

# Kommentare

Cornelius Prittwitz

Aidsbekämpfung – Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts?

## *I. Einleitung: Das Märchen vom »guten Prinzen Strafrecht«*

Die strafjuristische Profession hat sich des Themas AIDS schnell und in vielfältiger Weise bemächtigt. Anders formuliert: Die Gesellschaft hat das Thema umgehend an ihr Subsystem »Strafrecht« überwiesen. Das ist ein denkwürdiges Phänomen; überraschen sollte es jedoch niemanden. »Aids und Strafrecht« ist die logische Fortführung eines modernen Märchens in Fortsetzungen. Die in Erinnerung gebliebenen früheren (zum Teil noch nicht abgeschlossenen) Kapitel heißen: »Terrorismus und Strafrecht«, »Betäubungsmittelmißbrauch und Strafrecht« und »Umweltzerstörung und Strafrecht«. Erstaunlich an diesem Märchen ist allerdings, jedenfalls für mit dem Strafrechtssystem Vertraute, daß das Strafrecht die Rolle des guten Prinzen spielt, der der all diesen Bedrohungen hilflos gegenüberstehenden Gesellschaft Rettung verspricht. Etwas unerwartet ist auch, daß die Märchenerzähler politisch und gesellschaftlich aus den verschiedensten Lagern kommen<sup>1</sup>. Aber wer glaubt schon ernsthaft daran, daß das Strafrecht eine wirksame Waffe gegen die aufgezählten »Geißeln der Menschheit« ist? Das Märchen vom »guten Strafrecht« verdient nähere Betrachtung, und sein letztes Kapitel »Aids und Strafrecht« eignet sich – unabhängig von der notwendigen strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit dem Problem<sup>2</sup> – dafür besonders gut.

## *II. Die Merkmale des modernen Strafrechts*

Strafrecht verspricht mehr, als es halten kann; schlimmer: Es richtet dabei mehr Schaden als Nutzen an. Diese wenig schmeichelhafte Beurteilung des »modernen Strafrechts« bedarf der Erläuterung.

Die Entwicklung des modernen Strafrechts – besonders deutlich zu beobachten seit Mitte der 70er Jahre – ist gekennzeichnet durch eine Tendenz »Weg von einem Tat-, hin zu einem Täterstrafrecht« (dazu: III.1), und einer parallelen Tendenz »Zurück zum ›bösen Täter‹ und zum ›guten Opfer‹« (III.2.). Kann man insoweit von einem wiederum stärker moralisierenden Strafrecht sprechen, so kann man andererseits beobachten, daß es ein wenig effizientes und vielleicht nicht einmal auf Effizienz

<sup>1</sup> Dazu schon: Scheerer, KJ 1986, 245 und Lüderssen, StV 1987, 163.

<sup>2</sup> Vgl. dazu kritisch vor allem: Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, 360 ff., Bruns, NJW 1987, 693 und 2282; die gegenteilige Ansicht wird vertreten vor allem durch: Herzberg, NJW 1987, 1461 und 2283, Geppert, Jura 1987, 668. Vgl. auch meine »Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners« (demnächst in der NJW) und »Die Ansteckungsgefahr bei AIDS – ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken«, Juristische Arbeitsblätter 1988, 427 (2. Teil in (Heft 10 der JA)).

angelegtes Strafrecht ist. Es produziert vielmehr *kontraproduktive Normstabilisierung* (III.3.) und läßt sich weitgehend auf die Funktion reduzieren, einen entschlossenen handelnden Gesetzgeber vorzutäuschen (III.4.).

305

### *III. Der – untaugliche – Versuch der Aidsbekämpfung durch Strafrecht*

#### *1. Die Tendenz zum Täterstrafrecht*

Unser Strafrechtssystem versteht sich als Tatstrafrecht. Damit ist in erster Linie gemeint, daß die Prüfung der Strafbarkeit erst beginnen darf, wenn ein Mensch gehandelt hat<sup>3</sup>. Die Tat ist Anknüpfungspunkt der Strafverfolgung. Umgekehrt würde man als extremes Täterstrafrecht ein Strafrechtssystem bezeichnen, das den »Täter« seiner bösartigen Absichten oder seiner Gefährlichkeit wegen bestraft, ohne daß es dafür einer Tat als Anknüpfungspunkt bedürfte<sup>4</sup>. Wegen der offensichtlichen Gefahr des Abgleitens eines Täterstrafrechts in ein Gesinnungsstrafrecht, besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, daß am Tatstrafrecht jedenfalls in dem Sinn festzuhalten ist, daß die Tat Anknüpfungspunkt der Reaktionen des Strafrechtssystems ist<sup>5</sup>. Reflektiert aber auch die Praxis der Strafverfolgung diesen grundsätzlichen Konsens? Eine Antwort darauf findet sich, wenn man sich praxisnah ausmalt<sup>6</sup>, wie eine tatstrafrechtlich orientierte Strafverfolgungspraxis aussehen würde.

Ausgangspunkt wäre ein Mensch, der sich angesteckt hat und deswegen zur Polizei oder zur Staatsanwaltschaft geht, um eine Strafanzeige gegen eine konkrete Person oder gegen Unbekannt zu erstatten. Dies ist unwahrscheinlich; selbst, wenn es sich abspielt, hat aber der Angezeigte gute Aussichten, daß es nicht zu einer Verurteilung kommt. Die Schwierigkeiten beginnen mit der Frage, wie das Opfer feststellt, daß es angesteckt ist. Den HIV-Antikörpertest wird das Opfer entweder machen, weil es Krankheitssymptome hat, oder vorsorglich zur eigenen Beruhigung, für die Versicherung, für einen Arbeitgeber, der die Einstellung vom negativen Testergebnis abhängig macht. In beiden Fällen gibt das Testergebnis »HIV-positiv« keinerlei Hinweis darauf, wann und wodurch die Infektion erfolgte. Die Inkubationszeit der Viren ist ungewiß; Experten schätzen, daß die Antikörperbildung etwa 6 Monate nach der Virusübertragung feststellbar ist; es kann aber auch sein, daß die Inkubationszeit noch sehr viel länger ist. Unabhängig davon weiß das Opfer und der testauswertende Wissenschaftler nicht, wie lange das Opfer schon infiziert ist. Selbst wenn das Infektionsopfer einen konkreten Verdacht hegt, also weiß, oder vermutet, daß ein Sexualpartner HIV-positiv ist, wäre zu fragen, ob auf der Grundlage einer solchen Verdächtigung beim Verdächtigten zu strafprozessualen Zwecken ein Aids-test angeordnet werden dürfte. Selbst wenn wir einen HIV-positiven Beschuldigten hätten und weiter unterstellen, das Opfer bezeuge glaubhaft, nur von diesem Sexualpartner könnte die Infektion stammen, dann würde das aus der Warte des Beschuldigten legitime Forschungen im Sexualleben des Opfers und unter Umständen weitere Tests erforderlich machen. Deren Zulässigkeit wäre freilich endgültig mehr als zweifelhaft, weil gegen diese Personen kein Anfangsverdacht besteht und

<sup>3</sup> Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, 193.

<sup>4</sup> Baumann, Strafrecht AT, § 3 III.3.a.

<sup>5</sup> Eine mehr täterstrafrechtliche Orientierung des Teilbereichs des Strafrechts, das sich mit den Rechtsfolgen beschäftigt, wird dagegen seit langem, wenn auch mit unterschiedlichem Nachdruck für sinnvoll gehalten.

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch: Herzog, in: Das Strafrecht im Kampf gegen »AIDS-Desperados«, Manuscript 1987, S. 5 ff.

auch die Voraussetzungen des § 81c Abs. 2 StPO kaum anzunehmen sind. Nur die Verteidigungsinteressen des Beschuldigten könnten den Test legitimieren, eine de lege lata zu Recht nicht vorgesehene Zulässigkeitsbegründung für strafprozessual begründete Grundrechtseingriffe. Selbst in diesem äußerst unwahrscheinlich anmutenden Szenario ist das Gericht schwer vorstellbar, das mit der erforderlichen Gewissheit ausschließt, daß die Infektion doch auf anderem Weg erfolgt sein könnte. Anzumerken ist noch die einzigartige Rolle des Beschuldigten als – unzulässiges, in der Praxis aber wichtigstes – Beweismittel. Der Beschuldigte kann nämlich die Tat nicht gestehen. Er kann nur gestehen, daß er ungeschützten Sexualkontakt hatte. Es verwundert nicht, daß die bisherigen Strafverfahren so nicht in Gang gekommen sind. Vielmehr war Ausgangspunkt der Ermittlungen ein HIV-positiver, ein daher potentiell »gefährlicher« Mensch: Eine Prostituierte, die vom Gesundheitsamt mit einem Tätigkeitsverbot belegt wurde, und nach deren Freiern die Polizei suchte, im ersten Münchener Fall<sup>7</sup>, ein Vergewaltiger im zweiten Münchener Fall<sup>8</sup>, ein Bisexualer schließlich im Nürnberger Fall, auf den die Strafverfolgungsorgane durch einen Hinweis seines Arztes aufmerksam geworden waren<sup>9</sup>. In zwei dieser drei Fälle mußte sich die Polizei intensiv bemühen, »Opfer«, also Sexualpartner des Beschuldigten zu finden. Bei dieser Art der Opferfahndung steht freilich noch nicht fest, daß die Opfer infiziert sind. Ein Test bei ihnen wäre wohl auch unzulässig. Zwar erlaubt § 81c Abs. 2 StPO auch die Blutuntersuchung anderer Personen als des Beschuldigten, wenn die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich ist; aber sie ist nicht nur nicht unerlässlich, sondern sogar ungeeignet: das mögliche Ergebnis: »HIV-positiv« würde ja wieder nichts über die tatsächlich erfolgte oder nicht erfolgte Ansteckung gerade durch diesen Beschuldigten aussagen, wie oben dargelegt wurde. Darauf kommt es den Strafverfolgungsbehörden aber gar nicht an; sie brauchen das Opfer nur als Zeugen dafür, daß der Virusträger tatsächlich »gefährlich« ist, also seine Sexualpartner weder informiert noch durch die Verwendung von Kondomen geschützt hat.

Es zeigt sich, daß die Praxis sich längst am Leitbild eines Täterstrafrechts orientiert. Das gilt für die »Aidsbekämpfung« durch Strafrecht und ebenso, ohne daß dies im einzelnen deutlich zu machen ist, auch für die »Bekämpfung« von Terrorismus und Betäubungsmittelmißbrauch. Wenn man dieses Phänomen im Bereich der Bekämpfung von Umweltkriminalität noch nicht so deutlich beobachten kann, dann weist das darauf hin, daß in diesem Bereich der symbolische Charakter noch eindeutiger im Vordergrund steht.

## *2. Die Tendenz zur eindeutigen Rollenverteilung: »Böser Täter – gutes Opfer«*

Parallel dazu ist zu beobachten, daß dem Täter wieder alle Schuld zugeschoben wird. Die Einsicht in mögliche Mitschuld und Mitverantwortlichkeit des Opfers, hat den Boden, den sie – sensationell schnell – gewonnen glaubte, ebenso schnell wieder verloren. Man muß sich kurz in Erinnerung rufen, bis zu welchem Grad Strafrechtswissenschaftler bereit waren, die klare Unterscheidung in »Gut« und »Böse« in Frage zu stellen. So argumentiert Amelung in seiner 1977 veröffentlichten Studie über »Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug«<sup>10</sup>, »ein Verständnis vom Verbrechen, das dieses als ein linear vom Täter zum Opfer verlaufenden Prozeß

7 AG München NStZ 1987, 407.

8 LG München: vgl. den Pressebericht in der SZ vom 21.7.1987.

9 LG Nürnberg-Fürth: vgl. die Presseberichte in FR, FAZ, SZ und taz vom 17.11.1987.

10 Amelung, GA 1977, 1.

ansieht, bekommt diesen Sachverhalt (des Betruges, CP) nicht in den Griff ...«<sup>11</sup>. Noch grundsätzlicher möchte *Schünemann* das viktimologische Prinzip als Auslegungsprinzip zur Kernwaffe gegen die Strafbarkeitshypertrophien des Strafrechts machen<sup>12</sup>. Diese Erwägungen führten zu der Einsicht, daß die Feststellung von Mitschuld des Opfers im konkreten Fall zu einer wirklichkeitsnäheren Beurteilung des Täterverhaltens führt<sup>13</sup>. In Teilbereichen des Strafrechts wurde gar ein völliger Verzicht auf Strafrecht erwogen, wenn das »Opfer« durch Schaffung von Verführungs- und Versuchungssituationen oder durch Verzicht auf Selbstschutzmaßnahmen »mitschuldig« geworden ist<sup>14</sup>.

Diesen Tendenzen ist schnell und entschieden widersprochen worden. Vermutet wurde ein rollenvertauschendes Schwarz-Weiß Gemälde<sup>15</sup>, und »blaming the victim«<sup>16</sup> wurde als unangebracht empfunden. Wie stark dieser Widerstand gegen solche differenzierenden Überlegungen ist, demonstriert nun die Diskussion um »Aids und Strafrecht«, obwohl gerade hier die Mitverantwortlichkeit des »Opfers« mehr als offensichtlich ist. Anstatt von unverantwortlich leichtsinnigen Freiern zu reden, die in ihrer ganz großen Mehrheit nach wie vor die Verwendung von Kondomen zum Selbstschutz und Fremdschutz ablehnen, wird von rücksichtslosen Prostituierten gesprochen. Die Identifikation mit den »Opfern« ist offensichtlich ebenso groß wie die Bedrohlichkeit des Phänomens, und das Ergebnis ist das Zerbild eines bösen Täters, der die Verdrängung der Angst erleichtert und von der Eigenverantwortlichkeit ablenkt.

### *3. Die kontraproduktive Normstabilisierung*

Die Gerichte, die HIV-Virusträger bisher wegen Ansteckungsgefährdung bzw. versuchter gefährlicher Körperverletzung verurteilt haben<sup>17</sup>, haben in den mündlichen Urteilsbegründungen ausnahmslos auch den generalpräventiven Aspekt ihrer Urteile betont. Auch im strafrechtlichen Schrifttum<sup>18</sup> wird dieser Aspekt zur Rechtfertigung des Einsatzes der Waffe »Strafrecht« erwähnt. Die erwähnten Richtersprüche lassen zwar befürchten, daß Generalprävention als Abschreckung und letzten Endes als »diffuse Schreckensverbreitung«<sup>19</sup> verstanden wird; hier sei gleichwohl auf die »positive« Version der Generalprävention eingegangen, der in der modernen Strafzweckdiskussion allein legitimierende Wirkung zugetraut wird<sup>20</sup>. Ihr zufolge ist das generalpräventive Ziel des Strafrechts nicht die Abschreckung, sondern die Behauptung und Sicherung grundlegender Normen<sup>21</sup>.

Normstabilisierung könnte sich freilich im Fall Aids als unerwünscht erweisen. Zu fragen ist nämlich, welche Norm denn durch Strafurteile stabilisiert würde. Die Norm hieße wohl: »Wer infiziert ist, darf keinen ungeschützten Geschlechtsverkehr mit über die Infektion nicht aufgeklärten Partnern ausüben!« Warum soll aber diese Norm nicht stabilisiert werden? Ist sie nicht eine zentrale Sozialnorm der Aidsbe-

<sup>11</sup> Ameling, GA 1977, 17.

<sup>12</sup> Schünemann, Bockelmann-Fs., 1979, 117 ff.

<sup>13</sup> Schneider, DRIZ 1978, 142.

<sup>14</sup> Arzt, JuS 1974, 693 ff.; Arzt hat hier allerdings nicht, wie die Formulierung mißverstanden werden könnte, an Sexualdelikte gedacht, sondern an Ladendiebstahl.

<sup>15</sup> Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, 8.

<sup>16</sup> W. Ryan, Blaming the Victim?, New York, 1971.

<sup>17</sup> Vgl. Fn. 7-9 sowie LG Hechingen AIFO 1988, 220 und LG Minden, SZ v. 21.4.88. Anders jetzt: AG Kempten, SZ v. 2.7.88.

<sup>18</sup> So vor allem: Herzberg, NJW 1987, 1461.

<sup>19</sup> Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, 362.

<sup>20</sup> Vgl. nur: Hassemer/Lüderssen/Nauke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979.

<sup>21</sup> Hassemer, (o. Fn. 3), 296.

kämpfung? Doch und soweit sich die Norm auf ihren Normteil »Verhaltensnorm« oder »Handlungsanleitungsnorm« reduzieren ließe, wäre folgerichtig nicht viel gegen die Normstabilisierung einzuwenden<sup>22</sup>.

Stabile Normen sind aber nicht nur »handlungsleitend«. Sie sind stets auch komplementäre »Erwartungsnorm« der »Verhaltensnorm«. Damit meine ich, daß sich die Normadressaten prinzipiell aus potentiellen »Tätern« und aus potentiellen »Opfern« zusammensetzen, wobei der einzelne Normadressat beide Rollen gleichzeitig verkörpern kann. Der Teilespekt »Erwartungsnorm« der Norm läßt sich etwa wie folgt umschreiben: »Weil es diese Norm gibt, und weil sie stabilisiert wurde, brauchst Du, Normadressat, in Deiner potentiellen Opferrolle Dich nicht auf ein normwidriges Verhalten einzustellen.«

Wenn das richtig ist, dann drängt sich die Frage auf, ob nicht jede Normstabilisierung schädlich ist. Nützt es denn dem Bürger, wenn er sich – wie man weiß: kontrafaktisch – darauf verläßt, daß die Normen eingehalten werden, und sich deswegen nicht selbst besser schützt? Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß Selbstschutz ein Kostenfaktor ist. Selbstschutz ist »teuer« und das natürlich in einem umfassenden – und nicht auf geldwerte Kosten reduzierten – Sinn. Je mehr ich mich selbst schützen muß, desto mehr belastet mich das; wenn ich mich gegen alle Gefahren, die das Leben mit sich bringt, ständig schützen müßte, wäre ich gelähmt, zumindest aber überfordert. Normstabilisierung ist damit für das Leben der Normadressaten wichtig, weil sie ihn vor ständiger Vorbereitung auf schädigendes Verhalten entlastet. Hinzu kommt, daß die Gefahr genau von den wenigen Normadressaten droht, die die Norm *bewußt* brechen.

Das ist bei der aidsbezogenen Norm anders: Zunächst ist der Selbstschutz einfach: Er erfordert eine – vergleichsweise bescheidene – Änderung des Sexualverhaltens. Wichtiger aber ist, daß hier die Gefahr vor allem von Virusträgern droht, die gar nicht um ihre Infektion wissen. Denn unbestritten steht der Gruppe von »infektionsbewußten« Infizierten eine – nach manchen Schätzungen bis zu hundert Mal – größere Gruppe von »nichtsahnenden« Infizierten gegenüber. Wenn man zusätzlich berücksichtigt, daß wohl nur ein kleiner Teil der infektionsbewußten Infizierten so unverantwortlich ist, seine Partner weder aufzuklären noch zu schützen – mit 10% scheint mir diese Zahl abwegig hoch gegriffen –, dann ist die Gefahr, von einem solchen nichtsahnenden Infizierten angesteckt zu werden 1000 Mal größer.

In Anbetracht dieser Gefahrenbeschreibung ist eine Norm, die signalisiert: »Du brauchst Dich nicht eigenverantwortlich vor der Ansteckung zu schützen«, kontraproduktiv<sup>23</sup> und widerspricht auch der zu Recht in den Vordergrund gestellten gesundheitspolitischen Aufklärungskampagne.

#### *4. Das präventionsorientiert sich gebende, in Wirklichkeit »nur« symbolische Strafrecht*

Die Fahndung nach Menschen, die unsere Gesellschaft durch Terrortaten, Umweltkatastrophen oder durch die Verbreitung des AIDS-Virus gefährden, gibt sich präventionsorientiert. Die Behauptung, man könne diese Gefährdungen durch Strafrecht wirksam bekämpfen, und der Glaube, der diesen Behauptungen ge-

<sup>22</sup> Vgl. Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, 362.

<sup>23</sup> So schon im strafrechtlichen Schrifttum: Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, 362 und 370; Bruns, NJW 1987, 693. Aus soziologischer Sicht ausführlich: Rosenbrock, AIDS kann schneller besiegt werden, 3. Aufl., 1987, 148 ff., zusammenfassend auch in AIFO 1988, 163.

schenkt wird, ist wesentlicher Grund dafür, daß solches Strafrecht weithin für legitim gehalten wird.

309

In Wirklichkeit dürfte das Strafrecht keine signifikanten Beiträge zur Bekämpfung von Terrorismus und Umweltkriminalität leisten. Zum mindesten hat es seine überwiegende Nützlichkeit empirisch bisher nicht belegt. Erst recht gilt dies für die Bekämpfung von AIDS. Alle diese Bereiche zeichnen sich vielmehr dadurch aus, daß bei ihnen – wie *Hassemer* jüngst bezüglich der Drogenkriminalpolitik<sup>24</sup> und *Herzog/Nestler-Tremel* bezüglich der Aids-Kriminalpolitik<sup>25</sup> gezeigt haben – ein hoher Problemlösungsbedarf dem – wirklichen oder vermeintlichen – Fehlen tauglicher Problemlösungsmöglichkeiten gegenübersteht. Diese Gemengelage aber ist, wie *Hassemer* betont, der Nährboden für eine symbolische Gesetzgebung, die sich darauf beschränkt, den *Eindruck* eines präsenten und entschlossen handelnden Gesetzgebers zu erwecken.

## Michael Wunder

### Die Sterilisation Behindter und der Schatten der Geschichte

»In Bonn waren wir uns nach eingehender Aussprache völlig darüber klar, daß es ein unsinniges Ding sei, heute Menschen als durch dieses Gesetz (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses von 1933, d.V.) zu Unrecht behandelte zu entschädigen und vielleicht morgen in die Notwendigkeit gesetzt zu sein, dieselben Menschen unter ein neues Eugenikgesetz zu stellen.«<sup>1</sup> Niemand geringeres als Friedrich von Bodelschwingh schrieb diesen Satz 1962 an den Bischof Dibelius von der Evangelischen Kirche Deutschland (EKD), nachdem er gerade aus Bonn zurückgekehrt war und sich dort gegen eine Wiedergutmachung für die Opfer der NS-Zwangsterilisation ausgesprochen hatte. Der Zusammenhang zwischen der Weigerung, die Zwangsterilisierten als Opfer des Nationalsozialismus anzuerkennen, und Bestrebungen, ein neuerliches Sterilisationsgesetz zu erlassen, drängt sich auch auf, wenn man die derzeitige Diskussion in Bonn betrachtet.

Nach jahrelangen Verzögerungen haben sich Mitte Januar 1988 die Koalitionsfraktionen und die SPD im Justizausschuß des Deutschen Bundestages darauf geeinigt, das »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« nicht zum NS-Unrecht zu erklären. Eine solche Erklärung hätte den überlebenden Zwangsterilisierten – das Bundesfinanzministerium hatte 1985 ihre Zahl auf 88 000 geschätzt – nicht nur die politische und moralische Anerkennung als Opfer des Faschismus gebracht, sondern auch Rentenansprüche. Beides wird jetzt den Betroffenen erneut verweigert. Der Justizausschuß beschloß als Vorlage für den Bundestag, daß lediglich die durchgeföhrten Zwangsterilisierungen Unrecht gewesen seien und als Maßnahme geächtet werden sollten. Die Zwangsterilisierten sollten erneut auf die seit 1980 bestehende Möglichkeit aufmerksam gemacht werden, 5000,- DM über den Härte-

<sup>24</sup> *Hassemer*, JuS 1987, 257 ff.

<sup>25</sup> *Herzog/Nestler-Tremel*, StV 1987, 361 f.

<sup>1</sup> Brief von Friedrich von Bodelschwingh vom 9. 11. 1962 an Bischof Dibelius von der EKD, Hauptarchiv der von Bodelschwinghschen Anstalten, Sig. 2/11-17.