

Lorenz Böllinger

Strafrecht, Drogenpolitik und Verfassung

1. Das Drogenproblem: ein Drogenpolitikproblem

Über die Einstufung des Drogenproblems als weltweites Sozialproblem erster Ordnung, über die Sozial- und Individualschädlichkeit des Konsums illegaler Drogen also, herrscht derzeit offiziell globaler Konsens. In dichotomer, eine universalistische Moral der Abstinenz behauptender Betrachtungsweise sind illegale Drogen und ihre Protagonisten zum Feind erklärt worden, der zu bekämpfen sei. Von »Bedrohung der Jugend« und »Herausforderung des Staates« ist die Rede. In Politik, Medien und vielen Institutionen wird moralische Panik inszeniert. Dementsprechend aufgerüstet werden seit langem die rechtlichen, personellen und sachlichen Ressourcen dieses Kampfes. Vorreiter sind die USA und die UNO. Deutschland folgt devot-theatralisch mit dem »Nationalen Rauschgiftbekämpfungsplan« von 1990. Neben der Terrorismusbekämpfung liefert die zur »Geisel der Menschheit« stilisierte illegale Drogen die maßgebliche Legitimation für eine noch nie dagewesene internationale Vernetzung und Intensivierung sozialer Kontrolle in einer polizeilich-kryptischen, parlamentarisch und justiziell virtuell unkontrollierbaren Sphäre.¹ Zugleich dient sie in bewährter Weise als Sündenbock für die Verschiebung kollektiver Affekte, die in Wirklichkeit durch soziale Krisen bewirkt sind.

Eine herausragende Rolle in diesem »Krieg« wird dem 1971 und 1981 verschärften Betäubungsmittelstrafrecht beigemessen. Es soll jetzt erneut verschärft werden. Gerade in seiner aufgeklärten, liberalisierten und sozialstaatlich modernisierten, an empirischen Schadensnachweisen statt behaupteter Moral orientierten Rechtsgüterschutz-Zwecksetzung scheint sich das Strafrecht legitimatorisch und instrumentell zur Kontrolle des illegalen Drogenkonsums und zur Herbeiführung einer drogenfreien Gesellschaft gut zu eignen. Dieser Anschein wird durch die weitere Modernisierung des Strafrechts im Sinne einer vorverlagerten, vorgeblich an Ursachen und Motivationsbildung instrumentell und symbolisch anknüpfenden Verhaltenskontrolle unter euphemistischen Leitbegriffen wie »Prävention« und »Verbrechenvorsorge« noch verstärkt.² Die gesamte Drogenpolitik ist insofern strafrechtlich abgeleitet und legitimiert, als sie entweder durch die »Peitsche« von Abschreckung und Ausmerzung des erklärten Feindes »Drogenhandel« das Angebot reduzieren oder durch das »Zuckerbrot« von erzwungener Drogenerziehung und -therapie speziell-präventiv die Nachfrage zurückschrauben soll.

Zum einen sind jedoch diese Behauptungen durch Aufdeckung des Scheiterns der

¹ Vgl. dazu ausführlich: Busch, Heiner: Von Interpol zu Trevi. Polizeiliche Zusammenarbeit in Europa. In: Cilip: Bürgerrechte & Polizei, H. 30, 1988, S. 38 ff.

² Vgl. Albrecht, Peter Alexis: Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem. KritV 1986, S. 54 ff.

Individual- und Generalprävention sowie die allgemeine Erforschung von selektiver Implementation und kontraproduktiver Auswirkung des Strafrechts widerlegt.³ Der strafrechtliche Präventionsbegriff ist insofern unspezifisch und ideologisch, als die Definition der Ansatzpunkte von Prävention nicht wissenschaftlich und wahrheitsorientiert erfolgt, sondern entsprechend politischer und institutioneller Opportunität und Machtverteilung gesellschaftlich konstruiert ist.

Zum andern ist die Strategie des »Krieges gegen die Drogen« – gemessen an ihren offiziellen Intentionen – total gescheitert. Sie muß – auch bei immanenter Betrachtung – als bereits im Ansatz verfehlt und durch die Tatsachen widerlegt bezeichnet werden. Individuelles Verhalten wird nicht durch Strafangst gesteuert, sondern durch ein komplexes Bedingungsgesüge von Individual- und Sozialstruktur, Situation, sozialen und rechtlichen Normen, Folgebereitschaft aufgrund von Sinnverstehen oder Realangst reguliert.

Das immer weiter verschärzte Instrument der Strafe für jeglichen Umgang mit Drogen, für Geldwäsche und Unterstützung der Herstellung, Gewinnabschöpfung, geheimdienstähnliche Fahndungsmethoden usw. sind zudem stumpfe Schwerter gemessen an der flexiblen weltweiten Verästelung der Drogensyndikate und -kartelle, die durch legal reinvestierte Riesenprofite und Verquickung mit Politik, Waffenhandel und Terrorismus zum kryptisch wuchernden, gefährlichen Machtfaktor geworden sind. Die militante Drogenpolitik hat weder den Drogenverkehr mindern können noch hat sie das Maß der Abstinenz oder auch nur der Wahrnehmung von Drogentherapie verstärkt.

Die Politik des »Mehr von demselben!« – übrigens ganz parallel zur perhorreszienten Eigenlogik der Drogen – eskaliert nur das Problem und ist auch nicht mit dem billigen Argument wegzureden, daß es ohne diesen Krieg noch viel schlimmer gekommen wäre. Die Drogenpolitik ist im Gegenteil selbst zu einer wesentlichen Bedingung dessen geworden, was zu bekämpfen sie vorgibt: Zunahme des Angebots und Konsums illegaler Drogen, soziale Verelendung der Drogenabhängigen, immense Steigerung der Todesfälle durch Überdosen, Machtverstärkung der Syndikate. Dabei zeigt sich als – vielleicht nur scheinbar unbeabsichtigte – Nebenwirkung die zunehmende Unkontrollierbarkeit der strategisch operierenden und teilweise korrupten Polizei sowie zuweilen gar die direkte Militarisierung der Rauschgiftkämpfung im Sinne einer neuen Art von Bürgerkrieg. Auf dieser Ebene militärisch-physischen Machtkampfs nach innen sind demokratische Systeme im Gegensatz zum Totalitarismus bewußt und gewollt nicht überlegen. Eine demokratische Gesellschaft kann es sich zudem ohne Legimitations- und Glaubwürdigkeitsverlust nicht leisten, entgegen dem offiziellen sozial- und kriminalpolitischen Programm in der Mehrzahl suchtkranke Endverbraucher praktisch wegen ihrer Krankheit mit Freiheitsstrafe zu belegen und die demokratiegefährdenden Drogensyndikate faktisch zu schonen und sich gar von ihnen das Gesetz des Handelns diktieren zu lassen. Nebenfolge der herrschenden Drogenpolitik ist also eine Beeinträchtigung der politischen Kultur, ja sozialer und kultureller Grundwerte überhaupt.

Unter psychosozial intakten oder auch nur (sub)-kulturell aufgeklärten, selbstkontrollierten und ritualisierten Bedingungen ist Heroinkonsum pharmakologisch, medizinisch, psychologisch und soziologisch betrachtet – im Gegensatz beispielsweise zu legalen Drogen wie Alkohol und Nikotin – unschädlich und kann ohne verkürzte Lebenserwartung langfristig aufrechterhalten und je nach Kontext auch ohne extreme Entzugserscheinungen wieder eingestellt werden. Die offiziöse

³ Übersicht zur Forschungslage bei Schumann u. a.: *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*. Neuwied, Luchterhand, 1987.

Grundannahme dieser Politik, illegale Drogen schädigten per se die Volksgesundheit, ist also unzutreffend. Konsum des Heroins und manch anderer Drogen macht zwar körperlich und psychisch in vielen Fällen abhängig, aber bei weitem nicht generell, wie behauptet wird. Zustandekommen, Form und Verlauf dieser Abhängigkeit sowie ihre Definition als »krank« oder »abweichend« sind überwiegend vom soziokulturellen Kontext bestimmt.

Das herrschende Bild des verwahrlosten und kriminellen Fixers ist nur eine Facette aus der realen Phänomenologie des Konsums illegaler Drogen und beruht weder auf der naturgegebenen und direkten Auswirkung der Droge oder einer »Fixer-Persönlichkeit« noch auf der Eigengesetzlichkeit der Suchtkrankheit. Es handelt sich vielmehr dabei – idealtypisch gesehen – um das Resultat eines komplexen soziobiographischen Wechselspiels zwischen Individuum und der Gesamtheit sozialer Umweltbedingungen, um eine »Karriere«. Diese könnte unter anderen soziokulturellen Bedingungen anders ablaufen.⁴ Dabei spielt die Kriminalisierung die entscheidende Rolle.

Die Bundesrepublik hat trotz des in §§ 35 ff. Betäubungsmittelgesetz (BtMG) behaupteten kompensativen und präventiven Dualprinzips »Therapie statt Strafe« im Hinblick auf gesetzliche Regelungen und deren realen Vollzug eines der repressivsten Prohibitionssysteme der Welt. Für den Fall einer Liberalisierung prognostiziert man eine epidemische Ausweitung der Abhängigkeit. Dabei hat die relative Freigabe von Drogen in anderen Ländern erwiesenermaßen nicht diese Wirkung gehabt – ebenso wenig wie früher die Freigabe des Alkohols in den USA. In den besonders belasteten US-Metropolen wird deshalb zunehmend die Freigabe von Heroin gefordert. Kriminalisierung bedingt dschungelhaften Schwarzmarkt und extreme Preise und vergrößert damit exponentiell die Konsumrisiken durch Streikung und Verunreinigung, durch Unregelmäßigkeit und Unkalkulierbarkeit der richtigen Dosis, durch »Beigebrauch« anderer Drogen (»Polytoxikomanie«), durch Ausweichen auf gefährliche, weil unerprobte »Designer-Drogen« und durch den allgemeinen Streß der Drogenbeschaffung. Kriminalisierung zwingt den Drogenbenutzern einen entfremdeten, dissozialen, krankmachenden Lebensstil auf, eine absolute Zerrissenheit der Lebensweise und Unregelmäßigkeit der Drogendosierung und Ernährung. Sie führt zu Überschuldung, Verarmung sowie ausufernder sekundärer Beschaffungs- und Begleitkriminalität. Bei der unvermeidlichen Verelendung bewirken Resignation und Gleichgültigkeit eine (selbst-)destruktive Ignoranz gegenüber »safer sex« bei Drogenprostitution oder »safer use« bei gemeinsamer Spritzenbenutzung. Der frühere Ausbruch von AIDS bei Fixern ist zudem nach Erkenntnissen der Psycho-Bio-Immunologie abhängig von sog. Ko-Faktoren wie allgemeiner psychischer und physischer Abwehrschwäche aufgrund belastender Lebensumstände.

In der BRD hat sich – im Gegensatz zu den meisten anderen Ländern – das Modell der stationären Langzeittherapie nach klinischem Entzug als angeblich »ärztlich angezeigte« Behandlungsmethode der Wahl durchgesetzt. Diejenigen 20% der – zumeist im Zusammenhang mit Cannabis-Mißbrauch – Verurteilten, die aufgrund betäubungsmittelrechtlichen Zwanges in den »Genuß« einer stationären Langzeittherapie kommen, werden zum Großteil von kapitalistisch organisierten Therapiekonzernen verwaltet und mit zweifelhaften Therapiemethoden zu oberflächlicher Anpassung konditioniert. Bei einer geschätzten Zahl von 60–90 000 Fixern und einer Zahl von ca. 3000 Langzeit-Therapieplätzen müssen ohnehin die meisten Heroin-

⁴ Vgl. zu den empirischen und theoretischen Hintergründen ausführlich: Scheerer/Vogt (Hg.): *Drogen und Drogenpolitik*. Frankfurt, Campus, 1989; Böllinger, Lorenz: *Drogenrecht – Drogentherapie*. 2. Auflage. Frankfurt, FHS, 1987.

konsumenten ohne Behandlungschance leben. Risiko-, schadens- und streßmindernde Angebote wie Einwegspritzenvergabe, Fixerräume und Stoffanalyse werden verweigert. Folge ist das von den Medien begierig aufgegriffene Erscheinungsbild vom extrem sozial und gesundheitlich verwahrlosten Fixer: befallen von Hepatitis und HIV/AIDS, Venenentzündungen, Abszessen, Hautkrankheiten, Zahnerfall, reaktiven psychischen Störungen etc., ständig auf Achse, um zu stehlen, zu rauben, sich zu prostituieren. Hierzu zählt insbesondere auch die Gefahr von HIV-Infektionen wegen der notgedrungenen gemeinsamen Nutzung von Spritzbestecken: Derzeit sind 25% der Fixer HIV-positiv.

Dabei ist die Möglichkeit des unpathologischen Verlaufs der Heroinabhängigkeit empirisch gesichert: Mindestens 25% der Abhängigen konsumieren selbstkontrolliert und unauffällig und sind nicht hilfsbedürftig. 25%-30% der Fixer können aufgrund lebensgeschichtlicher Bedingungen oder einfach so »herauswachsen« und wieder abstinent werden. Die Gesundheitsrisiken des Heroingebrauchs sind also nicht direkt aus der Droge ableitbar, sondern aus dem Teufelskreis der Kriminalisierung und der dadurch bedingten riskanten Konsum-Modalitäten und sozialen Marginalisierung. Wir haben nicht trotz, sondern wegen immer perfekterer Strafverfolgung und versfehlten Therapiezwanges eine unverändert hohe registrierte Drogenkriminalität, eine rapide gestiegene Zahl von Todesfällen aufgrund von Überdosierungen, eine internationale Schattenwirtschaft mit jährlich 500 Milliarden Dollar Drogengeldern, kurz: Prohibition ohne die beabsichtigte Wirkung. Nicht die illegalen Drogen sind ursächlich für die Sozialschäden, die zur Legitimierung der Drogengesetze und Verfolgungspraxis herangezogen werden, sondern die Gesamtheit der Drogenpolitik konstruiert die Problemrealität. Es geht nicht um ein Drogenproblem sondern um ein Problem des sozialen Umgangs damit, um ein Drogenpolitikproblem.

2. Vom Abstinenz- zum Akzeptanz-Paradigma

Entsprechend der multikausalen und interaktionellen Entstehung des Problems greift jede Strategie zu kurz, die aus dem Blickwinkel einer einzelnen Wissenschaft, Weltanschauung, Institution oder Berufsgruppe hervorgeht. Lediglich die theoretisch-adiquate, sachübergreifende Verständigung und der Verzicht auf die omnipotente »absolute Lösung« können auf die Dauer eine effektivere, ökonomischere, huminare und damit rechts- und sozialstaatliche Bewältigung der Probleme ermöglichen. Es muß nicht ausgerechnet an dieser Population das Heil der Welt statuiert werden.

Widerlegung und Scheitern des herrschenden Abstinenz-Paradigmas bedingen notwendig das Akzeptanz-Paradigma. Damit sind Reaktionsformen gemeint, die überhaupt oder auch nur vorläufig Drogenkonsum hinnehmen und ihn nicht sogleich und vorrangig in moralisierender Weise zu eliminieren trachten. Zu solchen Programmen der »harm reduction« zählt eine offene Vielzahl von nicht-drogenfreien Strategien, z. B. ambulanter und eine fortbestehende Abhängigkeit akzeptierender, sog. schwellenloser, niedrigschwelliger und suchtbegleitender Methoden. Solche Angebote sind die im Ausland seit langem erfolgreich praktizierte medizinisch, psychologisch und sozialpädagogisch indizierte Opiat- oder Substitutionsbehandlung (insbesondere mit Methadon), Spritzbesteck-Vergabe oder -Austausch, Qualitätsprüfung für Straßenheroin, »Fixerräume« zum streßfreien, hygienischen und gesundheitsüberwachten Gebrauch der Droge, Kontaktläden, Schlafstellen, Psycho-

therapie, allgemeine soziale und berufliche Hilfen, aber auch das Angebot von Hilfe zum selbstbestimmten Ausstieg aus der Abhängigkeit.⁵ Wesentliches Hindernis für die drogenpolitische Umsetzung solch alternativer Drogenpolitik ist jedoch weiterhin das Drogenstrafrecht.

3. *Versäumnisrechtliche Maximen der Strafgesetzgebung: Gegen die methodologische Abstinenz der Legislaturen*

Meine These: Das herrschende Abstinenz-Paradigma verstößt sowohl in seiner Zielsetzung als auch in der drogenpolitischen und strafrechtlichen Implementation gegen die Verfassung. Eine grundlegende Revision in Richtung auf Akzeptanz von Drogengebrauch ist also nicht nur kraft empirischer Evaluation, sondern auch verfassungsrechtlich geboten.

Durch die funktionalistische Orientierung an den Zielen und dem Machbaren ist die notwendige verfassungsrechtliche Begründung und Begrenzung sowohl der Ziele als auch der Mittel zur Zielerreichung aus dem Blick geraten. Unter dem scheinbaren, unhinterfragten Sachzwang des definierten Drogenproblems hat sich die instrumentelle Kontroll- und Kriegslogik gegenüber den grundlegenden Wertentscheidungen unserer Gesellschaft, nämlich den basalen Freiheitsrechten des Menschen und der freiheitlichen und verständigungsorientierten Verfaßtheit unserer Gesellschaft, ver-selbständigt. Von der dienenden, vermittelnden Funktion haben sich die staatlichen Strafversiegungsinstitutionen und ihre Kampfstrategien zum Selbstzweck »emanzipiert«. Ziele und Mittel verschwimmen ebenso wie die moralisierende Behauptung der »Richtigkeit« einer Politik und ihrer daraus sich scheinbar zwingend ergebenden Verfassungskonformität. Eine genuin politische Willensbildung i. S. einer rationalen und diskursiven Prozedur der Ermittlung von sozialen Problembereichen, normativen Handlungsbedarfen und sinnvollen verfassungskonformen Lösungsoptionen gibt es nicht.

Dabei sind Politik und Recht nach Art. 1 Abs. 3 GG an die im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden Grundwerte gebunden. Zwar ist die Freiheitsstrafe als Mittel sozialer Steuerung von der Verfassung vorausgesetzt, wie sich insbesondere aus Art. 103 und 104 GG ergibt. Jedoch resultiert daraus kein Freibrief für den Gesetzgeber, Sozial- und Ordnungspolitik beliebig mit Hilfe des Strafrechts zu verfolgen.⁶ Art. 1 Abs. 3, Art. 19 und Art. 20 Abs. 3 GG erfordern, daß freiheitsbeschränkende staatliche Eingriffe und Eingriffsbefugnisse, aber auch anspruchsge-währende Normen im Gesetzgebungsprozeß zuverlässig auf ihre Verfassungskompatibilität hin überprüft werden. Angesichts ständiger Entwicklung und Verände-rung in der Gesellschaft, im Stand der Wissenschaft und in der »normativen Verständigung«⁷ sind Modifizierungen im rechtlichen Steuerungsinstrumentarium unabdingbar. Dies gilt auch dann, wenn ein scheinbar überwältigender Sachzwang auf den ersten Blick für die Beibehaltung des *status quo* spricht. Staatliche Kontroll-interessen und -methoden müssen den deklarierten Grundwerten axiomatisch untergeordnet werden.⁸ Ein Wandel »normativer Verständigung« erscheint mir inso-

⁵ Detailliert dazu: Stöver, Heino (Hg.): *Der tolerante intravenöse Drogengebrauch*. Berlin, Deutsche AIDS-Hilfe, 1991.

⁶ Vgl. BVerfG NJW 1987, 2287; BVerfGE 56, 54, 70f.

⁷ Vgl. Hassemer, Winfried: *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Reinbek, Rowohlt, 1974.

⁸ Vgl. Haffke, Bernhard: *Argumentationssequenz zum Thema: »Freigabe von Drogen.«* Unveröffl. Man. 1990, S. 1 ff.

fern gegeben, als die expliziten Ansprüche an materielle Freiheit sowie deren Realisierungschancen gewachsen sind. Dementsprechend haben die Strafempfindlichkeit des Bürgers und damit die relative Intensität insbesondere der freiheitsentziehenden Strafen und Maßnahmen erheblich zugenommen.

Mit der gesellschaftlichen Entwicklung geht ein Wandel der Steuerungsformen einher: Vom formal legitimierten, konditional programmierten Eingriff, mit dem die bereits geschehene Abweichung von einem scheinbar universellen Wert und gewollten Idealzustand rückgängig gemacht werden soll, zur inhaltlichen Wertdefinition im Wege gesellschaftlicher Normbildungs- und Norminternalisierungsprozesse sowie zur zweckprogrammierten Maßnahme bzw. Prävention hinsichtlich der Bedingungen solcher Abweichung. Zunehmend gehört es auch zu den Aufgaben des Staates, materielle Strukturvoraussetzungen und Bedingungen der Möglichkeiten zur Grundrechtsbetätigung, zu Entfaltung und Selbstverwirklichung zu schaffen.⁹ Durch diese erst können soziale Prozesse, z. B. der Organisation von gesellschaftlichen Gruppierungen, der Selbsthilfe etc. gefördert werden, auch wenn deren Verläufe ungewiß sind. Diese Prozesse wirken selbst wiederum modifizierend und konkretisierend auf die Verfassungsauslegung und -anwendung ein.

Diese Entwicklung steht in Konvergenz mit veränderten und gestiegenen Anforderungen an die Materialisierung demokratischer, sozial- und rechtsstaatlicher Prinzipien sowie an Transparenz und Legitimität staatlichen Handelns. Sie bedingt zum einen die maximale Annäherung an »Wahrheit« mittels wissenschaftlich-methodischer Zugänge zur sozialen Realität der Regelungsfelder und Lösungsoptionen. Sie bedingt zum anderen eine adäquate Prozeduralisierung legislativen Handelns, um eben diese Transparenz und Realitätsorientierung zu gewährleisten. Daraus resultieren Erfordernisse einer methodischen Evaluation der Gesetzesimplementation und entsprechender Modifikation und Korrektur auch überkommener Regelungen. All dies bedingt verstärktes Nachdenken über die Sozialadäquanz des strafrechtlichen Umgangs mit Drogenkonsum und der Freiheitsstrafe überhaupt.

Das Recht beansprucht, gesellschaftliche Sachverhalte vernünftig zu regeln.¹⁰ So wie im verfassungsrechtlichen Rahmen die Anwendung von Strafrechtsnormen die wirklichkeitsnahe Würdigung einer konkreten Tat und eine schuldangemessene Sanktion voraussetzt, muß auch der Gesetzgebungsprozeß die Wirklichkeit einbeziehen. Die Kriminalisierung sozialschädlicher Verhaltensweisen setzt rechtslogisch eine realistische Prüfung von Risiken und Schäden voraus, deren Vorliegen die Staatsgewalt erst zu Eingriffen in die rechtlich geschützte Sphäre der Bürger befugt. Eingriffe dürfen nicht auf Vermutungen, Vorurteile, Alltagstheorien, Mythen, kollektive Strafbedürfnisse gestützt werden. In der modernen, aufgeklärten Kriminalpolitikwissenschaft besteht seit der 1975 abgeschlossenen Großen Strafrechtsreform dementsprechend Einigkeit über folgende Prinzipien verfassungskonformen Strafrechts:¹¹

1. Ausschließlicher Zweck des Strafrechts ist der Rechtsgüterschutz. Pönalisiert werden dürfen nur sozialschädliche und sozialgefährliche Verhaltensweisen. Der Schutz einer irgendwie definierten »Sittlichkeit« oder Verhaltensmoral,¹² irgendwel-

⁹ Denninger-AK-GG Vor Art. 1, Anm. 17; Podlech-AK-GG, Art. 2 Abs. 1, Anm. 32, 33.

¹⁰ Frankenberg, Günther: AIDS-Bekämpfung im Rechtsstaat. Baden-Baden, Nomos, 1988, S. 17.

¹¹ Jäger, Herbert: Möglichkeiten einer weiteren Reform des Sexualstrafrechts. In: Dannecker/Sigusch (Hg.): Sexualtheorie und Sexualpolitik. Stuttgart, Enke, 1984, S. 68 f., der als erster den folgenden Prinzipienkatalog prägnant formuliert hat.

¹² So auch BVerfGE 23, 40 ff. (Fanny Hill), in deren Gefolge es insbesondere zur Reform des Sexualstrafrechts kam; umfassend: Jäger, Herbert: Sittlichkeit und Rechtsgüterschutz in der Strafgesetzgebung. Stuttgart, Enke, 1975.

cher kultureller Werte oder staatlicher Ziele fällt nicht *eo ipso* unter diese Definition.

2. Die Gefährlichkeit oder Schädlichkeit des betreffenden Verhaltens, also insbesondere die spezifische Kausalität, bedürfen des schlüssigen empirischen Nachweises. Lediglich darüber, welchen qualitativen und quantitativen Anforderungen dieser Nachweis genügen muß, herrscht Streit.
3. Auch unter der Prämisse nachgewiesener Gefährlichkeit darf die Strafbarkeit gegenüber Unrechtsgehalt und Schädlichkeit nicht als Überreaktion erscheinen.
4. Nur spezifisch umschriebene und empirisch belegbare, das soziale Unwerturteil rechtfertigende spezifisch taatbestandtypische Gefahren dürfen pönalisiert werden.
5. Die Regulierung von sozialen Problemen durch Strafrecht muß wegen der besonderen Intensität der Grundrechtseinschränkung äußerstes Mittel der Sozialpolitik und *ultima ratio* im gesetzgeberischen Instrumentarium bleiben. Vorher müssen außerstrafrechtliche Möglichkeiten geprüft werden.
6. Im Sinne einer Folgenanalyse muß die Gesetzgebung durch das Strafrecht selbst bewirkte Sekundärschäden mit dem Nutzen abwägen und eventuell auf Kriminalisierung verzichten.¹³
7. Der Strafgesetzgeber muß mit zeitgerechten wissenschaftlichen Standards und unter Reflexion von Manipulationsmöglichkeiten »veröffentlichter Meinung« prüfen, ob sein Unwerturteil sich mit den Wertüberzeugungen der Bevölkerung immerhin soweit deckt, daß mit der Folgebereitschaft der Bürger zu rechnen ist.¹⁴ Zwar ergibt die strafrechtssoziologische Analyse der faktischen Funktionsweisen und sozialen Funktionen, daß diese idealen Verfassungsziele und -werte durch das Strafrecht nicht verwirklicht werden und vielleicht auch nicht verwirklicht werden sollen. Jedoch muß es der Anspruch eines rechtsstaatlichen Strafrechts bleiben, in diesem Konflikt zwischen Norm und Normwirklichkeit nicht zu kapitulieren. Mit wissenschaftlichem Instrumentarium sind Definition und Dimensionen eines Sozialproblems sowie der Regelungsbedarf, d. h. der Normbereich und das Rechtsgut zu erfassen.¹⁵ Gleichfalls mit wissenschaftlichen Mitteln sind mögliche Optionen der Problemregelung zu entwerfen und hinsichtlich konfliktierender Ziele bzw. Kosten/Nutzen abzuwagen und in mögliche Normprogramme zu gießen. Mit einer methodischen Verfassungsinterpretation und -konkretisierung sind die einzelnen gesetzgeberischen Wertentscheidungen entlang den genannten sieben Kriterien aus den Grundwertentscheidungen der Verfassung herzuleiten. Ob ein Verhalten kriminalisiert wird oder bleiben soll, bedarf deshalb einer regelmäßigen gründlichen, auch wissenschaftlichen Prüfung von Voraussetzungen und Folgen, also einer möglichst die Erkenntnisse der empirischen Wissenschaft einbeziehenden Analyse der objektiven Wirklichkeit. Im Zweifel über auch nur eines der genannten Kriterien muß ebenso gegen ein Gesetz und für die Freiheit optiert werden wie für die Unschuld des Angeklagten. Nur bei extremer Schadensintensität, hochwahrscheinlicher Kausalität und besonders hoher Bedeutung des Schutzobjekts darf gegen das Prinzip »*in dubio pro libertate*« gehandelt werden.¹⁶

¹³ Podlech-AK-GG Art. 1 Abs. 1, Anm. 73; vgl. dazu auch Grimm, Dieter: Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, *KritVJ* 1986, S. 38 ff., 50.

¹⁴ Zitate alle von Jäger 1984 (Fn. 11), S. 68 ff.

¹⁵ Vgl. Stein-AK-GG Einleitung II, Rz. 66 ff.

¹⁶ Vgl. Schneider, *Fschr. 100 Jahre Deutscher Juristentag*, 1960, Bd. II, S. 263 ff.; BVerfG NJW 1983, S. 2627.

4. Die Dialektik der »Prävention«

Die bereits erwähnte, über das klassische Strafrechtsprogramm und die genannten Prüfsteine hinausreichende Logik der Prävention kompliziert jedoch diese scheinbar klare Lage.¹⁷ Zum einen verzichtet das Strafrecht damit nicht auf seine repressive Komponente, sondern erweitert diese lediglich um präventive und kompensatorische Anteile. Zum andern dringt ein auf die kollektiven und individuellen »Ursachen der Kriminalität« zugreifendes Strafrecht – analog zur Implementation des Sozialstaatsprinzips, die eine administrative Erhellung und Durchdringung vormals irrelevanter Privatsphären mit sich bringt – immer mehr in gesellschaftliche Binnenbereiche vor, greift auf Prozesse der Moral- und Motivbildung zu, die es doch gerade nicht erfassen sollte.¹⁸ Im Eifer des machbar Erscheinenden werden die grundlegenden Wertentscheidungen außer Acht gelassen, die durch die Staatstätigkeit verwirklicht werden sollen: Die Mittel verselbständigen sich gegenüber den Zielen, werden zum Selbstzweck. Diese Verselbständigungssprozesse gilt es zur Wahrung der Grundwerte im Gesetzgebungsverfahren zu reflektieren und zu bändigen.

Bei der Konzeption verfassungskonformer sozialer Kontrolle heißt es nunmehr – zumindest auf der Ebene der Legitimation – nicht mehr nur eindimensional das soziale Problem mit den Prozessen seiner Definition und Entstehung ins Auge zu fassen. Angesichts gewachsener Analysepotentiale und Realitätsaufklärung muß heute auch das soziale Macht- und Interessengeslecht berücksichtigt werden, welches den Systemzusammenhang und den konkreten Umgang mit dem Problem steuert.

Im Sinne einer schlüssigen kriminalpolitischen Konzeption lege ich – ein hier sehr verkürztes – theoretisches Verstehensmodell heuristisch zugrunde: Bestimmte soziale Binnenräume wurden in der Geltungsphase des Formalrechts über lebensweltlich vermittelte, verallgemeinerte, klassische und traditionelle Moralen gesteuert. Die zentrale Funktion des Strafrechts darin lässt sich als »Lösung von Handlungskonflikten und Sicherung von Erwartungsstrukturen«¹⁹ bezeichnen. Es hing früher vom sozialen Gewicht der entsprechenden Gruppierungen und statischen kulturellen Strukturen ab, welche Moral sich rechtlich als die herrschende durchsetzte und formal verallgemeinert wurde. Mit einer gewissen Materialisierung von Freiheitsrechten konnten Handlungen und Lebensäußerungen nicht mehr abstrakt einer die Schädlichkeit ungeprüft definierenden Moral subsumiert werden, solange sie im Rahmen bestimmter prozeduraler und inhaltlich legitimierter Anforderungen blieben, sprich: nicht sozialschädlich waren. Gemäß dem »Projekt der Moderne« sollten Interessenkonflikte aufgeklärt und ausgehandelt werden können. Auf der Ebene der Ideologie wird eine größere Breite von Lebensäußerungsformen, von Lebensstilen, von irgendwie definierten Subgruppen und Subkulturen der Gesellschaft toleriert, solange die Rahmenbedingungen nicht tangiert erscheinen. Pluralismus wird ein wichtiger Ergänzungsbegriff für Demokratie. Real findet eine Entmoralisierung von Verhaltensimperativen statt. Sozialpsychologisch gesprochen gibt es einen Übergang von durch externe Über-Ich-Autoritäten stabilisiertem, »konventionellem« Verhalten (i. S. Kohlberg) zu einer Internalisierung von Werten und Verhaltensimperativen samt ihres Sinnzusammenhangs i. S. »postkonventioneller«,

¹⁷ Grimm, Dieter: Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, *KritV* 1986, S. 38, 48; ähnlich Denninger-AK-GG Vor Art. 1, Anm. 17.

¹⁸ Vgl. dazu die strategischen Gesellschaftsentwürfe von Herold und Stümper, zitiert bei Preuß, Ulrich K.: Justizielle und politische Wahrheit im Strafprozeß, in: *Kritische Justiz* 1981, S. 108, 112, Fn. 1 u. 2.

¹⁹ Albrecht 1986 (Fn. 2), S. 55.

einsichtsgetragener und eigenverantwortlicher Steuerung, die erst maximale Mobilität und Flexibilität des Systems erlauben. Internationale Vergesellschaftungsprozesse von Produktion und Konsumtion machen diese Entgrenzung partikularer Moralien ökonomisch notwendig, erfordern die Akzeptanz von ethnischen und anders definierten Subkulturen.

Diese Entwicklung spiegelt sich in der Veränderung staatlicher Eingriffslegitimation. Zugleich verflüssigen sich aber die legitimatorischen Definitionen der Rahmenbedingungen durch herrschaftspraktische Operationalisierungen wie »Herausforderung für den Staat«, »Verfassungsfeindlichkeit«, »Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege« etc. Zudem ist die Wahrnehmung dieser »aufgeklärten« prozeduralen Möglichkeiten dann doch wieder selektiv i. S. sozialer Schichtung ökonomisch-politischer Determinanten. Bei scheinbarer lebensweltlicher Entgrenzung im politischen und psychologischen Sinne kommt es an Rändern und Knotenpunkten zu um so intensiverer sozialer Kontrolle durch eine von Legislative und Judikative selbst nicht mehr hinreichend kontrollierte Exekutive. Exemplarisch dafür steht das Schengener Abkommen über »Ausgleichsmaßnahmen« für die Aufhebung der europäischen Grenzen 1992. Auf das Projekt der Moderne folgt im Grunde eine Absage an das »freie Spiel der Kräfte« und das System der »checks and balances« sowie eine überkontrollierende Tendenz zur Sicherung der Gesamtgesellschaft durch Globalsteuerung. Für solche »Systemsteuerung mittels Prävention«, also mittels Operationalisierung in bezug auf empirisch bestimmte externe Zwecke, soll das Strafrecht eingesetzt werden, ohne daß reflektiert wird, ob es sich in seiner traditionalen Form dafür eignet.

Prävention ist in diesem »post-modernen« Sinne quer zu den traditionellen kriminalpolitischen Strömungen zu begreifen »als umfassende offensive sozialtechnologische Kontrollstrategie, die weit über das traditionelle strafrechtliche Entscheidungsprogramm hinausgreift und widersprüchlich bleibt.«²⁰ Im Maß der Ausdifferenzierung von diversen Subkulturen und Lebensstilen werden traditionelle Kontrollformen obsolet und dysfunktional. An die Stelle reaktiver, repressiver oder – i. S. des Abschreckungs- oder Behandlungsgedankens durchaus auch instrumenteller, jedenfalls individualisierender Verhaltenskontrolle tritt proaktive, operative, auf Subsysteme bezogene Kontrolle. Weniger die instrumentelle Lösung des Einzelkonflikts, sondern vorrangig die systemkompatible »Radikal-Lösung«, d. h. die auf Ursachen und Bedingungen bezogene Intervention in die individuelle und soziale Lebenswelt mit großenteils symbolischer, also nicht-instrumenteller, materiell auf Moral-, Motivations- und Willensbildung zugreifende Technik ersetzt die traditionellen Kontrollformen.²¹ Flexiblere Steuerungsinstrumente, z. B. der Sozialpolitik, treten – durchaus nicht stringent und planmäßig – neben oder an die Stelle des Strafrechts. Zu erklären ist dieser »Paradigmenwechsel«, aber auch seine Widersprüchlichkeit, auf dem Hintergrund einer krisenhaften Entwicklung globaler materieller, ökologischer, sozialer und symbolischer Grundlagen der Gesellschaft, die entsprechend globale und manchmal panische Interventionen scheinbar zwingend erfordern.²²

Prävention in diesem Sinne erfordert Anpassungen, Verfeinerungen in der Regulierung, Differenzierungen, größere Komplexität auch im rechtlichen Programm, wird aber gleichwohl z. T. grobklotzig umgesetzt. Rechtstheoretisch entspricht dem ein Wandel der Gesetzgebungstechnik weg von konditionaler Programmierung i. S. einer Folgenlogik und Reflexion der Auswirkungen auf den vernetzten gesellschaftlichen Systemzusammenhang. Damit kommt es aber um so mehr auf die Defini-

²⁰ Ebd. m.w.N.

²¹ Vgl. hierzu: Preuß 1981 (Fn. 18), S. 108 ff.; Albrecht 1986 (Fn. 2); Grimm 1986 (Fn. 17).

²² Albrecht 1986 (Fn. 2), S. 59.

tionsherrschaft über die Realität an. Die geforderte Feinstreuung können allgemeine Gesetzesbegriffe nicht mehr leisten, es bedarf der einzelfallgerechten und zukunftsorientierten Bestimmung durch den Rechtsanwender. Das bedingt aber, daß die Rechtsbegriffe in den Gesetzen an Präzision und Bestimmtheit abnehmen und für Vermächtungsprozesse anfällig werden. Sie müssen also auf anderen Wegen als durch die traditionelle und starre Voraussetzungslogik kontrolliert werden, nämlich vor allem durch eine methodischere Prozeduralisierung der Realitätsprüfung und verfassungsrechtlichen Wertung.

Diese Tendenzen sind mithin ambivalent und dynamisch im Hinblick auf das Spannungsverhältnis von Freiheitsschutz und Freiheitseingriffen, wie es in der Verfassung zum Ausdruck kommt. Das Strafrecht und die Verfassung selbst liefern im heutigen Verständnis nicht mehr klare und »harte« Rechtsvoraussetzungen, sondern müssen reflexiv i. S. ihrer eigenen Gehalte ausgelegt werden, damit sie inhaltliche Maßstäbe für die Auslegung des Rechts liefern können.

Insgesamt besteht die Gefahr, daß durch die besagte »Verflüssigung« eines zweckorientierten, am Einzelfall und den erwünschten Folgen orientierten Gesetzesbegriffs, durch die Ausweitung bzw. Verlagerung des Spektrums der Kontrolltechniken auf sozial- und humanteknologische Steuerungsmedien und deren Verselbständigung (z. B. im BtMG in Form eines »Initialzwangs«, der Herbeiführung von »Leidensdruck« zwecks Herstellung von Therapiemotivation) verfassungsmäßig garantierte Eingriffsvoraussetzungen nach dem Motto »Der Zweck heiligt die Mittel«²³ verwischt und beseitigt werden.

5. Rechtsgutsdefinition und Realitätsbezug – Reflexive Strafgesetzgebung

Wie kann nun der Rechtsgutsbegriff im hier vertretenen Sinne von Realitäts- und Verfassungsprüfung validiert werden, wie kann empirisch und normativ festgelegt werden, wo und wie Prävention einzusetzen habe? Durch die erwähnte Ablösung universalistischer Moralansprüche und die Ausdifferenzierung von spezifischen Einstellungen zu »Sittlichkeit« und Moral in Teilgruppen der Bevölkerung und eine sich auf sie stützende Rechtsordnung – beispielsweise das Sexualstrafrecht – können andere Subgruppen der Gesellschaft beeinträchtigt werden.²⁴ Bei der verfassungsrechtlichen Abwägung ist stärker als bisher durch Interessenabwägung gesellschaftlichen Entwicklungen, kulturellen Veränderungsprozessen und auch supranationalen Vergesellschaftungsprozessen, die z. B. durch Handel, Arbeitsemigration, Tourismus und andere Formen kulturellen Austauschs und Einwirkens beschleunigt vorangetrieben werden, Rechnung zu tragen.

»Zwecksetzungen« i. S. der erweiterten Präventionslogik werden im Gesetzgebungsverfahren mit gesellschaftlichen Problemlagen begründet. Die Wahrnehmung und Erfassung solcher Problemlagen ist abhängig von den entsprechenden Erfassungs- und Wahrnehmungsmethoden. Es besteht Einigkeit in der epistemologischen Diskussion: Jede Wahrnehmung und Definition eines Gegenstandes ist abhängig von der Struktur und Theoriekonzeption des wahrnehmenden Subjekts und des umgebenden sozialen und situativen Kontextes. Dementsprechend sind Aussagen über soziale Gegenstände und »Problemlagen« Konstrukte, die streng genommen immer nur im Zusammenhang mit der Methode ihrer Feststellung berichtet und

²³ Ebd. S. 60.

²⁴ Baumann, J./Brauneck, A.-E. u. a.: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil, Sexualdelikte u. a., 1968 (AE), S. 35.

weitergegeben werden dürften. Das Postulat des »Wirklichkeitsbezugs«, der möglichst weitgehenden empirischen Erfassung und theoretischen Analyse, bedeutet sowohl für Gesetzgebung wie für die verfassungsmäßige Überprüfung der Gesetze und ihrer Implementation, daß solche Entstehungs- und Kontextbedingungen sowie Theoriekonstrukte mitreflektiert werden müssen.

Die praktische Umsetzung solch weitgehender Reflexionsansprüche ist zugestandenermaßen schwierig. Aber mit zunehmender Eingriffsintensität steigt auch insofern das Anforderungsniveau an Gesetzgeber und -anwender. Die Problemdefinitionen, die gesetzgeberisches Handeln begründen, sind nicht *eo ipso* methodologisch im o. g. Sinne ausgewiesen. Zumeist sind sie identisch mit extern, d. h. von bestimmten Interessengruppen oder einer »öffentlichen« bzw. veröffentlichten Meinung, also wiederum in Abhängigkeit von sozialen Machtstrukturen definierten Sachzwängen. Das bedeutet, daß hier eine »Prozedur« der Problemfeststellung geschaffen werden muß, um gleichsam wildwüchsige, eigendynamische Macht- und Zufallsstrukturen zu kontrollieren.²⁴ Es bedarf eines dem Niveau verfassungsrechtlicher Abwägung entsprechenden Verfahrens sowie der Maßstäbe und Kriterien zur Abwägung und Hierarchisierung von »erkannten« Sozialproblemen. Die Realitätsbeurteilung des Strafgesetzgebers ist sonst »informellen Einflüssen nahezu schrankenlos ausgesetzt.«²⁵ Es müßte hier ein »Beweisverfahren« mit entsprechenden Beweisregeln geben.²⁶ Jäger präzisiert ein mögliches formalisiertes Gesetzgebungsverfahren durch folgende verfassungsrechtlich begründete Kriterien: – Kriminalpolitische Konzeption; – Präzisierung der Gefährlichkeitshypothese; – Empirischer Gefahrennachweis; – Verhältnismäßigkeitsprüfung; – Beschränkung auf deliktspezifische Gefahren; – Vermeidung von Wertwidersprüchen; – Prüfung von außerstrafrechtlichen Alternativen; – Sanktionswirkungen; – Eliminierung irrelevanter Argumente.²⁷ Streit gibt es um die Beweislast; jedenfalls darf das Trägheitsprinzip nicht in dem Sinne herrschen, daß im Zweifel »derjenige die Argumentations- und Beweislast hat, der eine existierende Norm bekämpft«.²⁸

Das Drogenproblem liegt in der Grauzone zwischen besagter traditioneller Definition des Unwerts aus lebensweltlich gewachsener Moralstruktur von universal und absolut gesetzten, dem Strafrecht immanenten Werten bei ökonomischer Basisdetermination einerseits und moderner, externen Zwecksetzungen operational zugänglichen Strafrechtsnormen andererseits. Die traditionelle Bestimmung hat sich gleichsam in das moderne Gesetzesprogramm »eingeschlichen« und bedarf nun dringend der Überprüfung ihrer Validität.

Wir wissen zwar aus der Rechtssoziologie und den Gesellschaftswissenschaften, daß besagte externe Zwecksetzungen und systemweltliche Steuerung inhaltlich mehr denn je auf dem Hintergrund von Prozessen der »Vermachtung«, Interessenkartellierung und »Kolonialisierung von Lebenswelt« (Habermas)²⁹ stattfinden. Jedoch wird nun die Legitimation um so widersprüchlicher. Unter einem erweiterten, ergänzten und inhaltlicher gewordenen Verfassungsverständnis,³⁰ in dem insbeson-

²⁴ Dazu detailliert Scheerer, Sebastian: Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozeß der strafrechtlichen Normgenese, *KrimJ* 1978, 223 ff.; ders.: Die Genese der Betäubungsmittelgesetze in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden. *Diss. Jur. Göttingen* 1982.

²⁵ Jäger, Herbert: Strafgesetzgebung als Prozeß, in: *Eschr. f. Klug*, Köln 1983, S. 83 ff. m.w.N.

²⁶ Ebd.

²⁷ Ebd. S. 92 ff.

²⁸ Ebd. S. 93.

²⁹ Vgl. dazu Bollinger, Lorenz: Sexualstrafrecht – »Kolonialisierung von Lebenswelt«? In: Ostendorf, H. (Hrsg.): *Festschrift für Lieselotte Pongratz*. München, J. Schweizer, 1986, S. 3–17.

³⁰ Vgl. Denninger-AK-GG Vor Art. 1, Anm. 2.

dere der Begriff des Pluralismus eine zentrale Rolle spielt, sind die Maßstäbe andere. Es ist heute durchaus Aufgabe wissenschaftlicher Kriminalpolitik, die Prioritätenfolge unter den zu regelnden gesellschaftlichen Problemen und Konflikten sowie die Lösungsoptionen und Folgeprobleme zu erarbeiten und der Legislative beratend zur Verfügung zu stellen. Das impliziert u. a. eine Analyse der öffentlichen Meinung, aus der die oben angesprochenen Konventionen abgeleitet werden. Diese ist, wie die Mediensoziologie hinreichend belegt, selbst Resultat machtstrukturierter Steuerungsprozesse und als »veröffentlichte Meinung« hermeneutisch zu filtern.

Diese Widersprüche spiegeln sich in der unter Aspekten von Sozialschädlichkeit geradezu willkürlichen Auswahl von strafrechtlichen Regelungsbereichen, die z. B. Arbeits- und Straßenverkehrsunfälle, Schäden durch legale Drogen etc. ausläßt. Bisher haben wir zumeist ein »Zerrbild psychosozialer Realität« als Grundlage strafrechtlicher Normierung. Es besteht zudem die Neigung gerade des Strafrechts, bestimmte Verhaltensweisen »zu übertreiben und zu isolieren, sie aus dem Lebenszusammenhang zu lösen und damit zu entmenschlichen.«³² Die Strafrechtslegitimation hat insofern ideologischen Charakter, als sie Mystifizierungen, Mythisierungen, Dramatisierungen enthält. Dahinter stehen gesellschaftliche Interessen, die Legitimation ist politisch, nicht erkenntnikritisch geleitet. Die mit ausreichender Macht ausgestatteten Strömungen in der Gesellschaft behaupten Allgemeinteressen, während in Wirklichkeit entgegen dem Systemsteuerungsimperativ nur partikulare Interessen und Moralien geschützt werden.³³

Wenn wir es hier also mit machtstrukturierter Auswahl von Regelungsgegenständen und Lösungsoptionen zu tun haben, erscheint es verfassungsrechtlich um so mehr geboten, die sozialwissenschaftliche Analyse im Sinne einer Beweisführung analog streitigen Verfahren zu führen. Einer Prozedur der Problemdefinition und -analyse kommt insofern also nicht nur der formal-legitimatorische Charakter zu, sondern auch eine die Grundwerte substantiiierende Funktion.

Im Sinne einer Art von »Verbraucherschutz« muß Evaluation folgen, ob und wie das Gesetz bewirkt hat, was es sollte (Validität), und ob nicht soziale Veränderungsprozesse den Regelungsgegenstand und/oder die Regelungsinstrumente so verändert haben, daß Modifikationen oder Streichungen erforderlich werden oder unerlässlich sind (Reliabilität). Für diese dem Strafrechtselfstverständnis eigentlich immanente Logik steht die inzwischen entwickelte Implementationsforschung.³⁴ Insofern entspricht heutzutage nicht nur eine Analyse der Folgen, sondern auch eine wissenschaftliche Reflexion der Mittel dem Stand der Kunst.

Der hier geforderte Realitätsbezug bedingt zudem eine Selbstreflexion des Prozesses der Strafgesetzgebung. Es dürfen keine sachfremden, an der vorausgesetzten Kausalbeziehung zwischen staatlichem Eingriff und Rechtsgüterschutz vorbeiziehenden Erwägungen in die gesetzgeberische Entscheidung einfließen, z. B. ein kurzfristiges machtpolitisches Kalkül i. S. »symbolischer Gesetzgebung«, also einer Gesetzgebung, die Aktivität und Kompetenz der regierenden Partei suggerieren soll,³⁵ oder schlicht der Zeitdruck,³⁶ wahl- und koalitionstaktische Kompromißzwänge (»Kuhhandel«) etc. Die gesetzgeberischen Motive müssen transparent und demokratisch

³² Jäger 1984 (Fn. 11), S. 73.

³³ Vgl. Eisenberg, Ulrich: Kriminologie. 2. Aufl., Köln, Heymanns, etc. 1985; Podlech-AK-GG, Art. 2 Abs. 1, Anm. 64 als Kritik zu BVerfGE 6, 437 ff. – Homosexualität.

³⁴ Vgl. z. B. Riem/Voigt (Hrsg.): Durchsetzung und Wirkungen von Rechtsentscheidungen. Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie Bd. 14, 1990

³⁵ Vgl. Gusfield, J. F.: Symbolic Crusade, Urbana/Ill. 1963.

³⁶ Vgl. z. B. Hill, H.: Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg, C. F. Müller, 1982.

nachvollziehbar sein und dürfen keine geheimen Zwecke verfolgen („hidden curriculum“).³⁷

405

Die Betäubungsmittel-Gesetzgebung weist unter diesen methodologischen und inhaltlichen Aspekten gravierende Mängel auf. Sie bedarf schon deshalb der kritischen Überprüfung und Korrektur. Weder die Zielsetzungen noch die dafür eingesetzten Mittel wurden empirisch oder verfassungsrechtlich reflektiert. Es fehlt insbesondere an einer systematischen Abwägung von Zielkonflikten, z. B. zwischen Freiheits- und Gesundheitsinteressen, zwischen Drogennutzern und -abstinenten, zwischen Kosten und Nutzen, sowie der Reflexion zirkulärer bzw. dynamischer Prozesse zwischen Regelungsobjekt und -subjekt bzw. Intervention, zwischen institutionellen und individuellen Interessen. Die legislativen Sorgfaltspflichten sind bei dem unter dem Sog der angeblichen Drogenwellen mit heißer Nadel gestrickten BtMG verletzt worden. Vor allem fehlt der schlüssige Nachweis einer spezifischen Sozialschädlichkeit des pönalisierten Verhaltens, nämlich der behaupteten Schädigung der „Volksgesundheit“, also des Rechtsguts. Paradoxe Weise hat sich das Strafrecht gar zu einer wesentlichen Bedingung für die sozialen Gefährdungen und Schäden entwickelt, die zu beheben es gedacht war.

Auch wenn zugunsten des Gesetzgebers unterstellt wird, daß die eingangs skizzierten empirischen Zusammenhänge bei der Novellierung des BtMG 1981 noch nicht hinreichend bekannt waren, so ist doch heute die Revision sowohl der Ziele wie der Instrumente unabwicisbar. Der lautere Zweck heiligt nicht jedes Mittel.

6. Verfassungswidrige Ziele des BtMG

Durch das Verbot, bestimmte Drogen zu konsumieren, also ein selektives Abstinenzgebot, wird in die Grundrechte derjenigen eingegriffen, die eben diese Drogen konsumieren wollen. Damit wird vorausgesetzt, daß durch solches Verhalten gleichwertige Interessen derjenigen Bürger, die keine solchen Drogen konsumieren wollen, oder überragende Gemeinschaftswerte verletzt werden. Letzteres, der Schutz der Volksgesundheit als Rechtesgut, ist der zentrale Begründungstopos des BtMG von 1971 und 1981.³⁸ Der Begriff der Volksgesundheit ist im Sinne des modernen Rechtsgutsbegriffs nicht operationalisierbar. Wenn man ihn epidemiologisch ausformulieren würde, ließe sich die behauptete Kollision von geschützten Interessen nicht als real existent erweisen (s. o. 1.), deren Hierarchisierung wäre obsolet.

Selbst wenn man – entgegen dem Stand der Wissenschaft – die Prämisse zugrundelegt, illegale Drogen seien *eo ipso* gefährlich, so fehlt es doch an einer dem Grundrechtseingriff adäquaten Kausalität und Unmittelbarkeit der Fremdgefährdung: Es geht nicht um das gewaltsame Beibringen von psychotropen Wirkstoffen, sondern um die behauptete Interessenverletzung durch Verführung und Vorbildwirkung gegenüber mindigen, gleichwohl angeblich aber verführbaren, nachahmungsbereiten Bürgern. Ein Anspruch des Bürgers, gegen bestimmte eigene, mit

³⁷ Vgl. Schumann, Karl F.: Justzforschung, in: Kaiser u. a. (Hrsg.): Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 2. Aufl. Heidelberg, C. F. Müller, 1985, S. 177 ff. m.w.N.

³⁸ In der vorliegenden Form datiert das BtMG vom 28. 7. 1981 (BGBl. I S. 681). Es wurde geändert durch StVÄG v. 27. 1. 1987 (BGBl. I, S. 475). Davor galt das BtMG vom 22. 12. 1971 (BGBl. I S. 2092; Begründung: BT-Drs. 665/70; s. a. BT-Drs. 8/1551, S. 135). Zur Geschichte vgl. im übrigen Körner, Betäubungsmittelrecht, 3. A. München, Beck, 1990, S. 2 ff.; Scheerer 1982 (Fn. 25). S. a.: Selling, Peter: Zur Geschichte des Umgangs mit Opiaten. In: Scheerer/Vogt (Fn. 4), S. 275 ff.

Risikopotentialen belastete Verführbarkeiten, Wünsche, Triebe und Dränge durch staatliche Maßnahmen auch nur selektiv geschützt zu werden, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nicht zu begründen. Die Bevormundung des durchschnittlichen Bürgers hinsichtlich der Entscheidung, ob und wie er Drogen welcher Art auch immer konsumieren will, ist nicht gerechtfertigt. In unserer Verfassungsordnung hat der freie Bürger ein geschütztes Recht auf Selbstschädigung, ja auf Selbsttötung: Suizid ist straflos. Daraus kann nicht der Umkehrschluß gezogen werden, daß der Staat selbstdestruktives Verhalten befürwortet, wenn er Drogenkonsum nicht pönalisiert.³⁹ Jegliche entmündigende staatliche Maßnahme gegenüber dem willensfreien, selbstverantwortlichen und psychisch intakten sowie sich nicht unmittelbar sozialschädlich verhaltenden Bürger ist verfassungswidrig. Die Rechts- und Sozialordnung ist insofern angemessen tolerant: Die Folgekosten gesundheitsriskanten Verhaltens wie Medikamenten-, Nikotin- oder Alkoholmissbrauch, Autoreaserei, Doping etc. sowie die damit jeweils verbundenen Ausstrahlungs- und Imitationsgefahren werden dem Individuum – außer eben bei den illegalisierten Drogen – nicht zugerechnet oder gar unter Strafe gestellt, sondern als »sozialadäquat« definiert und von der Solidargemeinschaft aufgefangen.

Abstinenzforderungen bestimmter Bevölkerungsgruppen zum schützenswerten Interesse zu erheben hieße, eine bestimmte Verhaltensmoral für allgemeingültig zu erklären. Der Staat darf sich jedoch gerade nicht zum Mittler einer Durchsetzung bestimmter Moralen machen, solange keine evidenten Rechtsgutsverletzungen geschehen. Die Drogenprohibition als zentrale Komponente der herrschenden Drogenpolitik verletzt mit ihrer Zielsetzung der Abstinenz also den Wesensgehalt der in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 sowie in Art. 4 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Grundrechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und Gewissensfreiheit.

Das Abstinenzpostulat als normativierter Wertkomplex benachteiligt darüber hinaus in sachlich ungerechtfertigter Differenzierung die Konsumenten illegaler Drogen gegenüber solchen legaler Drogen, die sich in allenfalls gleichem, eher weitaus stärkerem Maße selbst schädigen und damit der Versichertengemeinschaft ökonomische Schäden zufügen, z. B. durch Medikamenten-, Alkohol- und Nikotinsucht und deren Folgewirkungen. Anders als den illegalen Drogen wohnt darüber hinaus dem Alkoholkonsum z. B. in Form aggressiver Enthemmung und hochgradiger Verkehrsgefährdung ein direktes Fremdschädigungspotential innc. Die Drogenpolitik verstößt mirhin bereits in ihrer Zieldefinition gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁴⁰

Aus der Verfassung herleitbare schützenswerte Interessen bestehen nur insoweit, als es um die Wahrung der Willensfreiheit in bezug auf derartige Drogen, insbesondere um den Schutz von willensschwachen und -unfähigen Menschen geht, z. B. Kindern, Jugendlichen und Kranken,⁴¹ sowie um den Schutz des Drogengebrauchers vor unkalkulierbaren Risiken, um die Sicherheit bei Produktion und Verkehr mit suchterzeugenden oder in Überdosierung gefährlichen Betäubungsmitteln.

Grundrechte von Konsumenten illegaler Drogen sind auch dadurch verletzt, daß in den sie betreffenden Vorschriften des Straf- und Sozialrechts grundrechtlich abgesicherte Schutzpositionen und aktive Gewährleistungsansprüche an den Staat gänzlich unberücksichtigt blieben. Solche ergeben sich im Sinne einer Sicherung der Lebensgrundlagen und gesellschaftlichen Teilhaberechte sowie des Schutzes vor grundrechtseinschränkender, nichtstaatlicher sozialer und ökonomischer Über-

³⁹ Vgl. BGHSt 32, 262, 264; so auch Häffke 1990 (Fn. 8), S. 3 ff.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 1, 264, 275; BVerfGE 6, 55, 71; Stein-AK-GG Art. 3, Anm. 28, 50.

⁴¹ Podlech-AK-GG Art. 2 Abs. 1, Anm. 59.

macht sowie allgemeinen Verbraucherschutzes auch für abweichende Lebensstile und Subkulturen.⁴² Die Tatsache, daß der Staat diesen Pflichten bisher nicht nachgekommen ist, stellt einen Verstoß gegen die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 u. 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG dar.

Es besteht aus moderner verfassungsrechtlicher Sicht im übrigen die Notwendigkeit neuer Zieldefinitionen, die dem gewandelten, substantiierten und erweiterten Demokratie-, Pluralismus-, Multikulturalitäts- und Sozialstaatsverständnis gerecht werden. Alternativen Lebensstilen und Subkulturen sind Entfaltungsräume in der Gesellschaft ebenso zu gewährleisten wie eine »Sphäre privater Lebensgestaltung«.⁴³

Aus grundsätzlichen Erwägungen des verfassungsrechtlichen Selbstverständnisses dieses Staates, wie es vor allem im allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Ausdruck kommt, besteht darüber hinaus eine Pflicht zur kontinuierlichen, maximalen Deregulation und Entstaatlichung. Dies gilt erst recht, wo der Staat selbst durch seine Zieldefinition und Intervention, insbesondere die Kriminalisierung, Ursachen für die sozialen Verwerfungen geschaffen hat, die bekämpfen zu müssen er behauptet.

Internationale Verpflichtungen würden jedenfalls eine völlige Umdefinition der Ziele oder die weitgehende Deregulation des Problembereiches nicht – wie oft behauptet – hindern. Die Einheitsabkommen von 1961 und 1971 sowie das UNO-Abkommen von 1988 gewähren entweder ausreichende Auslegungsspielräume oder sie könnten gekündigt oder geändert werden.⁴⁴ Vorhandene empirische Ergebnisse insbesondere aus Holland, England und der Schweiz belegen, daß eine Freigabe nicht etwa eine epidemische Ausbreitung und Sogwirkung nach sich zieht, sondern im Gegenteil einen Rückgang in Neuanstieg und Abhängigkeitsdauer, eine öffentliche Entdramatisierung. Adäquates Ziel der Drogenpolitik wäre auch bei uns diese Art von Normalisierung.

7. Deutungen und Perspektiven

In Unkenntnis der komplexen gesellschaftlichen Lage und im durchaus redlichen Bemühen, augenfällig empörende und ängstigende Mißstände und Verelendungsscheinungen zu beheben, haben Kontrollinstanzen, Institutionen und Medien, abstinente Bürger und soziale Helfer das Problem mystifiziert, indem auf offenes und persistierendes wissenschaftliches Fragen und Aufklären verzichtet wurde. Es wurde mythisiert, weil die Drogen unter Auslassung der komplexen Entstehungsgeschichte der Sozialprobleme zu einer unsäglichen Macht und zur Ursache aller Probleme dämonisiert wurde. Moralisiert wurde es, weil die Menschen in unwirkliche Kategorien von Gut und Böse eingeteilt wurden und eine bestimmte Lebensweise, nämlich die Abstinenz, kontraktionsweise ausschließlich guten erklärt

42 BVerfG zuletzt E 62, 50; Jarass/Pieroth: Grundgesetz, Art. 20, Anm. 62.

43 Vgl. BVerfGE 6, 32, 41; Podlech-AK-GG Art. 2, Anm. 32, 33, 55.

44 Um folgende Abkommen geht es: Einheits-Übereinkommen vom 30.3.1961 über Suchtstoffe in der durch das Protokoll zur Änderung wiedergegebenen Fassung vom 25.3.1972, ratifiziert durch den Deutschen Bundestag am 4.9.1973, BGBl. 1973 II S. 1354; s. 2. BGBl. 1977 II S. 112; Übereinkommen von 1971 über psychotrope Stoffe v. 21.2.1971, BGBl. 1976 II, S. 1478; Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen v. 19.12.1988, gezeichnet von der Bundesrepublik, Ratifizierung vorgesehen. Siehe Texte bei Körner 1990 (Fn. 38), Anhang B 1–3.

wurde. Dabei wurden Gefahren der Unglaubwürdigkeit und des Verlustes an Folgebereitschaft in Kauf genommen, indem einer destruktiven Doppelmorale das Wort geredet wurde: Nur bestimmte Formen des Suchtverhaltens wurden negativ moralisiert, andere blieben unabhängig von realistischer Gefahrenanalyse im Bereich des Akzeptierten oder Verleugneten. Sozialpsychologisch liegen dem universellen Abwehrmechanismen zugrunde: die auf Angst und Verschmelzungsbedürfnissen beruhende Spaltung von Idealem und Bösem und die Projektion von letzterem auf dafür sich eignende Außenfeinde und Sündenböcke.

Funktionalistisch betrachtet geht es bei der gesamten Drogenpolitik um «symbolische Politik». Externer Zweck ist die Profilierung einer subalternen konformen Moral durch die globale Negativbewertung bestimmter Lebensstile und systemdyskonformer Verhaltensweisen und die Erhöhung der Folgebereitschaft der Wähler durch Suggestion politischer Aktivität und Handlungsfähigkeit. Solche verborgenen Begründungen entziehen dem Staatshandeln die Legitimität und sind *eo ipso* verfassungswidrig.

Als Konsequenz aus dem Scheitern der Drogenpolitik bzw. des BtMG auf instrumenteller Ebene sowie der strukturellen Defizienz des gesamten drogenpolitischen Konzepts in verfassungsrechtlicher Sicht folgt die Notwendigkeit einer durchgreifenden, systematischen, konsistenten und wissenschaftlich begründeten Neukonzeption der gesamten Drogenpolitik und der dazu gehörigen Gesetze, insbesondere des BtMG. In Anwendung verfassungsrechtlicher Prinzipien bleibt dem Staat nur die Option für eine grundsätzlich andere Strategie, nämlich die Normalisierung des Drogenumgangs durch Entkriminalisierung und letztlich eine staatlich kontrollierte Freigabe.⁴⁵ Deren Einzelmodalitäten müssen allerdings nach der hier entwickelten Gesetzgebungsmethodik sorgfältig erwogen und abgestimmt sein.

⁴⁵ In dieser Richtung: Thamm, B.G., *Drogenfreigabe – Kapitulation oder Ausweg?* Hilden, Verlag Deutsche Polizeiliteratur, 1989.