffskosten geringer sind.“⁵⁷⁸ Demnach stellt ein solches konsequentialistisches Effizienzkriterium strafrechtsdogmatisch auf das Übermaßverbot ab. Durch die Beachtung des Übermaßverbots lässt sich die Grenze der Zumutbarkeit für den Betroffenen des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere dieses Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe bewahren⁵⁷⁹. Nach *Lerche* wird der Begriff „Überverbot“ oder „Übermaßverbot“ als Oberbezeichnung über die Grundsätze der Notwendigkeit (Erforderlichkeit) und der Verhältnismäßigkeit definiert⁵⁸⁰, die für das Strafrecht im bekannten Dreischritt konkretisiert wird, nämlich Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit.

Der Begriff des freiheitlichen Rechtsstaates bedeutet „einerseits Ideen von der Herrschaft des Rechts oder der Gesetze, der Mäßigung und Kontrolle der Staatsgewalt sowie der Sicherung individueller Freiheit, andererseits Vorstellungen über die Realisierung materieller Gerechtigkeit“⁵⁸¹. Hiermit liegt ein Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung der Gemeinwohlinteressen im Sinne der Grundrechtsdogmatik und der Einschränkung der Individualfreiheit im strafrechtsdogmatischen Sinne vor⁵⁸². So betont *Bae* ausdrücklich:

Ein an das Eigengewicht der individuellen Freiheit gebundener Gerechtigkeitsgedanke liegt dem System des Grundgesetzes zugrunde, dessen Aktualisierung die Aufgabe des freiheitlichen Rechtsstaates ist; hier stehen freiheitlicher Grundrechts- und Gerechtigkeitsgedanke in enger Verbindung. Aus dieser Grundentscheidung der Verfassung ergibt sich, daß die Freiheitsräume des Bürgers von der staatlichen Bevormundung möglichst freigehalten werden müssen und staatliche Eingriffe, wenn überhaupt, nur als Ausnahme in Kauf genommen werden können [Hervorh. d. Verf.].⁵⁸³

Demnach wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum logischen Kernelement der Aktualisierung der materiellen Gerechtigkeit dadurch, dass bei Eingriffen der staatlichen Gewalt unnötige Belastungen der Frei-

578 *Mayr*, Paternalismus, S. 55.

579 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 172.

580 Vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 21.

581 *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 33.

582 Vgl. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 140.

583 *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 41.

heit des Bürgers vermieden bzw. auf ein Mindestmaß begrenzt werden müssen.

I. Anknüpfungspunkte für die verfassungsrechtliche Prüfung

Wenn das staatliche Handeln die Grundrechte des Bürgers einschränkt, sollte es aufgrund überwiegender Gründe gerechtfertigt werden, weil der Mensch aus liberaler Perspektive nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen existiert. Schließlich ist der Gesetzgeber in der Beschränkung von Grundrechten an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden⁵⁸⁴, so dass die gesetzgeberischen Eingriffe geeignet, erforderlich und angemessen sein müssten und diese Grundrechtseingriffe zudem nicht außer Verhältnis zum Zweck bezüglich des Schutzes der Menschenwürde und der Freiheitsgrundrechte stehen dürften⁵⁸⁵, was in erster Linie auf der Abwehrfunktion der bürgerlichen Grundrechte beruht. Mit anderen Worten kommt dieser Abwehrfunktion in der Grundrechtsdogmatik bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der staatlichen Eingriffe, wie z. B. den strafrechtlich sanktionierten Verboten, eine zentrale Rolle zu. Die staatliche Schutzpflicht entsteht erst ab dem Erreichen einer gewissen Untergrenze, unterhalb derer es sich um erlaubte Lebensrisiken handelt, die laut dem Bundesverfassungsgericht als sozial-adäquate Lasten⁵⁸⁶ von allen Bürgern

584 Vgl. *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 119.

585 Siehe dazu *Wolff*, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 253: „Für einen freiheitlichen Rechtsstaat ist die moralische Missbilligung ein Grundrechtseingriff besonderer Art, der besondere Grenzen gebietet. Die inhaltliche Prüfung der Strafnorm über ihre Verfassungsmäßigkeit vollzieht sich dabei an Hand [sic] der Freiheitsgrundrechte [Hervorh. d. Verf.]. Der allgemeine Gleichheitssatz spielt für die Strafgewalt in der Rechtsprechung des BVerfG keine nennenswerte Rolle. Ordnet man die Strafe als normalen Grundrechtseingriff ein, so verlagert sich die verfassungsrechtlich relevante Prüfung ganz auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“

586 Der Begriff der Sozialadäquanz dient hier nicht als Begründung, sondern lediglich als Sammelbecken für diejenigen Fallkonstellationen, für die die Auslegung und auch die Wertung ergeben, dass sie im erlaubten Risiko verbleiben. Es geht also nicht um Argumentation, sondern nur um Klassifikation. Beispielsweise ist ein Verhalten für straflos zu erklären, nur weil es sozialadäquat ist, ohne eine andere Begründung für diese Straflosigkeit zu bieten, was in einen Argumentationszirkel gerät. Siehe dazu *Eser*, Sozialadäquanz, S. 207: „Nicht zuletzt meint Roxin auf die ‚unspezifische Begründung‘ der Lehre von der Sozialadäquanz verzichten zu können, da sich die richtige Lösung ‚durch eine am geschützten Rechtsgut orientierte,

zu tragen sind⁵⁸⁷, was sich auf das Untermaßverbot als schutzpflichtspezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bezieht⁵⁸⁸; zugleich sind die Strukturen der abwehrrechtlichen Prüfung einschließlich der „Schranken-Schranke“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁵⁸⁹ heranzuziehen, was auf das Übermaßverbot auch noch aus der Perspektive der Abwehrfunktion der Grundrechte abstellt. Hierzu erklärt *Seedorf* ausdrücklich:

Obwohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine verfassungsrechtliche Verankerung nach wohl überwiegender Ansicht im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG findet und in gewichtigen Anwendungsbereichen wohl auch nur finden kann, hat er seine hervorgehobene Bedeutung in der Rechtspraxis vorrangig im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen erlangt [Hervorh. d. Verf.]. Möglicherweise ist in der Tatsache, dass er im Grundrechtskontext am häufigsten zur Anwendung gelangt [Hervorh. d. Verf.], auch die Ursache dafür zu sehen, dass etwa das Bundesverfassungsgericht den Ursprung des Übermaßverbotes sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch „im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst“ ableitet. Als materielle Grenze für Grundrechtseingriffe steht er damit auch unmittel-

einschränkende Interpretation‘ finden lasse. Zwar räumt er zunächst ein, daß die Lehre von der Sozialadäquanz tendenziell ein ‚richtiges Prinzip zur Profilierung des Deliktstyps und damit ein Tatbestandseinschränkungsgrund‘ sei, daß es aber heute durch präzisere hermeneutische Instrumente ersetzt werden könne [Hervorh. d. Verf.]. Der Schutzbereich des Tatbestandes ergebe sich aus dem geschützten Rechtsgut und der vom Gesetzgeber gegebenenfalls vorgesehenen besonderen Angriffsweise, woraus sich der Deliktstyp bestimmen lasse, so daß bestimmte Handlungen trotz eines weitergreifenden Tatbestandswortlautes nicht erfaßt würden.“

587 Vgl. BVerfGE 39, I (92); *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, S. 161 f.

588 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 76.

589 Siehe dazu *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 136: „Die ‚Schranken der Grundrechtsbegrenzung‘, ‚Eingriffsschranken‘ oder ‚Schranken-Schranken‘ sind in der Staatsrechtswissenschaft ausführlich systematisiert und interpretiert worden. Zumeist wird dabei zwischen formellen und materiellen Anforderungen an Grundrechtseingriffe unterschieden. Formell wirken die Kompetenzordnung des Grundgesetzes für den Bundesgesetzgeber (Art. 70 ff. GG), die Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren (Art. 76 ff. GG), das Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG) sowie das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG). [...] Als materielle Grenzen für Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers werden insbesondere die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) sowie (in abwehrrechtlicher Hinsicht) die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG angesehen [Hervorh. d. Verf.]. Beide Grenzen wirken absolut, Eingriffe in ein Grundrecht, die seinen Wesensgehalt oder den Menschenwürdegehalt tangieren, sind per se unzulässig und ‚in keinem Falle‘ (Art. 19 Abs. 2 GG) zu rechtfertigen.“

bar im Zusammenhang mit der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers [Hervorh. d. Verf.].⁵⁹⁰

Zwischen Ober- und Untergrenze kann der Gesetzgeber theoretisch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein generelles Rationalitätskriterium staatlichen Handelns ableiten. Bei der inhaltlichen Ausfüllung der staatlichen Schutzpflicht soll dem Gesetzgeber zwar ein großer Spielraum zustehen⁵⁹¹, aber er wird zugleich dazu verpflichtet, seine Maßnahmen an-

590 Ebenda, S. 130.

591 Siehe dazu *Burkiczak*, RT 2021, S. 36 f.: „Spielte die Entstehungsgeschichte in der Auslegungspraxis des BVerfG schon von Anfang an eine weitaus größere und entscheidendere Rolle[,] als manche hier skizzierten abstrakten methodischen Äußerungen des Gerichts vermuten ließen, verstetigte sich in der Folgezeit die auch explizite Anerkennung des Willens des Gesetzgebers als bedeutsamer, ja letztlich Grenzen setzender Auslegungsgesichtspunkt [Hervorh. d. Verf.]. Dies erörtert das BVerfG regelmäßig im Rahmen der Darlegung, dass auch die konforme Auslegung den allgemeinen methodischen Vorgaben entsprechen müsse, also keine weiterreichenden Befugnisse der Gerichte – der Fachgerichte wie des BVerfG selbst – generiere. Während das Gericht im 71. Band der Entscheidungssammlung (1985) noch ausführte, dass (neben dem Wortlaut) der klar erkennbare ‚Wille des Gesetzes‘ die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung begrenzt [Hervorh. d. Verf.], weil im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden dürfe, stellt es seit dem 90. Band der Entscheidungssammlung (1994) insofern (ganz überwiegend) auch begrifflich auf den ‚Willen des Gesetzgebers‘ ab. Sei eine einschränkende, verfassungskonforme Auslegung möglich, dann komme es zwar nicht darauf an, ob dem subjektiven Willen des Gesetzgebers die weitergehende, dem Grundgesetz nicht entsprechende Auslegung eher entsprochen hätte. Die verfassungskonforme Auslegung finde ihre Grenzen aber dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde. Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbiete es, im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn zu verleihen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen [Hervorh. d. Verf.]. Auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation dürfe der normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt werden. Die zur Vermeidung eines Nichtigkeitsausspruchs gefundene Interpretation müsse daher eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige Auslegung sein. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergäben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (Art. 20 Abs. 2 GG) gebiete es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt habe. Er fordere mithin eine verfassungskonforme Auslegung der Norm, die durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt sei und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahre. Die Deutung dürfe nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentli-

hand der jeweils neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, um die individuellen Grundrechte nicht in beliebiger Weise zu beschränken⁵⁹², was einen gesellschaftlichen und rechtlichen Grundkonsens in der liberalen Position darstellt⁵⁹³. *Kaspar* stellt dar, dass es sich dabei um das Problem der Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat handelt. „Die ‚Wahrheit‘ dürfte daher, wie so oft, in der Mitte liegen: Die Verfassung enthält ausdrückliche und vom Bundesverfassungsgericht weiter konkretisierte Vorgaben an den Gesetzgeber, der zwar einen gewissen Spielraum geltend machen kann, aber dabei doch an die Verfassung gebunden bleibt.“⁵⁹⁴

In der Prüfungsstruktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erhalten verschiedene Belange ihren Platz zugewiesen: „Zunächst kann prototypisch zwischen Belangen unterschieden werden, die stärker Tatsachen und solchen, die stärker Rechtsfragen betreffen.“⁵⁹⁵ Anders formuliert: Auf der Ebene der Angemessenheit lassen sich die normativen Rechtsfragen abhandeln, während die beiden vorgelagerten Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit kaum ohne die Einbeziehung von Tatsachen im konkreten Fall zu prüfen sind⁵⁹⁶. Der Prüfungsaufbau führt demnach zu einer absichtenden Strukturierung: Die Geeignetheit bezieht sich auf eine Abwägung der empirisch erhebbaren Tatsachen, um festzustellen, ob das ausgewählte Mittel das Ziel zumindest fördern kann; bei der Erforderlichkeitsprüfung ist die Berücksichtigung der Bewertungen des Normerzeugers hingegen unerlässlich, aber „diese Prüfungsstufe kann das Gericht in vielen Fällen kaum noch autonom beurteilen, weil es, gerade bei prognostischen Regelungen, von Annahmen und Bewertungen des Normerzeugers abhängt, um beurteilen zu können, ob es gleich geeignete[,] aber mildere

chen Punkt verfehlt oder verfälscht werde. In diesen und anderen Entscheidungen rekurriert das BVerfG dann auch regelmäßig auf die Gesetzesmaterialien, um den ‚historischen Willen‘ des Gesetzgebers zu ermitteln.“

592 Siehe dazu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 64 f.: „Eine Verletzung der Schutzpflicht (die zugleich eine Verletzung des betroffenen Grundrechts bedeutet) soll erst dann anzunehmen sein, wenn der Staat überhaupt keine Schutzmaßnahmen getroffen hat oder wenn diese gänzlich ungeeignet oder zumindest völlig unzulänglich sind. [...] Das BVerfG kann dann nur das ‚ob‘, nicht aber das ‚wie‘ der Handlungspflicht als grundrechtlich geboten feststellen [Hervorh. d. Verf.]“

593 Vgl. *Greco*, ZIS 2008, S. 236.

594 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 172.

595 *Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 19.

596 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 94.

Mittel gibt“⁵⁹⁷, was weiter bedeutet, dass der Umfang der verfassungsrechtlichen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht eher restriktiv ist und dass der Spielraum des Gesetzgebers in der Regel noch respektiert wird⁵⁹⁸; auf der Angemessenheitsstufe lassen sich schließlich die politischen Werturteilskonflikte zur rein normativen Grundrechtsfrage erklären und damit wieder juridifizieren. Die Angemessenheitsprüfung bezieht sich deshalb im Wesentlichen nur auf eine rein rechtswissenschaftliche Frage, wie *Lepsius* betont:

Auf dieser Prüfungsstufe ist der potentielle Übergriff auf den Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des Normerzeugers am größten und dementsprechend die Problematik der „*countermajoritarian difficulty*“ am ausgeprägtesten. Obwohl bei der Angemessenheitsprüfung der institutionelle Konflikt zwischen den Gewalten am schärfsten zu sein verspricht, lässt sich die Frage hier jedoch als eine rein normwissenschaftliche behandeln [Hervorh. d. Verf.]: Es geht um den Abgleich von Rechtsgütern (desjenigen, in das das Mittel eingreift[,]) mit demjenigen, das durch den Zweck der Norm gefördert werden soll), und Rechtsgüterfragen präsentieren sich als normative Fragen wie selbstverständlich als genuin juristische Fragen. Mit anderen Worten: Auf dieser Prüfungsstufe lassen sich politisch erhebliche Aspekte der Falllösung zu einer verfassungsakzessorischen juristischen Prüfung umformen [Hervorh. d. Verf.].⁵⁹⁹

Demnach stellt der oben erwähnte Prüfungsaufbau hauptsächlich auf die „Zweck-Mittel-Relation“ ab, ob und inwieweit ein vom Gesetzgeber gewähltes Mittel im Hinblick auf den damit verfolgten Zweck der Norm gerechtfertigt werden kann, woraus der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Bestimmung von Prüfungsgrenzen ermöglicht⁶⁰⁰. Überdies ist es für die heutige gesetzgeberische Praxis nicht zuletzt entscheidend, „dass das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass ein verhältnismäßiger Eingriff in ein Grundrecht die Wesensgehaltsgarantie nicht verletzt: Ein Eingriff in den unantastbaren Wesensgehalt eines Grundrechts ist zwar unzulässig,

597 *Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 20.

598 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 73.

599 *Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 20.

600 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 207.

zulässig sind ‚im Allgemeinen‘ aber Eingriffe, die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen.“⁶⁰¹

II. Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?

1. Anwendungsmöglichkeit im Strafrecht

Nach *Appel* nimmt das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch, die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeit, nämlich Angemessenheit, regelmäßig in vollem Umfang zu prüfen⁶⁰², während dem Gesetzgeber auf den Ebenen der Geeignetheit und Erforderlichkeit sowie der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose des drohenden Gefahrenpotenzials ein Beurteilungsspielraum zustehen soll, der vom Bundesverfassungsgericht je nach der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten eines hinreichend sicheren Urteils und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur begrenzt kontrolliert wird⁶⁰³, wie *Lagodny* verdeutlicht:

Weil die Verhaltensvorschrift zugleich zu präventivpolizeilichem Einschreiten ermächtigt, würde eine Begrenzung der Verhaltensvorschrift über den strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff zudem dazu führen, daß man das Verwaltungsrecht mit sachfremden Kriterien einschränkt. Wenn sich aus dem strafrechtdogmatischen Rechtsgutsbegriff aber wenigstens für die Sanktionsvorschrift eindeutige Grenzen ableiten lassen sollen, dann müßte er die Funktion haben, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne für positiv bestimmbare Kriminalstrafrechtsgüter zu sorgen [Hervorh. d. Verf.].⁶⁰⁴

Anders formuliert: Auf der Basis des Unterschiedes zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm lässt sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. Angemessenheit praktisch meistens nur für die strafrechtliche Sanktionsnorm gänzlich vornehmen, auch weil das Gericht die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit einer strafrechtlichen Verhaltensnorm zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes mangels gesicherter

601 *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 137.

602 Vgl. BVerfGE 90, 145 (183 ff.); 92, 277 (326 ff.).

603 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 172.

604 *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 147.

Erkenntnisse über die entsprechenden Wirkungen des Strafrechts im Regelfall gar nicht prüfen kann⁶⁰⁵, wie *Goeckenjan* weiter betont:

Denn die hochkomplexen Wirkungszusammenhänge zwischen Strafrecht und menschlichem Verhalten liegen noch immer weitgehend im Dunkeln; ein Konsens über sie kann allenfalls im diskursiven Prozess demokratischer Willensbildung hergestellt, nicht aber von einer gerichtlichen Instanz schlicht gesetzt werden [Hervorh. d. Verf.]. Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit könnte aus diesen Gründen als untauglich für die Überprüfung strafrechtlicher Tatbestände und seine Anwendung somit als Irrweg beurteilt werden.⁶⁰⁶

Demnach kann das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des Strafgesetzgebers überhaupt darauf prüfen, ob die strafrechtliche Sanktionsnorm materiell im Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht⁶⁰⁷. Bei der Prüfung, ob eine strafrechtliche Bewehrung verfassungsgemäß ist, ist die vom Verfassungsgericht aufgestellte Hürde also denkbar gering, ohne dass der Schutz bedeutsamer Güter im Sinne der strafrechtlichen Rechtsgutslehre heranzuziehen ist; auch der Gesetzgeber ist zumindest bei den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt „sehr frei in der Wahl legitimer Zwecke“, solange er sich im Rahmen der Verfassung bewegt⁶⁰⁸. In diesem Sinn kann der Bezug auf irgendeinen verfassungsrechtlich legitimen Zweck tatsächlich im Ergebnis für die Strafbewehrung ausreichen, wie *Appel* darstellt:

Für die Beurteilung der Frage, zu welchen Zwecken der Gesetzgeber eine Norm zulässigerweise mit Strafe bewehren darf, knüpft das Bundesverfassungsgericht an den Zweck der Verhaltensvorschrift an. Können von einem Verhalten Gefahren ausgehen, die ein besonderes öffentliches Interesse an der alsbaldigen Unterbindung begründen, soll die gesetzgeberische Entscheidung, dieses Verhalten mit einer Strafbewehrung zu versehen, von Verfassungs [sic] wegen grundsätzlich nicht beanstandet werden können [Hervorh. d. Verf.]. Der Begriff der Gefahr deutet darauf hin, daß die Schwelle für den Einsatz strafrechtlicher Sanktionsnor-

605 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 174.

606 *Goeckenjan*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 187.

607 Vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 27, 18 (29 f.); 37, 201 (212); 45, 272 (289); 51, 60 (74); 80, 244 (255).

608 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 118.

men (eher) niedrig angesetzt wird, zumal als Bezugspunkt der Gefahr im konkreten Fall keine besonders qualifizierten Werte oder Belange genannt werden. [...] Aus der Sicht des Verfassungsrechts kann (auch) die Strafbewehrung (vermeintlich) bloß unsittlichen oder unmoralischen Verhaltens ein verfassungsrechtlich zulässiger Zweck sein [Hervorh. d. Verf.].⁶⁰⁹

Die Frage der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, ob und inwieweit ein Verhalten, das als bloß unsittlich oder unmoralisch angesehen wird, vom Gesetzgeber mit Strafe bewehrt werden darf, ist deswegen umgekehrt verfassungsrechtlich regelmäßig kein Problem des verfassungsrechtlich zulässigen Zwecks, sondern allenfalls der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Einsatzes der strafrechtlichen Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks.

2. Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit

Wie bereits dargestellt, bezieht sich das Schutzgut des § 168 StGB oder § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG strafrechtsdogmatisch auf die (postmortale) Menschenwürde. Aber die systemimmanente oder -kritische Rechtsgutstheorie ist nicht in der Lage, diesem Schutzgut eine durchaus ersichtliche Grenze zu setzen. Daher stellt sich hierzu die Frage, ob die Verhältnismäßigkeit als Kriterium der Strafrechtsbegrenzung bezüglich des Schutzes der Menschenwürde funktionieren kann⁶¹⁰.

Das Bundesverfassungsgericht scheint einerseits zu unterstellen, „daß aus der Verletzung der Verhältnismäßigkeit auf einen Würdeverstoß geschlossen werden könne. Wird die Frage des Würdeverstoßes aber vom Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig gemacht, wird sie zur relativen Größe“⁶¹¹; andererseits vertritt das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen die Auffassung, dass nicht jeder beliebige Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits als Verletzung der Menschenwürde bewertet werden kann⁶¹², d. h., Verhältnismäßigkeit und Menschen-

609 *Appel*, Verfassung, S. 199 f.

610 Vgl. *Fromlowitz*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 62 f.

611 *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 53.

612 Vgl. BVerfGE 22, 21 (28).

würde sind inhaltlich nicht identisch⁶¹³, wie auch *Bae* zeigt: „Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bedeutet nicht notwendig zugleich einen Verstoß gegen die Menschenwürde, auch wenn dies in besonders qualifizierten Einzelfällen zusammenfallen kann.“⁶¹⁴

Zwar ist ein Eingriff in den unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechts bzw. der Menschenwürde unzulässig, aber man sollte auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Betracht ziehen, um festzustellen, ob ein allgemeiner Eingriff in ein Grundrecht verhältnismäßig bzw. verfassungsgemäß ist oder nicht⁶¹⁵. Anders formuliert: „Wo Grundrechte nicht in ihrem Wesensgehalt eingeschränkt werden und weder der Menschenwürdegehalt eines speziellen Grundrechts noch ein davon unabhängiger eigenständiger Schutzbereich von Art.1 Abs.1 GG verletzt ist, sollen Grundrechtseingriffe nicht stärkere Wirkung entfalten als nötig.“⁶¹⁶

Nach *Geddert-Steinacher* vermag die Menschenwürde zu einem integrierenden und eigenständigen Element des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit i. e. S. bzw. der Angemessenheit zu werden: „Art.1 Abs.1 GG kann die Güterabwägung über seine Ausstrahlungswirkung also steuern, ohne daß der Schutzbereich der Würde-Norm überhaupt verletzt zu sein braucht.“⁶¹⁷ Demnach kommt der Angemessenheit allein die Bedeutung eines notwendigen, nicht aber eines hinreichenden Kriteriums für die Verletzung der Menschenwürde zu: „Ist die Würde des Menschen verletzt, ist der Eingriff

613 Siehe dazu *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 30: „Das Bundesverfassungsgericht sieht auch – trotz gegenteiliger Andeutungen – die Menschenwürdeklausel des Art.1 I GG nicht als verfassungsrechtliche Grundlage des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an.“

614 Ebenda, S. 29.

615 Vgl. *Lerche*, Übermass und Verfassungsrecht, S. 243; *Puig*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage, S. 529. Siehe dazu die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Bundesnotbremse“ (Beschluss vom 19. November 2021) sowie dazu *Grabitz*, AöR 1973, S. 590: „In der Gestattung der Aktenübersendung sieht es [das BVerfG] einen ‚Eingriff‘ in das Persönlichkeitsrecht der Ehegatten, der nur zulässig sei, sofern er im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots erfolge und nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtige, der durch Art.1 Abs.1 und Art.19 Abs.2 GG absolut geschützt sei [Hervorh. d. Verf.]. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlange – neben der ‚generellen Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse‘ –, ‚daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich‘ sei ‚und daß der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts‘ stehe.“

616 *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 138.

617 *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 55.

auch unverhältnismäßig. Umgekehrt verletzt aber nicht jeder ‚bloß‘ unverhältnismäßige Eingriff die Menschenwürde.“⁶¹⁸

Zusammenfassend vermag der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Prüfung der Menschenwürde nicht zu ersetzen⁶¹⁹. Also kann die Verhältnismäßigkeit nicht als Kriterium der Strafrechtsbegrenzung bezüglich des Schutzes der Menschenwürde funktionieren⁶²⁰. In der Rechtspraxis ist die Argumentation der Menschenwürde vielmehr umgekehrt den Prüfungen der Verhältnismäßigkeit und Willkürfreiheit logischerweise vorgeordnet.

3. Kollektive Rechtsgüter und Verhältnismäßigkeit

Wie vorhergehend erwähnt, stellen die kollektiven Rechtsgüter bzw. Gemeinschaftsrechtsgüter im Wesentlichen eine Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes dar. Die Kollektivbezeichnung dieser Rechtsgüter bedeutet zugleich ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das sich auf Gefahren zukünftiger ungewisser Ereignisse richtet⁶²¹. Aufgrund der entsprechenden eigenständigen Beurteilungsspielräume könnte der Gesetzgeber theoretisch jedes von ihm selbst als sozialschädlich eingeschätzte Verhalten pönalisieren, auch wenn eine abschreckende Wirkung der Strafnorm nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag⁶²². „Insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang, welche Maßnahmen er für die Erreichung seiner gesetzgeberischen Ziele für geeignet hält.“⁶²³ Während der Gesetzgeber also für die Erreichung des Schutzes kollektiver Rechtsgüter, wie z. B. des öffentlichen Friedens, die Verhaltens- und Sanktionsnormen gestaltet, wird er zugleich mit den kollidierenden Grundrechtspositionen zwischen einem grundrechtlich geschützten Individualschutzgut und einem verfassungsrechtlich legitimierten Gemeinwohlinteresse konfrontiert. Deswegen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz notwendigerweise anzuwenden, um die Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume des

618 Ebenda, S. 56.

619 Vgl. *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 80.

620 Vgl. *Zabel*, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, S. 456 f.

621 Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 188.

622 Vgl. BVerfGE 120, 224 (249–252); BVerfGE 92, 277 (325 ff.).

623 *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 142.

Normerzeugers zu erkennen bzw. zu begrenzen⁶²⁴, wie *Appel* ausdrücklich zeigt: „Tatsächlich hat sich der Rechtsgutsbegriff als nicht in der Lage erwiesen, den vielfältigen Vorverlagerungen des Strafrechts in den Bereich abstrakter Gefährdungen hinein oder dem Phänomen der symbolischen Gesetzgebung auch nur im Ansatz Grenzen zu ziehen.“⁶²⁵

Einerseits kann der Gesetzgeber mit seinen eigenen Prüf- und Beurteilungserfahrungen die zukünftige Gefährlichkeit eines Verhaltens prognostizieren, andererseits muss er berücksichtigen, „daß genaue empirische Gefährdungsnachweise bei komplexen überindividuellen Rechtsgütern wie ‚innere Sicherheit‘ und ‚öffentlicher Friede‘ schwer zu führen sind, da sich schon die genannten Rechtsgüter nur schlecht operationalisieren lassen.“⁶²⁶ Infolgedessen verstärkt sich die Tendenz, dass der Gesetzgeber wegen seines abstrakten Verantwortungsbewusstseins die größtmögliche Zurückhaltung im strafgesetzgeberischen Bereich verliert, was zu dem scheinbar paradoxen Ergebnis führt, dass ein Verlust „sowohl der Bereitschaft als auch der Fähigkeit zur direkt-personalen Konfliktbewältigung“ durch die Pönalisierung geringfügiger Friedensbeeinträchtigungen verursacht werden kann, obwohl die Wirkung der General- oder Spezialprävention möglicherweise auch unmittelbar durch eine solche extensive und intensive Strafgesetzgebung verstärkt werden kann⁶²⁷. Auch hinsichtlich der Respektierung des weitgehenden Beurteilungsspielraums bzw. der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers⁶²⁸ soll für das Bundesverfassungsgericht „die Schwelle der Verfassungswidrigkeit ganz allgemein erst bei (evident) ungeeigneten, letz-

624 Siehe dazu *Wolff*, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 262: „Da die Strafbewehrung notwendig immer dem Schutz der Verhaltensnorm dient, besitzt jede Strafnorm Schutzcharakter. So spricht das BVerfG auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten gern vom Schutzgedanken, auch wenn die Gefährdung von Rechtsgütern bei diesen gerade noch weit entfernt ist. Von einer Norm im Zusammenhang mit den Schutzpflichten kann man aber nur sprechen, wenn die Verhaltensnorm ihrerseits Rechtsgüter schützen soll, die grundrechtlich oder sonst verfassungsrechtlich abgesichert sind.“

625 *Appel*, Verfassung, S. 356.

626 *Voß*, Symbolische Gesetzgebung, S. 147.

627 Vgl. *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. 144.

628 Siehe dazu *Appel*, Verfassung, S. 182: „Auf den ersten Blick scheint der entscheidende Faktor für die geringe Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Prüfung von Strafgesetzen die dem Gesetzgeber eingeräumte Einschätzungs- und Wertungsprärogative zu sein [Hervorh. d. Verf.]. Das Bundesverfassungsgericht betont stets von neuem, daß der Gesetzgeber bei der Einordnung einer strafbaren Handlung in das verfügbare Sanktionensystem keiner in alle Einzelheiten gehenden Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts unterliege. Es sei grundsätzlich

ten Endes vollkommen wirkungslosen Strafgesetzen überschritten sein⁶²⁹. Hinzu kommt, dass die oben genannte präventive Wirkung des Strafrechts vom Bundesverfassungsgericht weder theoretisch noch systematisch präzisiert wird und ebenfalls empirisch nicht begründet wird, weil es ihm nicht nur an objektiv gesicherten wissenschaftlichen und praktischen Erkenntnissen über die entsprechende Wirkungsweise strafrechtlicher Regelungen, sondern auch an der subjektiven Kognitionskompetenz für die Verifizierung oder Widerlegung der vom Gesetzgeber vorgebrachten Argumente mangelt⁶³⁰, wie *Appel* betont:

Das Bundesverfassungsgericht begründet dies (die abstrakten Gefährdungen) mit dem – theoretisch und systematisch nicht näher präzisierten, freilich präzisierungsbedürftigen – Hinweis auf generalpräventive Gründe, die eine generelle Androhung von (Kriminal-)Strafe rechtfertigen können. Der im strafrechtlichen Schrifttum vielfach skeptisch beurteilten Ausweitung der abstrakten Gefährdungsdelikte können danach unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlich zulässigen Zwecks keine Grenzen gezogen werden [Hervorh. d. Verf.].⁶³¹

Anders ausgedrückt: Weil durch die präventive Zweckrichtung die (abstrakten) Gefahren für ein Rechtsgut im Sinne der systemkritischen Rechtsgutslehre nur prognostiziert und dementsprechend oft unsubstanziert bleiben, verliert das Verhältnismäßigkeitsprinzip dort unerlässlich seine Bedeutung als wirksame verfassungsgemäße Kontrolle⁶³², so dass man die Anwendung dieses Prinzips auf Strafnormen bezüglich der kollektiven Rechtsgüter schon grundsätzlich bezweifeln kann⁶³³.

Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im einzelnen [sic] verbindlich festzulegen [Hervorh. d. Verf.].“

629 Ebenda, S. 175.

630 Vgl. Gärditz, JZ 2016, S. 644 f.

631 *Appel*, Verfassung, S. 203.

632 Siehe dazu *Burkiczak*, RT 2021, S. 44: „Die ‚Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens‘ ermöglicht die entstehungsgeschichtliche Auslegung in besonderer Weise. Hieraus folgt ein ‚relativer Vorrang der subjektiv-historischen Auslegung‘, die sich damit letztlich als objektiver erweist als die sog. objektive Auslegung, die allein auf das subjektive Verständnis des Rechtsanwenders abstellt.“

633 Siehe dazu *Appel*, Verfassung, S. 176: „Auch dem Schutz überindividueller Rechtsgüter und der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Bereich abstrakter Gefährdung hinein ist allein mit dem Kriterium der Geeignetheit keine wirksame Grenze gezogen. Deren (zumindest teilweise) Eignung kann unter generalpräventiven Gesichtspunkten kaum je verneint werden.“

III. Konkretisierung am Verbot der postmortalen Organspende zugunsten fremder Personen

Im Kontext autonomer Selbstschädigung ist das strafbewehrte Verbot von postmortalen Organspenden nach § 19 TPG zu diskutieren. Durch die Vornahme der geltenden Entscheidungslösung kann man das Ziel des postmortalen Menschenwürdeschutzes erreichen. Aber es ist fraglich, ob dieser paternalistische Eingriff noch verhältnismäßig ist, weil die Strafbewehrung eines dagegen gerichteten Verstoßes im § 19 II TPG zugleich die Grundrechte der anderen Betroffenen einschränken kann. Deswegen soll diese Strafbewehrung im Folgenden unter dem Gesichtspunkt der verhältnismäßigen Einschränkung von Grundrechten erörtert werden.

1. Legitime Zwecke, Geeignetheit und Erforderlichkeit

Nur wenn der hier in Rede stehende Zweck⁶³⁴ nicht als rein sittlich oder ethisch angesehen wird, ist dieser mit Strafe bewehrte Zweck regelmäßig verfassungsrechtlich zulässig⁶³⁵. Anders formuliert: Nur „im Falle des Vorliegens einer allgemeinverbindlichen gesetzlichen Verhaltensnorm [ist] das Verhalten aber ohnedies rechtlich (und damit nicht mehr nur moralisch) ge- bzw. verboten“⁶³⁶. Auch nach *Fateh-Moghadam* „soll sich das Verbot einer gesinnungsethischen Konzeption des Strafrechts aus einer ‚gesamtsystematische(n), auf dem Menschenbild des Grundgesetzes aufbauende(n) Verfassungsinterpretation‘ ergeben“⁶³⁷. Folglich ist die Zweckbestimmung des postmortalen Menschenwürdeschutzes im § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG nach Art. 1 I GG auch verfassungsgemäß.

Im Vergleich zur Widerspruchslösung oder der engen Zustimmungslösung erweist sich zwar die Entscheidungslösung ausnahmslos eher als ge-

634 Siehe dazu *Wolff*, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 253: „Der Zweck, dem die Strafe dient, ist dabei nach dem BVerfG der Zweck, dem auch die Verhaltensnorm dient. Die Strafbewehrung ist in [den] Augen des BVerfG als eine besondere Verschärfung der Verhaltensnorm zu beurteilen [Hervorh. d. Verf.]. Die Strafzwecke selbst sind keine Gemeinwohlzwecke in diesem Sinne, sondern nur als Wirkungen der Strafbewehrung zu beachten, die dem Schutz der Verbotsnorm dient.“

635 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 201.

636 Ebenda, S. 201.

637 *Fateh-Moghadam*, Neutralität, S. 155.

eignet, den oben genannten Zweck zu befördern, aber bei der Prüfung der Erforderlichkeit bezüglich des Gedankens der *ultima ratio* und des Grundsatzes der Subsidiarität des Strafrechts sieht man sich im Einzelfall möglicherweise konfrontiert mit nicht nur höchst unbestimmten, sondern auch erheblich wertungsabhängigen bzw. subjektiv kontingenten Kriterien dafür, die beweglichen und wertungsabhängigen Grenzen des sozial Hinnehmbaren zu definieren, Interessenkonflikte aufzulösen und Orientierungssicherheit auf ethisch umstrittenem Terrain durch Normierung zu vermitteln⁶³⁸, so dass eine wirksame Grenze auf der Ebene einer solchen Erforderlichkeit nicht durchaus gezogen werden kann.

2. Angemessenheit

Auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeit werden Straftatbestände, die bereits die Geeignetheits- und Erforderlichkeitskontrolle passiert haben, daraufhin untersucht, ob sie unter Berücksichtigung der von ihnen ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für die Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch erreichbaren Zwecksetzungen stehen⁶³⁹.

a) Zweckrelevante Faktoren

Die Ziele des Einsatzes des § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG beziehen sich nicht nur auf die individuelle Menschenwürde bzw. das postmortale Persönlichkeitsrecht, sondern auch auf den öffentlichen Frieden⁶⁴⁰. Wenn postmortale Organtransplantationen eigenmächtig durchgeführt werden könnten, ließe sich aus der *Ex-ante*-Sicht eine Störung des öffentlichen Friedens prognostizieren, weil zahlenmäßig unbestimmte, jedenfalls aber größere Bevölkerungskreise in ihrem Vertrauen auf die Schutzwirkung der Rechtsordnung beeinträchtigt werden könnten. Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass ein vom Gesetzgeber durch eine Verhaltensnorm in verfassungsrechtlich zulässiger Weise verfolgter Zweck auch legitimerweise

638 Vgl. Gärditz, JZ 2016, S. 645; List, Behinderung als Kontingenzerfahrung, S. 106.

639 Vgl. Goeckenjan, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 206.

640 Vgl. Preis, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 16 f.

durch einen Schutzmechanismus abgesichert werden kann, der die Normbeachtung und -befolgung sichert⁶⁴¹.

b) Eingriffsrelevante Faktoren

Das Verbot des § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG kann in das Grundrecht auf Leben des potenziellen Organempfängers vornehmlich im Notstand und auch in die Gewissensfreiheit des Arztes (als vorbehaltlos gewährtes Grundrecht⁶⁴²) eingreifen. Wenn dieses Verbot nur auf dem Gesamtinteresse bzw. dem öffentlichen Frieden beruhen würde, wäre es also ein unverhältnismäßiger Eingriff, weil in unserer Rechtsordnung das Recht auf Leben im Art. 2 II GG und auch die Gewissensfreiheit im Art. 4 I GG über Vorrang vor dem nur vagen und abstrakten Gesamtinteresse verfügen müssen.

c) Ergebnis der Abwägung

Die Autonomie bzw. das individuelle Selbstbestimmungsrecht kann einerseits als Höchstwert umfassend durch die Durchsetzung des § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG gewährleistet werden; andererseits ist die Organtransplantation angesichts der Entwicklung medizinischer Technologien und der Fortschritte der medizinischen Forschung kein unersetzbares Behandlungsmittel gegen Organversagen mehr⁶⁴³. Man kann schließlich auch nicht verleugnen, dass nur ein rein rechtliches Mittel, wie z. B. die Widerspruchslösung, das praktische Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin nicht wesentlich lösen kann⁶⁴⁴, wie oben bereits dargestellt. Nicht zuletzt ist die (postmortale) Menschenwürde eine notwendige Voraussetzung bei der Prüfung der Angemessenheit: „Ist die Würde des Menschen verletzt, ist der Eingriff auch unverhältnismäßig. Umgekehrt verletzt aber nicht jeder ‚bloß‘ unverhältnismäßige Eingriff die Menschenwürde.“⁶⁴⁵ Somit ist das

641 Vgl. Wolff, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 257.

642 Vgl. Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 490.

643 Vgl. Bock, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 258.

644 Vgl. Manzei, Widerspruchslösung, S. 101 ff.

645 Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 56.

Ergebnis der Abwägung eindeutig: Das Verbot im § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG erweist sich noch als verhältnismäßiger Eingriff⁶⁴⁶.

C. Ärztliche Organtransplantation der in Kliniken befindlichen Leichen

I. Untersuchung des Gewahrsamsverhältnisses zum Leichnam

Vor Inkrafttreten des TPG m. W. v. 01.12.1997 war die Organentnahme strafrechtlich noch allein an § 168 StGB zu bemessen. Strafrechtlich relevant ist nur und allenfalls die Wegnahme der Leichenorgane. „An ihr entzündet sich seit Anbeginn der Transplantationsmedizin sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtfertigungsebene ein kontroverser Meinungs austausch: Wer hält den Leichnam in seinem Gewahrsam und wer ist dazu berechtigt? Werden die Organe bei der Transplantation aus berechtigtem Gewahrsam weggenommen?“⁶⁴⁷

1. Die überwiegende Ansicht

„Jede Wegnahme der Leiche aus dem Gewahrsam einer der bezeichneten Personen würde nach §. [sic] 168 strafbar sein, vorausgesetzt, dass dieselben zum Gewahrsam auch berechtigt sind.“⁶⁴⁸ Nach der heute herrschenden Lehre erfüllt die Transplantatentnahme aber jedenfalls innerhalb einer Klinik und damit innerhalb der eigenen Gewahrsamssphäre des verantwortlichen Arztes nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 168 StGB⁶⁴⁹.

Aufgrund der staatlichen Verpflichtung für die Bestattung der Verstorbenen beruht die Berechtigung des Totensorgerechts auf der tatsächlichen Zu-

646 Siehe dazu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 498: „Denkbar wäre schließlich in Einzelfällen eine unmittelbar auf Art. 4 I GG gestützte Rechtfertigung des Arztes, der zur Rettung des Patienten seinem Gewissen und dem ärztlichen Ethos folgend die Transplantation vornimmt. Auch wenn die Reaktionsmöglichkeiten des Rechtsanwenders auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit erst unten erörtert werden, soll bereits jetzt darauf hingewiesen werden, dass man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, eine unverhältnismäßige Regelung treffen zu wollen [Hervorh. d. Verf.]“

647 *Kretschmer*, Leichenfrevell, S. 512.

648 *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 43.

649 Vgl. *Ulsenheimer/Biermann/Bock*, Arztstrafrecht, S. 458.

griffsmöglichkeit des Leichnams⁶⁵⁰. Somit zählen zu den Berechtigten prinzipiell außer den nächsten Angehörigen noch Gefängnisse, Krankenhäuser, Armenhäuser, kirchliche oder bürgerliche Gemeinden, ein Staat oder eine andersartige juristische Person⁶⁵¹. „Als berechtigt zum Gewahrsam einer unbestatteten Leiche haben alle diejenigen zu gelten, welchen die Sorge der Beisetzung obliegt, vorausgesetzt jedoch, daß sie auch in der Lage sind, den Gewahrsam tatsächlich auszuüben.“⁶⁵²

Anders gesagt: Der überwiegenden Ansicht nach ist das Hauptkriterium zur Bestimmung des Gewahrsamsinhabers nur die faktische Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche. Im § 168 StGB werden die im wörtlichen Nebeneinander von „Gewahrsam“ und „Berechtigung“ zum Ausdruck gekommenen faktischen Komponenten dargestellt. Im Vergleich zur „Berechtigung“ bedeutet der „Gewahrsam“ im § 168 StGB auch keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Beziehung, wie *Crusen* betont: „Denn der Gewahrsam, als etwas rein Thatsächliches, wird erst durch eine bestimmte Handlung erlangt und tritt nicht kraft eines Rechtes ipso iure ein.“⁶⁵³ „In der ersten Tatbestandsalternative des § 168 StGB komme mit der Formulierung ‚aus‘ dem Gewahrsam eine räumliche Beziehung zum Ausdruck, die der Berechtigte zu dem Leichnam haben müsse.“⁶⁵⁴ Deshalb wird der Begriff des Gewahrsams, wie § 242 StGB zeigt⁶⁵⁵, vom Gesetzgeber zur Kennzeichnung einer unmittelbaren, tatsächlichen Herrschaft bzw. der Möglichkeit faktischer Verfügung und Einwirkung auf einen Gegenstand verwendet. Zwar unterscheidet sich § 168 StGB durch das entsprechende Rechtsgut von § 242 StGB und man kann dogmatisch noch weiter anstreben, unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzrichtungen die wörtlich identischen Gewahrsamsbegriffe zu parallelisieren, aber der Gewahrsam im § 168 StGB

650 Vgl. *Ratzel/Lippert/Prütting*, Kommentar zur MBO-Ä, S. 255.

651 Vgl. *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 44 ff.

652 *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 17.

653 *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 43.

654 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 47.

655 Siehe dazu *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, § 242 StGB, Rn. 1/2: „Da einem Eigentumswechsel am Diebesgut regelmäßig § 935 BGB entgegensteht, wird der Eigentümer im Grunde nur in der Ausübung seines Rechts, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (vgl. § 903 BGB), betroffen; Rechtsgut des § 242 ist daher lediglich die Verfügungsmöglichkeit des Rechtsgutsinhabers. [...] Daneben soll nach hM auch der Gewahrsam selbstständiges Schutzgut des § 242 sein mit der Folge, dass sowohl der Eigentümer als auch der Gewahrsamsinhaber als ‚Verletzter‘ iSv §§ 77, 247 in Betracht kämen [Hervorh. d. Verf.]“

deutet nach der herrschenden Meinung eine ärztliche Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche als besondere Sachherrschaft an, wie *Lütke* zeigt:

Der Begriff Gewahrsam sei aber trotz der zur Berücksichtigung des Rechtsgutes notwendigen „rechtsnäheren und tatferneren“ Auslegung ein den Anwendungsbereich begrenzendes Faktizitätselement. Demnach könne der so verstandene Begriff des Gewahrsams nicht identisch mit der Rechtsbeziehung der Angehörigen zur Leiche sein. Daher hätten nicht die Angehörigen, sondern die gerade tätig werdenden Ärzte den Gewahrsam an den in Kliniken befindlichen Leichnamen. Nach dieser Ansicht ist also das Leitprinzip der „Sachherrschaft“ aus § 242 StGB auf die „tatsächliche Obhut“ des § 168 StGB zu übertragen, indem dort die faktische Zugriffsbefähigung auf die Leiche als entscheidendes Kriterium für die Interpretation zu sehen ist [Hervorh. d. Verf.].⁶⁵⁶

Darüber hinaus setzte der historische Strafgesetzgeber diese herrschende Meinung bereits durch: „Gegen das Ende des 18. Jahrhunderts änderte sich die Auffassung, daß das Delikt des Leichen- und Gräberfrevels einen religiösen Charakter trüge, ganz offensichtlich. Mit wenigen Ausnahmen sehen die Partikulargesetze des 19. Jahrhunderts das Eigentum als verletztes Rechtsgut des Leichen- und Gräberfrevels an und somit wurde aus dem Religionsdelikt ein Sachdelikt. Die Wegnahme des Leichnams war Diebstahl, die Verletzung des Grabes Sachbeschädigung [Hervorh. d. Verf.]. Die Strafe war in fast allen Gesetzen Arbeitshaus oder Gefängnis bis zu einem Jahr.“⁶⁵⁷

Heute zeigt ein Großteil der Rechtsprechung⁶⁵⁸ und auch der Literatur, dass aufgrund der faktischen Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche allein die

656 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 48.

657 *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 18.

658 Besonders deutlich zeigt es sich in dem vom AG Berlin-Tiergarten entschiedenen Fall in NJW 96, S. 3092: „Im Uniklinikum Rudolf Virchow wurden Verstorbenen anlässlich rechtmäßig durchgeführter Sektionen auch Hirnhäute entnommen und diese verkauft. Das AG verneinte die Leichenteilqualität i.S.d. § 168 StGB, weil die Leitung des Krankenhauses im Falle des Versterbens berechnigte Inhaberin des tatsächlichen Gewahrsams sei. Durch ihre Entscheidung, die bei Sektionen entnommenen Teile nicht wieder in den Körper zurückzulegen, werde das entnommene Körperteil aus dem Schutzbereich des § 168 StGB ausgegliedert. Unabhängig davon, daß konsequent nach dieser Ansicht im übrigen nur der Gewahrsamsbruch hätte abgelehnt werden dürfen – der Berechnigte im Sinne von § 168 StGB soll die Obhut ausüben und hat keinerlei Aneignungsrechte! –, hätte das AG folgerichtig den Arzt nach § 246 StGB verurteilen müssen: Wenn durch die Änderung der Zweckrichtung der Schutz des § 168 StGB entfällt, wird der Körperteil eigentumsfähig. Dieses

Klinik bis zur Überführung an die Angehörigen über den entsprechenden Gewahrsam verfügt, was dazu führt, dass in den relevanten Fällen des Versterbens in einer Klinik der traditionelle strafrechtliche Schutz der Leiche vor Leichenteilentnahmen jeglicher Art versagt⁶⁵⁹, obwohl die Gefahr für die Rechtsgüter des § 168 StGB mit den zunehmenden Möglichkeiten der Transplantation und der vielseitigen kommerziellen Verwendung von Leichenteilen ständig wächst⁶⁶⁰.

2. Die sog. Gegenansicht

Die Mindermeinung behauptet, dass unter Rückgriff auf das „Pietätsgefühl der Angehörigen“ als Schutzgut des § 168 StGB der Gewahrsamsbegriff seiner faktischen Komponente entkleidet und zugleich als „Obhutsrecht“ interpretiert wird⁶⁶¹. D. h., der Wortlaut des Gewahrsams kann demnach nicht losgelöst von dem der Vorschrift zugrundeliegenden Zweck bzw. dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut sachgerecht verstanden werden, wie *Lüthe* darstellt:

Die Achtung vor der sterblichen Hülle sei mit dem Gefühl der Verbundenheit der Angehörigen mit dem zum Objekt gewordenen Menschenrest, dem Rückstand der Persönlichkeit auf das engste verknüpft. Dies folge auch aus der Stellung des § 168 StGB im Zusammenhang mit den Religionsdelikten. § 168 StGB trage dem durch den Schutz des Obhutsverhältnisses der Angehörigen zu dem Leichnam Rechnung.⁶⁶²

Anders gesagt: Nach dieser Mindermeinung kann das Gewahrsamsverhältnis bzw. Obhutsverhältnis nur zwischen dem Verstorbenen und seinen Angehörigen strafrechtlich geschützt werden. Der Berechtigte ist demnach vor allem auch der Inhaber des Totensorgerechts. „Daher entsprächen die Begriffe ‚Gewahrsam‘ und ‚Wegnahme‘ nicht denen des § 242 StGB. Aus dem Zweckzusammenhang ergebe sich, daß das Tatbestandsmerkmal ‚Gewahrsam des Berechtigten‘ eine begriffliche Einheit darstelle und das geschützte Obhutsverhältnis der Berechtigten zu dem Leichnam kennzeichne.

Eigentum steht aber dem Erben des Verstorbenen zu. Durch den Verkauf maßt sich der gewahrsamshabende Arzt dieses Eigentum an [Hervorh. d. Verf.]“

659 Vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 168 StGB, Rn. 4.

660 Vgl. *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 51 f.

661 Vgl. *Ulsenheimer/Biermann/Bock*, Arztstrafrecht, S. 458.

662 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 52 f.

Wegnahme bedeute demnach Bruch dieses Obhutsverhältnisses.“⁶⁶³ Deswegen verletzt nach der Mindermeinung ein Arzt, der ohne Einwilligung der Angehörigen Leichenteile entnimmt, das mit dem Begriff „Gewahrsam des Berechtigten“ gekennzeichnete Obhutsverhältnis bzw. Obhutsrecht der Angehörigen und erfüllt dann die erste Tatbestandsalternative des § 168 StGB.

Aber der mögliche Wortsinn des Merkmals des Gewahrsams findet seine Grenze nur in einer irgendwie gearteten faktischen Beziehung eines Objektes zu einem Menschen. Deshalb sind das Gewahrsams- und das Obhutsrecht nicht identisch⁶⁶⁴. Hinzu kommt: „Denn wenn der Gesetzgeber von einem ‚Gewahrsam des Berechtigten‘ spricht, können ‚Gewahrsam und Berechtigung nicht identisch‘ und kann das faktische Element des Gewahrsamsbegriffs nicht auf irgendeine rätselhafte Weise verloren gegangen sein.“⁶⁶⁵ Infolgedessen verstößt diese Mindermeinung gegen das Analogieverbot.

Darüber hinaus bejaht diese Auffassung auch einen Gewahrsamsbruch, wenn den Angehörigen erst zum Zeitpunkt der Organentnahme der Tod des Verstorbenen bekannt wird⁶⁶⁶, wie *Kretschmer* erläutert:

Nun wird man der Klinikleitung nicht absprechen können, über den in ihren Räumlichkeiten liegenden Toten Obhut walten zu wollen. Wenn der Leichnam legitimerweise dorthin gelangt ist, wird man den Gewahrsam auch schwerlich als den eines Nichtberechtigten begreifen können, weshalb der Tatbestand ohne weiteres erfüllt ist, wenn sich ein beliebiger Dritter, wozu auch unautorisiertes Klinikpersonal gehören kann, des Corpus oder seiner Teile bemächtigt [Hervorh. d. Verf.]; m.a.W.: der Leichnam steht (zumindest zunächst und auch) in der Obhut und im Gewahrsam der dazu berechtigten Klinikleitung.⁶⁶⁷

3. Eigener Ansatz

a) Wenn nach der herrschenden Meinung die Berechtigung des Totensorgerechts ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Situation des Inhabers

663 Ebenda, S. 53.

664 Vgl. *Sternberg-Lieben*, NJW 1987, S. 2062; *Duttge*, Menschenwürdiges Sterben, S. 41 f.

665 *Ulsenheimer/Biermann/Bock*, Arztstrafrecht, S. 458.

666 Vgl. *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 82 f.

667 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 512 f.

des Totensorgerechts bzw. der Angehörigen nur die faktische Zugriffsmöglichkeit des Leichnams voraussetzt, dann wird ein Zirkelschluss bei der Interpretation eines Tatbestandsmerkmals vornehmlich in dem Fall, dass keine Angehörigen aufzufinden sind, herbeigeführt, wie *Lüthe* betont:

Dieses führte jedoch zu dem paradoxen Ergebnis, daß berechtigt zum Gewahrsam derjenige wäre, der die Obhut über den Leichnam hat und nicht derjenige, der die Obhut über den Leichnam haben soll! Das Totenfürsorgerecht ergibt sich aus der Beziehung zum Lebenden und nicht aus dem Umstand des Todes.⁶⁶⁸

Anders ausgedrückt: Diese eigenständige Berechtigung beruht zwar wirklich direkt auf der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit des Leichnams, aber sie leitet sich nicht umsonst grundsätzlich vom Totensorgerecht ab; demnach orientiert sich die Berechtigung i. S. d. § 168 StGB noch an der Verwirklichung des Totensorgerechts bzw. Obhutsrechts, wie *Kretschmer* aufzeigt:

Zur Obhut berufen sind allerdings zuvörderst die Totenfürsorgeberechtigten, d.h. regelmäßig die nächsten Angehörigen. Sofern nicht ausnahmsweise eine Beschlagnahme des Leichnams durch die Staatsanwaltschaft oder andere Behörden erfolgt ist, hat die Klinikleitung ihnen gegenüber kein eigenes Obhutsrecht, ist das Recht der Klinik dem Totensorgerecht der Angehörigen nachgeordnet [Hervorh. d. Verf.].⁶⁶⁹

b) Auch wenn die Berechtigung des Totensorgerechts nur auf die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Leichnams abstellen würde, könnte jede gerade tätig werdende Person aufgrund ihrer faktischen Zugriffsmöglichkeit über den Gewahrsam an den bei ihr befindlichen Leichnamen verfügen, so dass der strafrechtliche Schutz nach der ersten Tatbestandsalternative des § 168 StGB gegen die Leichenteilentnahmen jeglicher Art ins Leere laufen könnte, was zum Dammbbruchargument oder *Slippery-slope*-Argument⁶⁷⁰ führt:

668 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 42.

669 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 513.

670 Siehe dazu *Saliger*, Dammbbruchargument in Medizinrecht, S. 639 f.: „Die Gleichbehandlung von Dammbbruch- und Schiefe-Bahn-Argumenten im deutschen Schrifttum ist erläuterungsbedürftig. Immerhin lösen die Bilder von Dammbbruch und Schiefe-Bahn auf den ersten Blick recht unterschiedliche Assoziationen aus. So stellt der Dammbbruch im Vergleich zur Schiefen-Bahn das unzweifelhaft dramatischere Bild dar. Beim Dammbbruch steht erkennbar die Verteufelung der Ersthandlung im Vordergrund, während bei der Schiefen-Bahn die Ersthandlung undramatischer

Wenn man die Praxis A erlaubt (gegen die als solche es möglicherweise keine durchschlagenden Einwände gibt), so wird dies mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit früher oder später zu einer Praxis B führen, die ethisch oder rechtlich eindeutig verwerflich ist. Nach der herrschenden Meinung hätte diejenige Person in der Regel als berechtigt zu gelten, die in ihrem Ortsbereich den Gewahrsam am Leichnam hat, was höchst willkürlich erscheint⁶⁷¹. Wenn man dementsprechend in eng begrenzten Ausnahmefällen bzw. in Kliniken Leichenteilentnahmen ohne Einwilligung der Betroffenen zulässt, weil sie in diesen Fällen legitimierbar sind, so kann dies zu einer Praxis der Wegnahme des Leichnams oder der Leichenbestandteile auch außerhalb jener anfänglichen Grenzen führen, die ethisch wie rechtlich inakzeptabel ist⁶⁷², wie *Saliger* darlegt:

Dammbruch- und Schiefe-Bahn-Argumente nehmen auf Ereignisfolgen Bezug, die durch Eintrittswahrscheinlichkeiten miteinander verbunden sind, die mehr als bloße Möglichkeiten bezeichnen. Zwar ist die bloße Möglichkeit eines Ereignisses f Voraussetzung für eine Eintrittswahrscheinlichkeit von f, die größer als Null ist; denn die Unmöglichkeit oder der Ausschluss eines Ereignisses bedeutet nichts anderes, als dass die Eintrittswahrscheinlichkeit gleich 0 ist [Hervorh. d. Verf.]. Jedoch setzen Dammbruch- und Schiefe-Bahn-Argumente voraus, dass die in Bezug genommenen Ereignisfolgen naheliegende, sich aufdrängende oder gar zwingende Konsequenzen der abgelehnten Ersthandlung sind, also in höheren bzw. hohen Eintrittswahrscheinlichkeiten zueinander stehen [Hervorh. d. Verf.].⁶⁷³

Demnach sollte man die reale betroffene Rechtsordnung möglichst plausibel abgrenzen, um eine willkürliche Grenze zu verhindern. Nach *Saliger* soll man dafür die empirischen Gründe für die Risiken des Hinabgleitens beim Dammbruchargument anführen. „Das setzt komplexe Risikoeinschätzungen soziologischer, sozialpsychologischer, wirtschaftlicher und politischer Art voraus, die eine Vielzahl von Variablen zu berücksichtigen haben:

als Einstieg fungiert und die negative Akzentuierung der gesamten Ereigniskette als Prozeß des Hinabgleitens zumindestens [sic] gleichgewichtig erscheint. [...] Allerdings sind die Dammbruch-Argumente mit ihrer stärkeren Brandmarkung der Ersthandlung spezieller, so dass sie als Unterfall der Schiefe-Bahn-Argumente interpretiert werden können [Hervorh. d. Verf.].“

671 Vgl. *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 17 f.

672 Vgl. *Merkel*, Dammbruch-Argument, S. 285.

673 *Saliger*, Dammbruchargument in Medizinrecht, S. 635.

Einstellungen und Verhaltensänderungspotential der Entscheidungsträger, Funktionsbedingungen von Gesundheitssystem, Politik, Justiz und Wirtschaft, die gesellschaftliche und demographische Entwicklung, die Rechtsentwicklung.“⁶⁷⁴ Anders formuliert: Die Vermeidung dieser Risiken hängt insoweit entscheidend davon ab, wie rational und plausibel die einzelnen Risikoabschätzungen und -bewertungen des Gesetzgebers innerhalb der prognostizierten Ereigniskette begründet werden können.

Somit muss man bestimmen, zu welchem gesetzgeberischen Zweck oder in welcher staatlichen Absicht der Gewahrsam an den in Kliniken befindlichen Leichnamen benötigt bzw. durchgesetzt wird.

Im Vergleich zum § 242 StGB⁶⁷⁵ betont § 168 StGB vornehmlich die Erfüllung der staatlichen Verpflichtung für die Bestattung der Verstorbenen⁶⁷⁶. Anders gesagt: „Ausgeschlossen ist hier die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 242 StGB. Gegenüber dem Grundgedanken des § 242 StGB. [sic], dem Schutz des Eigentums, steht der Grundgedanke des § 168 StGB. [sic] dem Schutz des Pietätsempfindens der Allgemeinheit offensichtlich im Vordergrund.“⁶⁷⁷

Weil die Leiche für die herkömmliche juristische Betrachtung keine fremde Sache ist⁶⁷⁸, besteht der Gewahrsam, der nach Zivilrecht das Macht-

674 Ebenda, S. 641 f.

675 Siehe dazu *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 77 f.: „Eine denkbare Antwort wäre, daß § 242 StGB über das – ebenfalls durch § 246 StGB a. F. geschützte – Eigentum hinaus auch den Gewahrsam selbst schützen soll, Verletztter neben dem Eigentümer daher auch der Gewahrsamsinhaber sein könne, wie der Diebstahl gegenüber einen Dieb gerade belege. Dem muß aber entgegengehalten werden, daß nicht jede Wegnahme zur Bejahung des Diebstahlstatbestandes führt: Nimmt der Eigentümer die Sache einem Dritten weg, so handelt es sich nicht um eine ‚fremde‘ Sache. Der Gewahrsam des Dritten wird also gegenüber dem Eigentümer durch § 242 StGB nicht geschützt. [...] Der wesentliche Sinn des § 242 StGB liegt vielmehr darin, daß das zu schützende Eigentum bereits dann erheblich gefährdet ist, wenn eine Wegnahme der Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgt [Hervorh. d. Verf.]“

676 Vgl. Entwurf StGB E 1962, § 191: Störung der Totenruhe.

677 *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 26.

678 Die Möglichkeit des Eigentums an einer Leiche wird von der Wissenschaft und Praxis ganz überwiegend verneint. Siehe dazu *Englert*, Todesbegriff und Leichnam, S. 141 ff.: „Der Leichnam könne jedoch nicht Objekt dinglicher Rechte, insbesondere des Eigentums sein und er sei zudem aus ethischen Erwägungen heraus dem Rechtsverkehr entzogen. [...], sondern eben der Tote, d.h. ‚Rückstand der Persönlichkeit‘ eines Verstorbenen. Sie hat für unser ganzes kulturelles Denken und Fühlen eine völlig andere Bedeutung als die körperlichen Gegenstände, die § 90 BGB als Sache bezeichnet [Hervorh. d. Verf.]“

verhältnis über eine des possessorischen Schutzes entbehrende Sache bedeutet, an Leichen im zivilrechtlichen Sinne in der Regel nicht⁶⁷⁹, wie *Bieri* hervorhebt:

So hat denn Liszt selber den Begriff „Gewahrsam“ bei Leichen modifiziert, indem er ihn hier nicht im technischen Sinne verstanden wissen will, sondern ihn der Obhut gleichstellt [Hervorh. d. Verf.]. Auch Kahl umschreibt den Begriff u. E. zutreffend: „Gewahrsam ist das rechtlich geschützte Verhältnis der Obhut über die Leiche.“ Hafter spricht von den berechtigten Personen, denen die Bewahrung und die Obhut über den Leichnam zustehen [Hervorh. d. Verf.]. Und Gaugler sieht darin ein Bewahrungsrecht der Hinterbliebenen, das nicht auf dem Sachenrecht beruht. [...] Die Behandlung dieser Frage [nach den zum Gewahrsam, zur Obhut über einen Leichnam Berechtigten] wird uns vor Augen führen, daß die Gewahrsamsberechtigung der aus eigenem Recht Berechtigten immer aus einer Verpflichtung herauswächst [Hervorh. d. Verf.], bei den Angehörigen aus der auf familienrechtlicher Grundlage beruhenden Totenfürsorgepflicht heraus, bei den von öffentlichrechtlichen [sic] Vorschriften geleiteten Organen aus dem öffentlichen Interesse heraus. Die aus abgeleitetem Recht bestehende Berechtigung erwächst aus der übertragen [sic] erhaltenen Verpflichtung [Hervorh. d. Verf.].⁶⁸⁰

Demnach orientiert sich der Gewahrsam an den in Kliniken befindlichen Leichnamen unbedingt an der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht der postmortalen Menschenwürde bzw. der rechtlichen Verpflichtung für die Bestattung der Verstorbenen⁶⁸¹. Daher verfügt der berechtigte Arzt zwar

679 Siehe dazu *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 42: „Abgesehen von bestimmten Umständen, unter denen es den Angehörigen des Verstorbenen möglich ist, eine Leiche an die Anatomie abzugeben oder eine Obduktion zu gestatten, erschöpft sich das ganze Herrschaftsrecht der Berechtigten darin, ein sehr beschränktes Gewahrsamsrecht zu haben und den Bestattungsort in gewissen Grenzen zu bestimmen [Hervorh. d. Verf.]. Diese Rechte sind durch Polizeiverordnungen über das Leichenwesen und öffentlich-rechtliches Gewohnheitsrecht derart eingeschränkt, daß an ein umfassendes Herrschaftsrecht als entscheidendes Merkmal des Eigentums kaum gedacht werden kann.“

680 *Bieri*, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens, S. 79.

681 Vgl. *Trockel*, Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 29 f. Siehe dazu auch *Schrag*, Gefühlszustände, S. 54: „Unzweckmässig ist das Erfordernis des Gewahrsams der Berechtigten. [...] Es sei soviel gesagt, dass es vor der Bestattung die zur Bestattung Berechtigten sind, nach der Bestattung die Person oder Korporation, der die Verwaltung und Pflege der Grabstätte zusteht. Ist Rechtsgut die Pietätsgefühlslage, so folgt, dass es durch Wegnahme aus dem Gewahrsam Unberechtigter ebensogut

selbst über den Gewahrsam an den bei ihm befindlichen Leichen, aber diese Berechtigung wird rechtspaternalistisch eingeschränkt, so dass er keine eigenmächtige Organexplantation durchführen darf, weil diese Organentnahme eine Beeinträchtigung des Rechtsguts des § 168 StGB bzw. eine Störung des öffentlichen Friedens auslösen kann⁶⁸², wie *Kretschmer* erklärt:

Nach verbreiteter Ansicht soll nun ebendieses Obhutsrecht der Totensorgeberechtigten ausreichen, um im Sinne von § 168 StGB ihren Gewahrsam am Leichnam zu begründen. Selbst eine von der Klinikleitung autorisierte Organentnahme bedeutet dann den Bruch dieses Gewahrsams, mithin tatbestandsmäßiges Handeln [Hervorh. d. Verf.].⁶⁸³

Zusammenfassend kommt neben einer Strafbarkeit aus § 19 II TPG deswegen auch eine Bestrafung nach § 168 I StGB in Betracht, wenn eine eigenmächtige Entnahme durch den Arzt zum Zwecke der Transplantation erfolgt.

c) Nach *Thier* stellt das Totensorgerecht auf die Bestimmungen der Rechtslage des Leichnams ab: „Dieses Nichtvermögensrecht umfasst die Befugnis, Bestimmungen über den Leichnam zu treffen. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Rechtsinstitut, das aber in § 2 des Feuerbestattungsgesetzes eine verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundlage findet. Inhaber des Totenfürsorgerechts sind diejenigen, die der Verstorbene mit dieser Aufgabe betraut hat.“⁶⁸⁴ Die Durchsetzung dieser Aufgabe bzw. der Bestattung rekurriert auf die Erfüllung der oben genannten staatlichen Schutzpflicht der postmortalen Menschenwürde, welche ein staatliches Versprechen darstellt, den Willen des Individuums grundsätzlich zu respektieren. Ein solches Versprechen generiert damit zugleich ein Recht bzw. einen Anspruch des Versprechensempfängers darauf, dass dieses Versprechen erfüllt wird⁶⁸⁵, wie *Lütke* betont:

verletzt werden kann. Umgekehrt ist es gerade das Pietätsgefühl, das in diesem Falle zur Wegnahme drängen kann: der Berechtigte nimmt die Leiche weg, um sie ehrenhaft zu bestatten. Diesen Fall löst die vorgeschlagene Ordnung, wonach der Beweggrund im Tatbestand berücksichtigt wird. Man würde ihn dann so fassen, dass jede Wegnahme, sofern nicht aus edlen Beweggründen getätigt, strafbar wäre [Hervorh. d. Verf.].“

682 Vgl. *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung, S. 83.

683 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 513.

684 *Thier*, Rechtsstatus des Körpers nach deutschem Recht, S. 263.

685 Vgl. *Joerden*, Menschenwürde als juridischer Begriff, S. 225.

Die Person, die in einer faktischen Beziehung zum Leichnam stehen soll, ist tatbestandlich als Berechtigter konkretisiert und als Totenfürsorgeberechtigter definiert. Der Gewahrsamsbegriff umschreibt demnach die faktische Beziehung zwischen Leichnam und Totenfürsorgeberechtigten. Es geht bei § 168. 1, 1.Alt. StGB [sic] um die Gewährleistung der dem Willen bzw. mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entsprechenden Behandlung und Bestattung des Leichnams [Hervorh. d. Verf.].⁶⁸⁶

Die Totenfürsorgeberechtigten sind jederzeit dazu in der Lage, den Leichnam aus der Klinik, dem Altersheim oder dem Leichenhaus abholen zu lassen, insbesondere um die eigenmächtige Organexplantation zu verhindern⁶⁸⁷. Hinzu kommt: „Handeln die Zugriffsbefähigten den Anweisungen des Totenfürsorgeberechtigten zuwider, beseitigen sie damit die faktische Beziehung, die die potentielle Schutzmöglichkeit zuordnet, brechen also den Gewahrsam des Berechtigten.“⁶⁸⁸

Nach *Bieri* steht es in erster Linie nicht der Klinik, sondern der zuständigen Behörde zu, das Gewahrsamsrecht über den Leichnam im Rahmen des moralisch Erlaubten auszuüben, wenn keine Angehörigen vorhanden sind und auch der Verstorbene nichts über seinen Leichnam angeordnet hat⁶⁸⁹, woraus sich schließlich ergibt: „Die Kenntnis der Klinik von der Person des Totenfürsorgeberechtigten ist nicht zur Entstehung des Gewahrsamsverhältnisses notwendig, da in jedem Fall ein Totenfürsorgeberechtigter vorhanden ist, dessen Anweisungen sich die Klinik unterzuordnen hat. Entweder sind Angehörige ermittelbar oder die Gemeinde, in der der Verstorbene lebte, ist zur Totenfürsorge verpflichtet.“⁶⁹⁰

686 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 87.

687 Siehe dazu *Spilker*, ZRP 2014, S. 113: „Der Einzelne ist in seiner Entscheidung, ob er postmortal seine Organe spenden möchte – ebenso wie bei der Zustimmungsregelung –, frei. Er wird staatlich nicht beeinflusst oder gar zum Objekt staatlichen Handelns gemacht. Er ist lediglich verpflichtet, das Ergebnis seiner inneren Einstellung und persönliche[n] Entscheidung äußerlich erkennbar zu machen, wenn er die Organspende unterbinden will. Solidarische Verpflichtungen gegenüber Mitmenschen sind mit der Garantie der Menschenwürde vereinbar.“

688 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 90.

689 Vgl. *Bieri*, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens, S. 84.

690 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 91.

II. Eigenmächtige Organexplantation durch Ärzte

Nach § 19 II TPG macht sich strafbar, wer entgegen § 3 I oder II oder § 4 I 2 TPG ein Organ entnimmt. Sowohl der Versuch als auch die fahrlässige Tatbegehung werden ebenfalls nach § 19 IV und V TPG sanktioniert.

Wie vorhergehend erwähnt, ist die berechnigte Klinikleitung selbst oder der verantwortliche Arzt, der von der Klinikleitung autorisiert wird, die Organentnahme ohne Einwilligung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen durchzusetzen, auch nach § 168 I StGB zu bestrafen⁶⁹¹. Deshalb bezieht dies sich auf die tatbestandliche Konkurrenz.

Die hier in Rede stehende Konkurrenzsituation lässt sich dadurch darstellen, dass durch eine Handlung, nämlich die Organexplantation, dem Wortlaut nach mehrere Straftatbestände verwirklicht werden können. „Dies entspricht dem Fall der so genannten Gesetzes Einheit bzw. Gesetzeskonkurrenz, welcher dahingehend aufzulösen ist, dass nur ein gesetzlicher Straftatbestand anwendbar ist und die übrigen zurücktreten.“⁶⁹² Inhaltlich kommt es bei der Entscheidung über das Zurücktreten des einen Straftatbestandes darauf an, ob der Unrechtsgehalt der korrekten Handlung durch den anderen Straftatbestand erschöpfend erfasst wird. Anders gesagt: „Maßgeblich sind insoweit die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet[,] und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Es ist erforderlich, dass die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsgutes eine regelmäßige Erscheinungsform der Verwirklichung des anderen Tatbestandes ist.“⁶⁹³ Die tatbestandliche Konkurrenz bezieht sich in der Regel auf zwei anerkannte Erscheinungsformen: Spezialität und Subsidiarität. „Bei dem Verhältnis der Spezialität enthält der spezielle gesetzliche Tatbestand alle Merkmale des generellen und darüber hinaus [sic] noch mindestens ein Merkmal mehr. Durch das zusätzliche Merkmal oder die mehreren zusätzlichen Merkmale wird der spezielle Tatbestand der engere.“⁶⁹⁴ Weil die Schutzzwecke des § 19 II TPG und des § 168 I StGB auf ein gleiches Rechtsgut bzw. den öffentlichen Frieden

691 Jedoch wird der betroffene Täter bzw. Arzt nach der herrschenden Meinung nur nach § 19 TPG strafrechtlich sanktioniert. Siehe dazu *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 168 StGB, Rn. 7: „Im Bereich des Transplantationswesens sind die o. 6 genannten, auf der Tatbestandsfassung des § 168 beruhenden Strafbarkeitslücken mit der Strafvorschrift des § 19 TPG beseitigt [Hervorh. d. Verf.]“.

692 Pawlowski, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 146.

693 Ebenda, S. 146.

694 Klug, ZStW 1956, S. 400.

bezüglich der postmortalen Menschenwürde abstellen, besteht dazwischen auch das oben genannte Verhältnis der Spezialität bzw. das Stufenverhältnis der Subordination⁶⁹⁵, d. h., § 19 II TPG steht demnach zu § 168 I StGB im begriffslogischen Verhältnis der Subordination, was dazu führt, dass § 19 II TPG als ein spezieller Tatbestand nach dem Grundsatz *Lex specialis derogat legi generali* vollends die Anwendung des § 168 I StGB ausschließt⁶⁹⁶, wie Pawlowski erläutert:

Durch die tatbestandlichen Sonderregelungen des TPG für den Bereich der Organentnahme weisen die Strafvorschriften dieses Gesetzes ferner zusätzliche Merkmale auf, die auf neue Gesichtspunkte abstellen, ohne dabei den erfassten Unrechtsgehalt der Strafnormen des StGB zu minimieren. Da nach der Konkurrenzlehre das Gesetz mit den weiteren Elementen als das speziellere Gesetz anzusehen ist, muss in der vorliegenden Konkurrenzsituation das StGB als allgemeines und insoweit nachrangiges Gesetz angesehen werden [Hervorh. d. Verf.].⁶⁹⁷

Zusammenfassend wird die ärztliche eigenmächtige Organexplantation von in Kliniken befindlichen Leichen nicht (mehr) nach § 168 I StGB, sondern nur nach § 19 II TPG strafrechtlich sanktioniert.

D. Resümee

Die klassischen Rechtsgüter, die sich im Verlauf der Geschichte der Strafrechtspflege durchgehalten haben und offensichtlich Grundlage jeder Strafrechtsordnung sind, wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre, sind ohne große Schwierigkeiten als Güter von Individuen zu verstehen – „falls die jeweilige Staats- und Rechtsideologie ein solches individualistisches

695 Siehe dazu ebenda, S. 404 f.: „Subordination (Einschließung, Inklusion) liegt vor, wenn jeder Gegenstand, der unter den Begriff A fällt, auch unter den Begriff B fällt, ohne daß zugleich das Umgekehrte gilt. Dabei wird der Begriff A in der traditionellen Terminologie der Logik der untergeordnete (subordinierte, eingeschlossene) und der Begriff B der allgemeinere (generellere, übergeordnete, dominante, einschließende) Begriff genannt. [...] Die begriffslogische Struktur der Spezialität ist, wie man unschwer erkennt, die Subordination [Hervorh. d. Verf.]“

696 Siehe dazu ebenda, S. 400: „In beiden Fällen gilt der Satz, daß der spezielle Tatbestand den generellen ausschließt. *Lex specialis derogat legi generali*. Von Ausnahmesituationen, die etwa dann gegeben sind, wenn das spezielle Delikt nur versucht, das generelle aber vollendet ist, kann hier abgesehen werden [Hervorh. d. Verf.]“

697 Pawlowski, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 148.

Verständnis erlaubt.⁶⁹⁸ Mit der allmählichen organisatorischen Komplizierung menschlichen Zusammenlebens, vornehmlich mit dem Entstehen staatlicher und gesellschaftlicher Institutionen, verlangt aber auch die sich verselbständigende Gesellschaft den Schutz durch strafgesetzliche Normen. Anders formuliert: Die Interessen einer solchen Gesellschaft haben sich schon von jeweils individuellen Einzelinteressen abgelöst als Interessen einer „Gesamtperson“, z. B. Volksvermögen⁶⁹⁹, wie *Amelung* zeigt:

Kann der Sozialschaden an einem „Gemeingut“ eintreten, so gewinnt er einmal kollektivistische Züge, die der Sozialschadenslehre der Aufklärung fremd waren. Für die Aufklärung ist sozialschädlich, was individuelle Rechte verletzt; das einzige „Gemeingut“, das sie kennt, ist der Staat, der der Sicherung individueller Rechte dient. Birnbaum führt dagegen nichtstaatliche, rein „gesellschaftliche“ Gemeingüter ein, und daran hat die Rechtsgutslehre bis heute festgehalten.⁷⁰⁰

Die systemtranszendente Rechtsgutskonzeption legt den Grundstein für eine kritische Betrachtung des geltenden Strafrechtssystems insgesamt. „Denn das Rechtsgut, konzipiert als eine Größe, welche nicht vom legislatorischen Willen ausgeht, sondern ausschließlich auf der Grundlage einer von ihm unabhängigen Wertordnung besteht, erlangt aufgrund seiner Stellung die Potenz, sowohl als Topos für die Beurteilung der Legitimität von bereits geltenden Strafnormen als auch als kritischer Maßstab für die Aufstellung neuer Tatbestände zu fungieren, und erhält in diesem Sinne generell eine den Strafgesetzgeber einschränkende Rolle.“⁷⁰¹

Zwar sind nach *Roxin* die Schutzobjekte von ungreifbarer Abstraktheit nicht als Rechtsgüter anzuerkennen⁷⁰², aber die Wirklichkeit zeichnet ein anderes Bild: Während die klassischen Rechtsgutslehren nach dem Zweiten Weltkrieg oft als inhaltsleer denunziert werden, erkennt der Strafgesetzgeber mit der teleologischen Interpretation mehr kollektive Schutzgüter als

698 Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, S. 71.

699 Siehe dazu *Rigopoulou*, *Paternalismus*, S. 314: „In der pluralistischen Gesellschaft sei konsensfähig, dass schwere und irreparable Körperverletzungen als allgemein unzulässig angesehen werden; diese allgemeine Erwartung der Unzulässigkeit schwerer Körperverletzungen trotz Einwilligung reiche unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des sozialen Friedens als Strafgrund aus.“

700 *Amelung*, *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*, S. 273.

701 *Gkoutis*, *Paternalismus*, S. 200.

702 Vgl. *Roxin*, *Rechtsgüterschutz*, S. 143; *Roxin*, *Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts*, S. 502.

früher an. Gleichzeitig stellt der Begriff der Menschenwürde nicht mehr nur eine anthropologische Qualität dar, „die in spezifischen Eigenschaften des Menschen ihren Ausdruck fände und in intersubjektiven Zusammenhängen sozial-empirisch erfahren werden könnte.“⁷⁰³ „Sie ist vielmehr eine Qualität des Menschen als ‚homo noumenon‘, also Ausdrucksform eines intelligiblen Vernunftprinzips, das empirisch gleichwohl nicht leerläuft.“⁷⁰⁴ Die Kant'sche Objekt-Formel ist für die Definierung der Menschenwürde zum einen inhaltsleer, nichtssagend und vage; zum anderen versagt sie „bei wortwörtlichem Verständnis als Mittel zur Bestimmung von Menschenwürdeverletzungen: denn ganz unvermeidlich wird jeder Mensch als Mittel und nicht als Zweck von anderen Menschen wie auch der staatlichen Gewalt in vielen Situationen des Lebens behandelt“⁷⁰⁵. D. h., diese Formel stellt vielmehr dar, dass der Mensch nicht zum „bloßen Mittel“ degradiert bzw. instrumentalisiert und damit seiner Freiheit beraubt werden darf⁷⁰⁶. Hinter dem Menschenwürdeschutz steht dabei ein eindeutig benennbares Kollektivinteresse, nämlich der öffentliche Frieden⁷⁰⁷.

Als „Ausnahme vom Rechtsgutsdogma“⁷⁰⁸ wird der öffentliche Frieden damit rein normativ so verstanden, dass man von anderen die mögliche Wahrung bzw. Achtung der Sozialsicherheit bzw. die Verhinderung einer zukünftigen Störung der öffentlichen Ordnung erwartet⁷⁰⁹. In diesem Sinn beruhen die kollektiven Schutzgüter auf der Einhaltung der ordnungsstiftenden Normen unseres geordneten Zusammenlebens⁷¹⁰.

703 Luf, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 311.

704 Ebenda, S. 311.

705 Dreier, in: Dreier, GG, S. 104.

706 Vgl. Hruschka, JZ 1990, S. 1.

707 Vgl. Schmidt, Postmortaler Würdeschutz, S. 229 f. Siehe dazu auch Neumann, Die Tyrannei der Würde, S. 165: „Die Alternative zu einem ontologischen Modell ist eine Konzeption, in der Menschenwürde nicht substantiell, sondern relational verstanden, nicht in der Person, sondern in der Interaktion zwischen Personen lokalisiert wird. Die Garantie der Menschenwürde ist dann nicht als Anerkennung einer besonderen Eigenschaft des Menschen, sondern als gemeinschaftliches Versprechen zu sehen [Hervorh. d. Verf.]. Ansatzpunkt für die Bestimmung des Schutzbereichs des normativen Prinzips der Menschenwürde wäre nicht die Frage, worin diese Würde besteht, sondern die ganz andere, wodurch Menschen gedemütigt werden können, welche Handlungen eine entwürdigende Behandlung anderer implizieren. Bezugspunkt ist also die Verletzbarkeit des Menschen unter dem Gesichtspunkt der sozialen Mißachtung [Hervorh. d. Verf.]“

708 Vgl. Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, S. 386.

709 Vgl. Stegbauer, Rechtsextremistische Propaganda, S. 171.

710 Vgl. Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, S. 387.

Tatsächlich hat sich der Rechtsgutsbegriff als nicht in der Lage erwiesen, den kollektiven Schutzgütern Grenzen im Sinne der systemkritischen Rechtsgutslehre zu setzen. Doch auch die Verhältnismäßigkeit kann nicht als effektives Kriterium der Strafrechtsbegrenzung für die kollektiven Schutzgüter funktionieren⁷¹¹, wie *Appel* darlegt: „Der Formelkompromiß des Verfassungsgerichts lautet daher regelmäßig auf einen weiten und praktisch nur im äußersten Grenzbereich überprüfbaren Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die nach außen hin hochgehaltene gesteigerte Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung erweist sich damit im Ergebnis als weitgehend verbal.“⁷¹² Dadurch wird deutlich, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwar einen notwendigen, aber für sich genommen keinen hinreichenden Schutz vor (paternalistischen) Freiheitseinschränkungen bietet⁷¹³.

Nicht zuletzt wird die ärztliche eigenmächtige Organexplantation von in Kliniken befindlichen Leichen nach § 19 II TPG strafrechtlich sanktioniert.

711 Vgl. *Greco*, ZIS 2008, S. 238.

712 *Appel*, Verfassung, S. 174 f.

713 Vgl. *Hillgruber*, Schutz des Menschen, S. 164 f.