

Fachgespräch mit Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. Thomas Fischer

BRJ: Herr Professor *Fischer*, Sie sind über Umwege zur Rechtswissenschaft gekommen?

Fischer: Der Begriff Umweg ist immer retrospektiv zu sehen. Ob etwas ein Umweg ist oder ein Weg, das weiß man bestenfalls nachher. Es stimmt, dass ich relativ spät angefangen habe, Jura zu studieren, nämlich 1980/81; damals war ich knapp 28 Jahre alt. Zwischen Schule und Jurastudium habe ich Germanistik studiert und etwas gearbeitet. Mit Ende 27 habe ich mich dann für das Jurastudium entschieden. Das war von der Wahl des Fachs vermutlich annähernd so zufällig wie bei den meisten anderen Jurastudenten. Man weiß außerordentlich wenig über das Studium. Es war ein Fach, von dem ich dachte, dass es im Grundsatz interessant sei und dass es mir möglich sei, es zu verstehen. Ich bin naturwissenschaftlich nicht besonders begabt – glaube ich –, und deshalb habe ich mir etwas Leichtes gesucht; da fiel mir Jura ein.

BRJ: War es für Sie retrospektiv gesehen denn ein Umweg?

Fischer: Ich würde es eher als Weg bezeichnen, nicht als Umweg. Einen Umweg würde ich so definieren, dass die vorangegangene Zeit verloren war. Das sehe ich nicht so. Sowohl das Germanistikstudium, als auch die Berufstätigkeit waren für mich interessante Erfahrungen, die ich nicht missen möchte. Insoweit kein Umweg.

BRJ: Finden Sie es gerade bei der heutigen Juristenausbildung schade, dass die Studenten wegen des Freischusses nicht die Möglichkeit nutzen, etwas anderes auszuprobieren und das Blickfeld zu erweitern?

Fischer: Die Aussage wäre nur dann richtig, wenn es früher anderes gewesen wäre. Aber früher – ohne Freischuss – haben die Studenten nach meinem Eindruck das Blickfeld auch nicht wesentlich weiter gespannt. Damals wurde das Studium von vorneherein langsamer angegangen und nach hinten ein bisschen ausgedehnt, aber das führte nicht dazu, dass die Studenten andere oder wesentlich weitere Horizonte erkannt haben. Ich würde sagen, Jurastudenten sind von ihrer Persönlichkeit und ihrer durchschnittlichen Interessenstruktur nicht solche Studenten, die das Bedürfnis haben, sehr stark ihren Horizont über das eigene Fach hinaus zu erweitern. Das hat sich nach meiner Sicht auch heute nicht geändert. Insoweit hat die Verkürzung des Studiums durch den Freischuss keine wesentliche Verschlechterung gebracht – keine wesentliche Verschlechterung eines schlechten Zustands. Die Freischussmöglichkeit führt aus verschiedenen Gründen – nicht aber zwingend – dazu, dass das Studium noch stärker, als es ohnehin der Fall wäre, zum bloßen Erlernen von Techniken zur sogenannten Falllösung oder Klausurbearbeitung verstanden wird. Es reduziert sich auf einen doch sehr schlichten Kanon von relativ oberflächlichem Wissen. Es gibt wenige Anteile des Studiums heutzutage – jedenfalls im Durchschnitt und für die Masse der Jurastudenten –, die man ernsthaft als Rechts-Wissenschaft, also als eine einigermaßen umfassende „Wissenschaft vom Recht“ bezeichnen könnte. Es wird vielmehr ganz überwiegend „Rechtskunde“ gelehrt und abgefragt. Alles, was darüber hinausgeht und sich nicht dem Begriff der Examensrelevanz unterordnen lässt, gilt als fremd und exotisch und wird dann bestenfalls noch von fünf Prozent der Studenten nachgefragt: Wenn Sie Vorlesungen zur Rechtssoziologie oder –philosophie anschauen, sitzen dort nach meiner Erfahrung bloß fünf Studenten.

BRJ: ... es sei denn, es gibt einen Schein.

Fischer: Als Pflichtfach wird es natürlich belegt. Aber auch dann braucht man wieder ein möglichst stark verkürztes Skriptum. Viele Studenten möchten davon entlastet werden, Bücher zu lesen oder sich selber eine Struktur zu entwickeln – das ist leider so. Ich bin mir aber nicht sicher, ob es wesentlich schlechter geworden ist, als es früher war. Es ist eine wohlfeile Kritik, dass alles immer schlechter werde, auch das Studium. Ich sehe es natürlich nicht so, dass Studenten immer dümmere oder immer faulere werden. Sie waren früher genauso intelligent oder nicht intelligent, interessiert oder fleißig wie heute.

BRJ: Bereitet die Universität adäquat auf den Beruf oder die Praxis vor oder meinen Sie, dass die nicht mehr besuchten Vorlesungen wichtig sind, um ein guter Jurist zu werden? Glauben Sie, dass die Qualifikation der Person, die hinterher einen Abschluss erhält, nicht so hoch ist, wie sie sein könnte, wenn das Universitätsstudium anders ausgestaltet wäre?

Fischer: Das meine ich ganz nachdrücklich. Die Reduktion von Lehrinhalten ist natürlich erforderlich, um während der Ausbildung einen gewissen Grundbestand an Technik erlernen zu können. Diese Technik erlaubt es uns dann, das zu leis-

ten, was Juristen im Berufsleben brauchen. Es ist viel mehr, als gemeinhin angenommen wird. Laien denken ja oft, das Jurastudium bestehe darin, den Schönfelder auswendig zu lernen. Studenten im zweiten oder dritten Semester meinen, das Jurastudium bestehe darin, Definitionen auswendig zu lernen und sich Fallkonstellationen zu merken, um sie in Klausursachverhalten wiederzuerkennen. In der Realität sind es aber ganz andere Aufgaben, die das Berufsleben einem Juristen stellt. Ohne dass wir es merken, besteht das Jurastudium in einem ganz hohen Maße darin, Wertungen zu lernen und Argumentationsstrukturen einzuüben. Das Jurastudium sowie die gesamte Juristerei ist ein Bewerten auf der Grundlage von Bedeutungsreduktion. Alles läuft unter dem Gesichtspunkt „Warum?“ und „Darf der das?“ Man muss ständig bewerten, ob menschliches Handeln sowie dessen Ergebnisse rechtswidrig oder rechtmäßig sind. Diese Fragen stellen sich in anderen Berufen vielfach gar nicht. Betriebswirte oder Vorstände von Industrieunternehmen denken nicht in der Struktur des Dürfens. „Brauchen wir das? Wollen wir das? Ist uns das nützlich?“ sind die entscheidenden Fragen für sie. Wenn sämtliche Fragen bejaht werden, wird ein Jurist auf der zweiten oder dritten Ebene gerufen und mit der Umsetzung betraut. Wenn dabei Hindernisse entstehen, heißt es häufig: „Das ist typisch juristisch, also formal oder gar kleinkariert, dass diese Hindernisse aufgebaut werden.“

Charakteristisch für Juristen ist, dass sie in dem deduktiven Modell des 19. Jahrhunderts denken. Ausgangspunkt ist immer ein Begriff, z.B. „Handlung“ oder „Rechtsgeschäft“. Von diesem Begriff leiten sie alles Weitere ab. Der Jurist fängt bei den höchsten Werten der Verfassung an und endet beim Parkverbotsschild. Alles hat für ihn eine durchlaufende stringente, deduktive Logik zu haben. Juristen leben in der Vorstellung, die ganze Welt lasse sich in diese Pyramide einordnen und müsse es zumindest idealerweise. Diese Denkweise zu lernen und einzuüben ist ein bedeutender Teil des Jurastudiums. Man kann das gut finden – muss es aber nicht. Viele Leute außerhalb der juristischen Welt finden es engstirnig, merkwürdig beschränkt; viel zu sehr auf das Festhalten an Bestehendem orientiert; sie verstehen das Ganze als ein Auswendiglernen und Anwenden von „Argumentationstricks“. Die juristischen Figuren und Argumentationstechniken sind aber eine Methode, die uns Juristen erlaubt, miteinander zu kommunizieren. Sie haben viele bedeutende Vorzüge und strukturieren die Welt in einer sinnvollen Weise. Recht ist ein extrem wichtiges Element zur Ordnung der Welt und der Strukturierung unseres Lebens.

BRJ: Der Ordnung des Rechts dient gewissermaßen auch die Kommentarliteratur. Als Autor des bekannten Kurz-Kommentars zum StGB verbinden die meisten Studenten Ihren Namen in erster Linie nicht unbedingt mit dem BGH. Wie lassen sich das Verfassen eines Kurz-Kommentars und die Stellung als BGH-Richter miteinander in Einklang bringen?

Fischer: Das geht natürlich sehr gut, wenn man beides als das nimmt, was es ist. Die Richtertätigkeit ist etwas völlig anderes als die Kommentierungstätigkeit. Beides hängt miteinander zusammen, muss aber auch voneinander getrennt werden. Aus Sicht des Kommentators ist die Aufgabe eines Kommentars nicht, die Rechtsprechung abzubilden. Ich bin nicht der Herausgeber oder Autor eines Verlautbarungsorgans des Bundesgerichtshofs. Der Kommentar ist eine ganz spezielle Literaturgattung, die insbesondere in Deutschland in den vergangenen Jahrhunderten zu großen Höhen gelangt ist. Dabei ist das Wesentliche am Kommentar nicht das Abbilden einer mehr oder minder wahllosen Auswahl von Entscheidungen. Entscheidungsdokumentationen sind heute auf andere Weise viel einfacher zu bekommen. Die Anzahl der Informationen, die Sie bei Juris oder anderen Datenbanken erhalten können, ist unendlich. Sie können alle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs oder des Bundesverfassungsgerichts auf Knopfdruck abrufen; gleichwohl besteht weiter ein hoher Bedarf, solche kommentierenden und interpretierenden Werke zur Hand zu haben. Deshalb sind Kommentare, die sich im Wesentlichen auf die Aneinanderreihung praxisorientierter Rechtsprechungsexzerpte beschränken, nach meiner Ansicht für den Benutzer nicht sehr wertvoll. Die Aufgabe des Kommentars besteht darin, die unglaubliche Fülle von Material gedanklich zu strukturieren und in einen sinnvollen Zusammenhang zu stellen. Das klingt einfach – ist aber im Detail manchmal schwierig. Je nachdem was für ein Kommentar es ist – meiner richtet sich zum Beispiel an viele Zielgruppen – muss man ganz unterschiedliche Bedürfnisse und Anforderungen erfüllen. Wenn man gleichzeitig für Referendare und vielleicht auch schon für Studenten, aber auch für eine große Anzahl von Rechtsanwälten, Richtern, Staatsanwälten und zugleich auch für Wissenschaftler schreiben will, muss man unterschiedlichste Forderungen und Erwartungen erfüllen. Voraussetzung ist aber stets, das Material selektiv zu werten, zu gewichten, in einen natürlichpersönlichen Zusammenhang zu bringen: Zugleich muss man versuchen, in einer systematischen Darstellung umfassend über den Stand der Diskussion zu informieren. Erfordernis für meinen eigenen Kommentar ist dabei die komplette Verarbeitung der gesamten – auch nicht veröffentlichten – BGH-Rechtsprechung.

Diese Tätigkeit ist natürlich etwas völlig anderes als die der Rechtsprechung – die sich gerade beim Bundesgerichtshof in einem Kollegium abspielt und dazu führt, dass man Entscheidungen gemeinsam trifft. Ich bilde im Kommentar nicht die Rechtsprechung ab. Das wäre eine Aufgabe, die mir keinen Spaß machen würde. Selbstverständlich steht in meinem Kommentar meine Meinung. Aber es ist nicht nur meine Privatmeinung, sondern ich versuche – wie jeder andere Kommentator –, Grundlinien zu erkennen und vorzugeben. Der Kommentarbenutzer muss selbstverständlich eine zuverlässige und aktuelle Übersicht über die wesentlichen Ergebnisse von Rechtsprechung und Literatur finden; darüber hinaus ist es aber auch Aufgabe einer Kommentierung, wie ich sie verstehe, Zusammenhänge deutlich zu machen, Kritik vorzutragen und gegenläufige Ansichten darzustellen und zu diskutieren.

BRJ: Wie schaffen Sie es, diese beiden arbeitsintensiven Tätigkeiten zu vereinbaren?

Fischer: Das ist eine Frage der Organisation. Es ist relativ aufwändig, aber es lässt sich, wenn man einigermaßen fleißig ist, bewältigen. Man muss viel Material sichten. Da ich den Kommentar in einem „Ein-Mann Betrieb“ am Computer schreibe – denn einen Lehrstuhl, Sekretariat oder wissenschaftliche Mitarbeiter habe ich nicht –, muss ich früh aufstehen und fleißig arbeiten.

BRJ: Aus der jüngsten Rechtsprechung Ihres Senats hat vor Kurzem die „Hells-Angels-Entscheidung“¹ für mediales Aufsehen gesorgt. Leider lag uns das Urteil noch nicht vor ...

Fischer: ... es ist noch nicht einmal unterschrieben ...

BRJ: Diese Entscheidung hat in der Presse ein großes Echo gefunden und wurde durchaus unterschiedlich aufgenommen. Haben Sie damit gerechnet, dass es solche „Wellen“ schlagen würde?

Fischer: Nein, ich persönlich nicht. Es mag in einer bestimmten Perspektive spektakulär sein, aber mit dieser Art der Berichterstattung, wie sie teilweise stattgefunden hat, habe ich nicht gerechnet.

BRJ: Fließen bei spektakulären Entscheidungen wie dieser Erwägungen mit in die Begründung ein, wie man das Ergebnis der Bevölkerung besser verständlich machen kann?

Fischer: In diesem speziellen Fall hat der Senat keine Vorberatung durchgeführt. Ich persönlich habe die Sache relativ kurzfristig gelesen; die Lösung ergab sich in der Hauptverhandlung und der anschließenden Beratung. Die Frage, unabhängig von dem Hells-Angels-Fall, wie ein Ergebnis in der Öffentlichkeit vermittelt werden könnte, spielt bei der Entscheidung von Rechtsfragen regelmäßig keine Rolle. Ob etwa eine Notwehrlage gegeben ist oder nicht, ob ein Beschuldigter irrtümlich annimmt, er sei gerechtfertigt, kann nicht danach beurteilt werden, ob eine fiktive oder tatsächliche Öffentlichkeit meint, der Beschuldigte habe dieses Ergebnis „verdient“, sei ein guter oder böser Mensch usw. Natürlich spielt aber eine Rolle, dass Rechtsentscheidungen verständlich sein sollten und gelegentlich verständlich gemacht werden müssen. Wenn der Senat in öffentlichkeitswirksamen Verfahren entscheidet – wir verhandeln beispielsweise übermorgen in einem Fall aus Köln einen „Mord ohne Leiche“² –, wird in der Regel eine Pressemitteilung veröffentlicht, die die wesentlichen Rechtssätze und Argumente der Entscheidung knapp und möglichst verständlich zusammenfasst.

Zu der von Ihnen angesprochenen Entscheidung muss man sagen, dass sich die Berichterstattung in diesem Fall gerade dadurch auszeichnete, dass sie mit dem Fall relativ wenig zu tun hatte. Es handelte sich um einen typischen Fall der Putativnotwehr oder vielleicht der Notwehr, jedenfalls im Vorfeld. Welchen Beruf die beteiligten Personen haben, ist dafür zunächst erst einmal uninteressant. § 32 oder § 16 StGB gelten selbstverständlich auch für „Hells-Angels“. Wer sich in Notwehr befindet, der handelt gerechtfertigt; und wer irrtümlich denkt, dass er sich in Notwehr befinde, handelt ohne Vorsatz. So lag der Fall. Nach Ansicht des Senats war dies ein klarer Fall jedenfalls der Putativnotwehr, wobei man sich über die Zulässigkeit der konkreten Form des Polizeieinsatzes durchaus Gedanken machen konnte, nicht aber zwingend machen musste, weil zumindest ein Vorsatzausschluss gegeben war.

BRJ: Haben Sie das Argument erwogen, dass jedenfalls ein Warnschuss hätte abgegeben werden müssen?

Fischer: Selbstverständlich. Das war ja der Grund, aus dem das Landgericht nicht zum Freispruch gelangt war. Der Bundesgerichtshof stellt ja nicht die Tatsachen fest – wir entscheiden über Rechtsfragen. In diesem Fall ging es um die Anwendung materiellen Rechts, des § 32 StGB oder § 16 StGB. Das geht nur auf der Grundlage rechtsfehlerfreier Feststellungen. Wenn die Feststellungen des Landgerichts falsch oder lückenhaft gewesen wären, hätte der Senat das Urteil aufheben und zurückverweisen müssen. Die Feststellungen des Landgerichts waren aber weder falsch noch widersprüchlich noch lückenhaft; sie waren abschließend und rechtsfehlerfrei. Es war, wie Studenten es kennen, ein in sich geschlossener, abschließender Sachverhalt. Dieser Sachverhalt war zu bewerten, wie in einer Klausur. Das Landgericht hat alles gesehen, was wichtig war. Die Sache war geklärt; und auf dieser Grundlage hatte das Revisionsgericht zu entscheiden. Das Landgericht hatte festgestellt, dass der Beschuldigte subjektiv der festen Überzeugung war, vor der Tür stehe nicht ein Spezialeinsatzkommando, sondern mehrere schwer bewaffnete Personen, die ihn und seine Verlobte, die oben im Bett lag, umbringen wollten. Deshalb hat er ihr, nachdem zwei von drei Türschlössern geknackt waren und seine Verlobte ihn geweckt hatte, gesagt, sie solle seinen Bruder und seine Mutter anrufen, um ihnen von dem (vermeintlichen) Überfall zu erzählen. Er selbst ist mit der Waffe ins Erdgeschoss gegangen. Für die Waffe besaß er einen gültigen Waffenschein; er war auch nicht etwa – wie in der Presse berichtet – ein „Schwerstverbrecher“, sondern nicht vorbestraft. Die Durchsuchung fand auch nicht wegen Schwerverbrechen

¹ BGH, Urt. v. 2. November – 2 StR 375/11.

² BGH, Urt. v. 22. Dezember 2011 – 2 StR 509/10.

statt, sondern wegen des Vorwurfs einer versuchten Nötigung, für die er im Ergebnis eine geringfügige Strafe erhalten hat. Nebenbei bemerkt ist nicht recht klar, welche sachlichen Beweismittel für die versuchte Nötigung überhaupt hätten gefunden werden können. Diese Erwägungen spielten aber für die Entscheidung des Senats keine Rolle. Der Beschuldigte befand sich subjektiv in einer Situation höchster Gefahr. Nachdem er ins Erdgeschoss gegangen war, das Licht angeschaltet hatte und von innen die Personen aufgefordert hatte zu verschwinden, wurde weiter an dem Türschloss hantiert. Obwohl die Polizei die Meldung erhalten hatte, dass das Licht angeschaltet worden sei, haben sie sich nicht zu erkennen gegeben. Die Rufe des Beschuldigten wurden von der Polizei nicht gehört. Aufgrund dieser Tatsachen dachte der Beschuldigte, dass, sobald das letzte Schloss bricht, die „Mörder“ herein kommen. Das ist eine Situation äußerster Gefährlichkeit, äußerster Lebensgefahr. Hier stellt sich die Frage, ob in so einer Situation eine möglicherweise tödliche Waffe angewendet werden darf, ohne dies zuvor anzudrohen. Wenn man sich die Situation in concreto vorstellt und sich überlegt, dass in Sekundenbruchteilen gehandelt werden musste, wird man davon ausgehen, dass die Abgabe von Warnschüssen im Innenraum, wenn vor der Tür wirklich mit Pump-Guns bewaffnete Mörder stehen, relativ wenig Sinn hat. Ein Warnschuss wird sie wahrscheinlich nicht abhalten; er hätte die Gefahr vielleicht gerade noch erhöht, dass durch die Tür zurück geschossen wird. Deshalb hat der Angeklagte mit bedingtem Tötungsvorsatz auf zwei Milchglasausschnitte auf der Tür gezielt. Ein Schuss ist fehlgegangen. Das Projektil des zweiten Schusses ist durch den Armausschnitt der Panzerweste eingedrungen und hat den Polizisten getötet. Das war konkret ein Zufallstreffer; aber der Angeklagte handelte mit bedingtem Tötungsvorsatz. Insgesamt muss man sagen: Der Sachverhalt war spektakulär und das Geschehen in hohem Maße unglücklich; aber als Rechtsproblem aus Sicht des Revisionsgerichts war der Fall nicht wirklich schwierig.

BRJ: Ein Zitat von Ihnen lautet: „Die Menschen sehen sich globalen und unbeherrschbaren Risiken ausgesetzt und versuchen den eigenen Ängsten dadurch zu entkommen, dass sie im beherrschbaren Kleinraum des Strafrechts Fehlverhalten immer härter geahndet haben wollen – trotz sinkender Kriminalität.“ Haben Sie den Eindruck, wenn man die Diskussion über den rechtsextremistischen Terrorismus beobachtet, dass der Gesetzgeber oder überhaupt in der Tendenz das Recht sehr auf das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung zu reagieren versucht? Wie bewerten Sie das?

Fischer: Erste Antwort: „Ja“. Zweite Antwort: „Aber nur sehr selektiv“. Dritte Antwort: „Das bewerte ich eher kritisch“. Etwas breiter ausgeführt: Ich glaube, dass das mit der Frage des rechtsextremistischen Terrorismus fast nichts zu tun hat. Die Passage, die Sie zitiert haben, beschäftigt sich eher mit dem andersgearteten Phänomen der Unüberschaubarkeit globaler, existenzieller Risiken, denen wir ausgesetzt sind – die wir als strukturell und nicht veränderlich empfinden. Es werden in einem überschaubaren Bereich, wo die Bedrohung noch ein konkretisierbares menschliches Gesicht hat, in einem fast schon irrationalen Maße Sicherheitsbedürfnisse überbewertet, während gleichzeitig in einem ebenso irrationalen Maße die Großbedrohungen ignoriert werden. Das ist ein ganz erstaunliches, aber nicht unerklärliches sozialpsychologisches Phänomen. Die Menschen neigen dazu, sich die Welt überschaubar zu halten. Darauf reagiert natürlich die Politik, weil sie diese Stimmung widerspiegelt, weil Politiker gewählt werden wollen und weil das auch ihre eigene Meinung ist. Diese allgemeinen Tendenzen sind nicht von vornherein als falsch oder als unrichtig abzuqualifizieren. Sie liegen freilich, unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten, eher im Bereich der Irrationalität als der Rationalität. Wer Kinderpornographie beinahe exzessiv verfolgt, während die Anzahl der Fälle von sexuellem Kindesmissbrauchs immer weiter zurück geht, und gleichzeitig auch nicht ansatzweise erkennt, was man gegen globale Gefahren wie Klimakatastrophen, Atomunglücke oder den Zusammenbruch ganzer Wirtschaftssysteme unternehmen könnte, versucht im Kleinraum des Strafrechts tätig zu werden. Die Menschen haben eine untergründige Angst, die sich in einem Maße in irrationalen Erwartungen und Strukturen abbildet, das nach meiner Ansicht nicht erforderlich wäre. Das ist mit diesem Zitat gemeint.

BRJ: Aber dennoch müsste im Zusammenhang mit neuerer Gesetzgebung kritisch mit Normen umgegangen werden, z.B. den neuen §§ 89 a, 89 b StGB, die unter verfassungsrechtlichen oder strafrechtsdogmatischen Aspekten fraglich sind und als Reaktion der Politik auf solches Unsicherheitsgefühl zwar etwas zu tun vermeinen, aber eben auf einem doch eher rechtlich betrachtet zu kritisierenden Weg. Oder sehen Sie das anders?

Fischer: Da haben Sie Recht. Dahinter steht eine allgemeine Tendenz der Vermischung von repressiven und präventiven Elementen in unserer Straf- und allgemein unserer Rechtsordnung. Dem sollte die Rechtspolitik nach meiner persönlichen Ansicht mehr entgegenreten, als sie es tatsächlich tut. Es läuft teilweise etwas reflexartig ab. Immer wenn spektakuläre Verbrechen geschehen oder besondere Bedrohungen deutlich werden, entsteht offenbar ein Druck – gerade auch auf die Rechtspolitik –, den Bürgern zu versprechen, dass es Möglichkeiten gäbe, Sicherheiten zu erhöhen. Es verschwimmen heute regelmäßig die Grenzen zwischen der Verfolgung von begangenen Unrecht und der Vermeidung von zukünftigem Unrecht. Wir geraten dadurch – das ist eine alte Erkenntnis – in einen Bereich, in dem auch der Bürger zwischen Polizeirecht und Strafrecht, Prävention und Repression von der Wirkung, von den Möglichkeiten und den rechtlichen Voraussetzungen her fast gar nicht mehr unterscheiden kann und auch nicht mehr will. Kritische Hinweise darauf werden als altmodische Nörgelei empfunden, über welche die Entwicklung der modernen Welt hinweggegangen sei. Das sieht man beispielsweise am Maßregelrecht, in dem sich alles ineinander vermischt. Man kann es aber auch bei der reflexhaften Forderung nach der Erhöhung von Strafdrohung bei spektakulären Verbrechen sehen.

Es ist, um nur ein Beispiel zu nennen, eine weitgehend irrationale Annahme zu meinen, dass weniger Kinder missbraucht würden, weil die Mindeststrafe um ein Jahr erhöht wird. Straftäter handeln regelmäßig nicht, weil sie sich sagen: „Na gut, für drei Jahre mache ich es, für vier Jahre mache ich es nicht“. Die meisten Straftäter gehen davon aus, dass sie nicht erwischt werden. Bloße Strafrahmenerhöhungen haben daher kriminologisch fast keinen Sinn.

BRJ: Sie sind heute Abend hier in Bonn, um den Vortrag „Revision einmal anders – Wie denkt und arbeitet ein Revisionsrichter“ zu halten. Denkt ein Revisionsrichter tatsächlich anders als ein Tatsachenrichter?

Fischer: Natürlich denkt ein Revisionsrichter anders, sonst wäre er nicht Revisionsrichter. Er denkt anders, weil die Aufgabe eine andere ist. Revisionsrecht ist zu unterscheiden von der Rechtsanwendung in der Tatsacheninstanz. Ich war selbst längere Zeit Tatrichter, sowohl am Amtsgericht, als auch am Landgericht in einer Schwurgerichts- und großen Strafkammer. Dort geht es überwiegend um Tatsachenfragen, also darum, die Tatsachengrundlage für rechtliche Entscheidungen zu schaffen, festzustellen und halbwegs sicher zu fixieren. Beim Revisionsgericht geht es darum, die Tatsachen zu bewerten und zu prüfen, ob den Instanzgerichten Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist nicht nur eine etwas andere Aufgabe, sondern eine grundsätzlich andere Herangehensweise an die Materie, die man nicht schon durch die bloße Ernennung zum Bundesrichter beherrscht. Es bedarf einiger Jahre, um den tatrichterlichen Impetus abzulegen, also dauernd zu denken: „Ich hätte den Fall besser gelöst. Diesem Zeugen hätte ich nicht geglaubt“. Die meisten Richter denken ja, dass gerade sie ganz besonders gut richten; dass sie ganz besonders souverän sind oder besser als andere die Motive der Menschen durchschauen: Der Blick des Richters trifft den Zeugen, und alles enthüllt sich ihm. Fast jeder Richter denkt von sich, dass die Fragen die er stellt, besonders intelligent und geschickt sind. So sind die Menschen, und daher auch die Richter. So wie auch die meisten Rechtsanwälte denken, dass sie ganz besonders nahe bei ihren Mandanten sind; dass sie besonders viel Verständnis für die Wirklichkeit des Lebens haben. Das eine stimmt so wenig wie das andere. In unserem rationalen System der Rechtsfindung fällt Richtern nicht qua ihrer Ernennung schon eine „Aura höherer Weisheit“ zu. Das Richteramt als solches führt nicht dazu, dass alles, was der Richter sagt oder erkennt, weise und wahr ist. Wir haben vielmehr ein System von prozessualen Regeln, die es uns erlauben, die Tatsachenfeststellung und Rechtsfindung zu kontrollieren. Wir haben Kollegialgerichte, in denen man sich kontrolliert. Wir haben in einem langen Entwicklungsprozess Regeln zulässiger Argumente geschaffen, um festzustellen, ob etwas wahr oder nicht wahr ist. Kein Richter kann heute noch sagen: „Ich glaube dem Zeugen, weil er ein ordentlicher Kaufmann ist“, oder: „Asylbewerber aus diesem oder jenem Land lügen immer“. Solche Argumentationen gelten heute als offensichtlich unzulässig. Das war nicht immer so. Vor hundertfünfzig Jahren hätte man beide Argumente noch für gut vertretbar gehalten. Ein ordentlicher Kaufmann lügt nicht; und ein bescholtenes Frauenzimmer lügt in der Regel. Heute sind solche Argumente nicht mehr zulässig, weil wir meinen, dass sie irrational sind. Es gibt eine Vereinbarung, eine sich ständig fortentwickelnde gemeinsame Überzeugung, welche Argumente zulässig sind. Im Bereich der Rechtsfindung sind Rechtsmittelgerichte insbesondere dazu da, die Einhaltung dieser Regeln zu kontrollieren und sicherzustellen. Der Bundesgerichtshof prüft nicht, ob ein Zeuge die Wahrheit gesagt hat, sondern ob das Landgericht mit zulässigen Argumenten zu der Ansicht gekommen ist, dass er die Wahrheit oder Unwahrheit sagt. Ob es Argumente sind, die zueinander passen, ob sie sich widersprechen, ob sie nach unseren Anforderungen rationaler Beweis- oder Gedankenführung zutreffend sind, und darüber hinaus natürlich, ob auf den so festgestellten Sachverhalt das Recht richtig angewandt worden ist. Dabei muss klar sein, dass ein Sachverhalt niemals abschließend ist, weil Sprache niemals abschließend ist. Es ist von vornherein ausgeschlossen, dass ein Text, eine Feststellung, ein Urteil jemals völlig abschließend bewertet, interpretiert oder erfasst werden kann, weil sich die sprachliche Erfassung selbst ständig weiterentwickelt. Kein Text, schon der einfachste Satz, kann in seiner Bedeutung vollkommen geschlossen sein. In die Bewertung, die das Revisionsgericht durchführt, gehen außerordentlich viele normative Beurteilungen und Wertungen ein; also Auswahlwertungen, die nicht bloß rechtstechnische Anwendung von Regeln sind. Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft, sondern immer Wertung. Insgesamt ist das die Aufgabe eines Revisionsrichters. Sie unterscheidet sich von der des Tatsachenrichters ganz grundlegend.

BRJ: Für eine möglichst einheitliche Wertung innerhalb der Revisionsinstanzen gibt es die Großen Senate, die bei Wertungswidersprüchen gegebenenfalls für Vereinheitlichung sorgen. Unterscheidet sich die Arbeit des Revisionsrichters nochmals von der des Richters im Großen Senat?

Fischer: Nein. Es sind aber auch nicht Wertungsfragen der Art, die ich gerade eben angesprochen habe, die im großen Senat entschieden werden. Der große Senat in Strafsachen besteht aus elf Richtern: Das sind aus jedem Senat zwei Richter und – qua Amtes – der Präsident des Bundesgerichtshofs, der Vorsitzende des Großen Senats ist. Die Richter haben kein imperatives Mandat. Sie sind nicht Abgesandte des Senats, die dort die Meinung des Senats vertreten. Es sind freie, unabhängige Richter, die ihre Meinung vertreten. Der große Senat ist vor allem dazu da, über Rechtsfragen zu entscheiden, die zwischen Senaten streitig sind. Ferner gibt es noch die Aufgabe der Grundsatzentscheidung, beispielsweise läuft zur Zeit ein Verfahren beim großen Senat, in dem es um die Frage geht, ob Vertragsärzte Amtsträger oder Beauftragte im Sinne der Korruptionsvorschriften sind.³ Die Frage ist dem Großen Senat nicht vorgelegt worden, weil es Divergenzen zwischen den

³ BGH, Beschl. v. 5. Mai 2011 – 3 StR 458/10.

Senaten gab, also als sogenannte Divergenzvorlage, sondern weil die Entscheidung darüber von grundsätzlicher Bedeutung ist. Der Große Senat entscheidet also über Rechtsfragen, nicht anders als die einzelnen Revisionsenate. Er entscheidet nicht über Wertungen in einem eher kommunikationstheoretischen Sinn, wie ich sie vorhin angesprochen habe.

BRJ: Hätte es nicht gerade deswegen bei der Sterbehilfeentscheidung⁴ einer Anrufung des Großen Senats bedurft? Sie sind mit dem zweiten Senat nicht mehr der vorherigen Rechtsprechung mit der Abgrenzung zwischen passiver und aktiver Sterbehilfe gefolgt, sondern haben einen neuen normativen Unterlassensbegriff eingefügt.

Fischer: Nein, der 2. Strafsenat sah das nicht so, und ich glaube, dass das richtig war. Man muss nicht jede Frage, die von grundsätzlicher Bedeutung ist, im Großen Senat entscheiden. In der Sterbehilfeentscheidung haben wir – wenn ich Sie etwas korrigieren darf – nicht etwa einen normativen Unterlassensbegriff eingeführt, sondern den normativen Unterlassensbegriff *aufgegeben*. Das ist an sich eine ganz unspektakuläre Entscheidung gewesen, die im Wesentlichen nicht viel geändert hat. Was ist überhaupt „passive Sterbehilfe?“ Das ist schon zuvor kritisch gefragt worden, und die etwas merkwürdige Unterscheidung von aktiver, indirekter und passiver Sterbehilfe hat die Frage eher undeutlich und schwierig gemacht; sie ist nach meiner persönlichen Ansicht – erstens – unzutreffend und – zweitens – sprachlich vernebelnd und euphemistisch. Denn die passive Sterbehilfe ist gerade auch aktiv, die indirekte ist meistens direkt. Es hat im Grunde genommen wenig Sinn, die Fallgruppen so zu benennen. Die indirekte Sterbehilfe ist nicht indirekt; bestenfalls der Vorsatz ist indirekt. Die Verabreichung eines tödlichen Medikaments mit bedingtem Tötungsvorsatz ist eine aktive Tötungshandlung, die nur aus Gründen der Verhältnismäßigkeitsabwägung, also des § 34 StGB oder einer dementsprechenden allgemeinen Überlegung des rechtfertigenden Notstands als zulässig angesehen wird. Die passive Sterbehilfe besteht meistens nicht etwa darin, passiv zu sein. Sie bestand schon in der Vergangenheit darin, dass man sich dem Sterbeprozess gegenüber passiv verhält; das bedeutet aber nicht, dass keine aktiven Handlungen vorgenommen werden. Wir definieren unser Strafrecht vom Handlungsbegriff. Deshalb ist das Abschalten eines Respirators oder das Abschalten anderer Maschinen auf Intensivstationen kein passives Verhalten, sondern aktive Tötungshandlung – ganz eindeutig. Niemand würde auf die Idee kommen zu sagen, wenn jemand eine Gasexplosion zündet, indem er einen Lichtschalter betätigt, dies sei ein Unterlassen. Nur im Bereich der so genannten Sterbehilfe ist man auf die merkwürdige Sprachregelung verfallen, dass es eine verbotene „aktive“ und eine erlaubte „passive“ Tötung gebe. Das passive Geschehenlassen des Todes haben wir Unterlassen genannt, auch wenn es aktives Tun ist. Das ist also der normative Unterlassensbegriff, der von der früher herrschenden Meinung angewendet wurde. Diese merkwürdig vernebelnde begriffliche Unterscheidung hat der 2. Strafsenat aufgegeben. Wir nennen das Herausziehen eines Steckers oder das Betätigen eines Knopfes nicht mehr Unterlassen, sondern wir sagen dazu, was es ist: aktives Tun. Auch ein solches Tun ist aber in einer Situation, die wir als Behandlungsabbruch definiert haben, auf der Grundlage eines eindeutig erklärten Patientenwillens gerechtfertigt.

BRJ: Der Entscheidung wird teilweise vorgeworfen, sie würde gerade den Handlungs- und Unterlassensbegriff, der in § 13 StGB geregelt ist, aufheben und es würde *contra legem* ein Behandlungsabbruch oder ein -unterlassen neu eingeführt, quasi eine dritte Handlungsform, die das Gesetz nicht vorsieht. Wenn ich Sie richtig verstehe, stimmt das nach dem gerade Gesagten nicht, sondern es handelt sich bei den Begriffen um aktives Tun. Vielmehr haben Sie die vorherige Rechtsprechung, die das aktive Tun als Unterlassen behandelt, aufgehoben und insoweit wieder Klarheit geschaffen, in der Abgrenzung Tun und Unterlassen.

Fischer: Das ist zum Teil der Inhalt der Entscheidung. Wir heben natürlich nicht die Abgrenzung zwischen den Handlungsformen Tun und Unterlassen auf. Im Gegenteil: Ein Behandlungsabbruch durch Unterlassen kann nur strafbar sein, wenn der Täter eine Garantenstellung hat, § 13 StGB. Ein Behandlungsabbruch durch aktives Tun ist von einer Garantenstellung nicht abhängig. Auch derjenige, der den Schlauch, mit dem der Patient beatmet wird, durchschneidet, und der kein Garant ist, macht sich wegen Tötung strafbar, wenn er nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Es gibt keinen Grund zu sagen, dass es Unterlassen sei, einen Schlauch durchzuschneiden. Es ist offenkundig kein Unterlassen, sondern es ist aktives Tun. Wir haben nur die Grundlage der Rechtfertigung, die Legitimierung und die Strafflosigkeit des Vorgangs eines Behandlungsabbruchs auf vernünftigeren Füßen gestellt. Ich will damit nicht sagen, dass wir damit alle Probleme gelöst haben. Das Problem mit dem Begriff des Unterlassens ist im Übrigen das einfachste derjenigen Probleme, die der Senat zu lösen hatte.

BRJ: Es hätte die Möglichkeit gegeben, die Problematik der Sterbehilfe durch eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 216, 212 StGB direkt im Tatbestand zu lösen. Der Senat hat es nichtsdestotrotz über die Rechtfertigung gelöst. Wieso? Was sprach gegen die Lösung im Tatbestand oder wurde sie bei Ihnen im Senat nicht diskutiert?

Fischer: Doch. Das ist diskutiert worden. Es sich als Tatbestandsausschluss vorzustellen liegt wegen des Zusammenhangs mit § 216 StGB nahe. Die eigentliche Schwierigkeit bei der sogenannten Sterbehilfeproblematik, also des Tötens von Kran-

⁴ BGH, Urt. v. 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09.

ken, ist der § 216 StGB, denn dort ist eine gesetzliche Grenze der Strafflosigkeit gezogen. Der Gesetzgeber hat § 216 StGB nicht nur in das Gesetz hineingeschrieben, sondern auch dort gelassen. Auch der Gesetzgeber des dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, der dieses sogenannte Patientenverfügungsgesetz eingeführt hat, hat sich ausdrücklich weiter auf § 216 StGB berufen und die Grenze bewusst bestehen lassen. Wir haben somit eine Vorschrift, die uns sagt – und das ist nicht abhängig davon, ob der Betreffende krank ist oder nicht –, dass bei ausdrücklichem Verlangen des Tötens eine Mindeststrafe von sechs Monaten angedroht wird. Bei einer Tötung auf Verlangen kann dann selbstverständlich nicht argumentiert werden, die Einwilligung des Patienten führe zu einer Rechtfertigung des Tötens. Das wäre ein Widerspruch. Ich persönlich bin mir noch unsicher, ob die Rechtfertigungs- oder eine Tatbestandslösung näher liegend ist und welche von beiden richtiger ist. Der Senat ist den Weg über die Rechtfertigung gegangen, weil klassische Elemente der Rechtfertigung vorlagen, die wir in der Einwilligung des Patienten gesehen haben.

Das, was wir sozusagen als umschreibenden normativen Begriff des Behandlungsabbruchs angesehen haben, finden Sie teilweise auch schon in früheren Entscheidungen bis hin zu dem Kemptener Fall⁵ im 40. Band der BGH Entscheidungen; also eine Situation, die überhaupt den Begriff Sterbehilfe nahe legt. Auch dies ist wieder eine Merkwürdigkeit, dass die sogenannte aktive Sterbehilfe, die als unzulässig und strafbar angesehen wird, überhaupt Sterbehilfe genannt wird. Ich bin der Ansicht, dass Sterbehilfe nur das genannt werden sollte, was nicht strafbar ist. Dann braucht man den Begriff „aktive Sterbehilfe“ gar nicht mehr. Aktive Sterbehilfe ist ja gerade keine „Sterbehilfe“, sondern Totschlag. Es mangelt somit gar nicht an einem Begriff dafür. Ob ein strafbarer Totschlag auf Verlangen durchgeführt wird und nach § 216 StGB strafbar ist, oder ohne Verlangen etwa als Mitleidstötung und dann nach § 211 StGB oder § 212 StGB strafbar ist, ist grundsätzlich unerheblich; in allen Fällen hat er nach der gesetzlichen Wertung mit „Sterbehilfe“ nichts zu tun. Nach meiner persönlichen Meinung braucht man diese Begriffe daher gar nicht. Passive Sterbehilfe ist aktiv, und aktive Sterbehilfe ist Totschlag, und indirekte Sterbehilfe ist direkt. Die Begriffe gehen durcheinander; man darf sich daher nicht wundern, dass die Menschen nicht wissen, wovon die Rede ist.

Ich glaube, dass der Mensch im Grundsatz das Recht hat, über sein Leben und Sterben selbst zu entscheiden. Das ist meine persönliche Meinung. Ich stehe den Fragen der sogenannten Sterbehilfe „liberaler“ und offener gegenüber, als es die herrschende Meinung vertritt. Das hat mit der Senatsentscheidung nichts zu tun – es ist nur meine private Meinung. Ich könnte mir durchaus Sterbehilferegulungen vorstellen, die weiter gehen als das, was wir zur Zeit haben.

BRJ: Häufig hat der Senat auf die Patientenverfügung (§§ 1901a ff. BGB) rekurriert. Wie darf man das verstehen? Hat man das getan, weil hier im konkreten Fall eine mündliche Patientenverfügung ersichtlich vorlag oder weil man die Patientenverfügung jetzt als wesentliches Element bei der Sterbehilfe sieht?

Fischer: Das ist eine sehr gute und nach meiner Ansicht weiterhin nicht geklärte Frage. Wenn man die Frage noch etwas weiter fasst und zuspitzt, könnte sie folgendermaßen lauten: Besteht die Voraussetzung für eine materielle Rechtfertigung oder Tatbestandslosigkeit einer Sterbehilfe darin, dass die formalen Verfahrensvorschriften der §§ 1901a ff. BGB angewandt worden sind oder nicht? Ist das eine Verfahrensvoraussetzung, die die Beurteilung des materiellen Rechts zwingend prägt und voraussetzt, oder ist die Rechtfertigung unabhängig davon? Das ist streitig. Der 2. Strafsenat hat, soweit ich die Entscheidung interpretiere – da bin ich genauso ein Interpret wie alle anderen auch – es so gesehen, dass die Anforderungen der §§ 1901a ff. BGB erfüllt sein müssen, um zu einer Rechtfertigung zu gelangen. Es gibt aber auch Stimmen, die das anders sehen. Ich weiß, dass es hier im Bereich etwa der Betreuungsgerichte erhebliche Unsicherheiten gibt. Ich habe mich dieser Frage erst nachträglich noch einmal intensiver zugewandt, muss aber gestehen, immer noch nicht zu einem definitiven Ergebnis gekommen zu sein. Ich tendiere im Moment dazu, dass eine Strafflosigkeit der Sterbehilfe nicht davon abhängen kann, ob die §§ 1901a ff. BGB eingehalten worden sind, weil sich nicht aus dem Verfahren selbst die Rechtfertigung ergibt, sondern aus anderen materiellen Gesichtspunkten. Aber ich will das jetzt nicht als ausformulierte und endgültige Meinung vertreten.

BRJ: Wie sieht es in folgender Situation mit der Anwendung der Sterbehilferegulierung aus? Die Person befindet sich noch nicht in einer moribunden Lage und muss nicht unbedingt sterben, hat aber in ihrer Patientenverfügung z.B. Antibiotika oder Bluttransfusionen nicht erlaubt, das heißt man kennt den Willen der Person, nicht so weiterzuleben; Ärzte und Medizin könnten das Weiterleben jedoch problemlos ermöglichen.

Fischer: Diese Frage ist eindeutig geklärt: § 1901a III BGB sagt, dass eine Patientenverfügung jegliche Personen unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung bindet und vom Betreuer umzusetzen ist. Abgesehen davon ist natürlich die Behandlung gegen den Willen eines Menschen eine Körperverletzung und nur durch Einwilligung zu rechtfertigen. Wenn die Einwilligung nicht vorliegt, ist sie rechtswidrig. Deswegen hat in der uns zur Entscheidung vorgelegenen Sterbehilfeentscheidung die Anwendung von Nothilferegeln nicht geholfen. Manche – wenn ich mich recht entsinne: *Duttge*⁶ – haben uns vorgeworfen, dass wir einen viel zu weit gehenden, theoretischen Begründungsversuch vorgelegt haben; wir hätten stattdessen einfach § 32 StGB anwenden sollen.

⁵ BGHSt 40, 257.

⁶ Duttge MedR 2011, 32, 36 ff. (Urteilsanmerkung.).

Durch Aussagen der Betreuerin war festgestellt worden, dass die Patientin in der Krankheitssituation, in der sie sich befand, nicht weiter leben wollte. Die Betreuerin hatte den Wunsch der Patientin umzusetzen. Nachdem die Zwangsernährung über die PEG-Sonde einmal bereits abgebrochen worden war, entschied sich der Heimträger, sie wieder aufzunehmen. Dabei handelte es sich um einen Eingriff gegen den Willen der Patientin: Eine rechtswidrige Körperverletzung – ganz eindeutig. Hiergegen kann sich ein Patient mittels Notwehr wehren oder, wenn er selbst nicht in der Lage ist, eine dritte Person durch Nothilfe. Das Problem in dieser Situation war aber, dass sich die Tathandlung nicht gegen den Angreifer richtete, sondern das Rechtsgut Leben des Angegriffenen vernichtete. Kann man Nothilfe dadurch leisten, dass man das angegriffene Rechtsgut vernichtet? Dem wird entgegengehalten, das Rechtsgut, das vernichtet werden sollte, sei nicht dasselbe gewesen wie das angegriffene Rechtsgut. Denn vom Heimträger bzw. den Pflegekräften in dessen Auftrag angegriffen sei nicht das Leben der Patientin gewesen, sondern ihr freier Wille, also ihre Entscheidungsfreiheit. Es stellte sich somit genau gesagt die Frage, ob man das Leben vernichten durfte, um Nothilfe zur Rettung des freien Willens zu leisten. Ich bin nach wie vor der Ansicht, dass man nicht gerechtfertigt sein kann, wenn man Nothilfe übt, indem man die Existenz des Rechtsgutsträgers, dem man helfen will, vernichtet. Da mit der Vernichtung des Lebens auch der freie Wille erlischt, meine ich, dass eine Rechtfertigung ausgeschlossen ist. Aber zurück zu der Ausgangsfrage: Behandlungsvorschriften, Behandlungswünsche, Patientenverfügungen, Untersagungen von Hilfeleistungen und von Eingriffen sind qua Gesetzes ausdrücklich unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung und deshalb auf jeden Fall zu respektieren.

BRJ: Eine letzte Frage zur Sterbehilfe: Werden sich die Konsequenzen der Entscheidung noch in anderen Bereichen des Strafrechts widerspiegeln, beispielsweise der Fall des Suizids in Anwesenheit eines Dritten? Bis jetzt hat der Bundesgerichtshof eine Unterlassensstrafbarkeit angenommen, wenn der Dritte dem Opfer nicht hilft, nachdem es in eine nicht mehr steuerbare Situation geraten ist. Wertungsmäßig scheint dieses Unterlassen dem Durchtrennen einer PEG-Sonde vergleichbar.

Fischer: Diese Frage müssten Sie mir in Kürze noch einmal stellen. Wir entscheiden demnächst über einen Fall der Beihilfe zum Suizid durch Unterlassen eines anwesenden Garanten.⁷

BRJ: Lassen Sie uns zum Prozessrecht übergehen: Sie haben sich im Vorfeld der Gesetzesänderung gegen den Deal ausgesprochen. Damit standen Sie nicht allein. Eines der regelmäßig angebrachten Argumente ist das des Systembruchs. Warum haben Sie sich gegen das Abspracheverfahren gewandt?

Fischer: In der Frage steckt schon ein großer Teil der Antwort. Es handelt sich in der Tat um einen Systembruch, der bei uns eigentlich nicht kompensiert werden kann, weil in der StPO das Prinzip der Amtsermittlung gilt und weil dasselbe Gericht sowohl die Tatsachen ermittelt als auch bewertet. Das Gericht ist nicht nur Schiedsrichter, sondern entscheidender Akteur des ganzen Verfahrens. Es ist verpflichtet, von Amts wegen die Wahrheit zu ermitteln und sich nicht mit irgendwelchen Scheinbarkeiten zufrieden zu geben. Das hat auch der Gesetzgeber erkannt, indem er in § 257c StPO hineingeschrieben hat, dass der Grundsatz der Aufklärungspflicht unberührt bleibe. § 244 II StPO bleibt unberührt, was auch immer das im Einzelnen heißen mag. Man kann es so auslegen, dass es fast sinnlos wird. Man kann dem Satz freilich auch einen Sinn abgewinnen, wonach er bedeutet, dass man auf der Grundlage von Absprachen nach ausdrücklicher Anweisung des Gesetzes nicht irgendwelche fiktiven Sachverhalte unterstellen und akzeptieren darf. Das ist der Sinn dieser Regelung, und der muss auch umgesetzt werden.

Der wesentliche Fehler – die wesentliche Gefahr – der Abspracheregulation besteht nicht darin, dass das Verfahren vereinfacht wird. Niemand hat etwas gegen Verfahrensvereinfachungen. Sondern er besteht darin, dass wesentliche Förmlichkeiten und Inhalte des Strafverfahrens, die über einen langen Zeitraum gewachsen sind – die nicht nur wild gewuchert und zufällig, sondern auf Grund jahrhundertelanger Erfahrungen gewachsen sind, um den Umgang mit der Wahrheitsfindung zu regeln, um die staatliche Macht zu begrenzen und um Rechte des Bürgers zu sichern –, zur Disposition von parteilichen Interessen gestellt werden. Jeder der Beteiligten hat Vorteile: Das Gericht muss sich nicht so anstrengen; der Angeklagte erhält eine niedrigere Strafe; der Staatsanwalt hat Arbeitersparnis; der Verteidiger hat Arbeitersparnis und kann seinem Mandanten ein halbwegs erfreuliches Ergebnis präsentieren. Alle haben somit strukturell ein Interesse daran, Mindeststandards des Verfahrensrechts zu unterlaufen. Wenn sich aber die professionell Beteiligten an einem Verfahren, das ja eigentlich auf gegenseitige Kontrolle ausgelegt ist, darauf einigen, das Verfahren gemeinsam nicht einzuhalten, gibt es kein Halten mehr. Das ist es, was als stillschweigende, schleichende Entwicklung über Jahrzehnte hinweg eingerissen war. Das ist der Grund, warum die Diskussion in den letzten Jahren so intensiv geführt wurde – weil gesagt wurde, dass sich der Wildwuchs des sogenannten Deals in Abgrenzung zum jetzigen Abspracheverfahren dermaßen ausgeweitet habe, dass in einem großen Bereich der Strafrechtsanwendung mit gerechten Entscheidungen nicht mehr ohne Weiteres gerechnet werden könne. Es war eine Hoffnung des Gesetzgebers des Absprachegesetzes, dass diese Tendenz gestoppt wird, wenn endlich im Gesetz steht, was der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen als rechtliche Grenze des sogenannten Deals und als Min-

⁷ BGH, Urt. v. 21. Dezember 2011 – 2 StR 295/11.

destvoraussetzungen einer zulässigen Absprache geregelt hat. Dem wohnte freilich ein erhebliches Maß an Blauäugigkeit inne – um es einmal so auszudrücken –, an schlichtem Vertrauen darin, dass der Mensch gut sei und das jeder seine Pflicht tut, auch wenn dies nicht kontrolliert wird. Das mag im Einzelfall oder auch häufig so sein. Die schlichte Erfahrung zeigt aber, und zwar eine strukturelle Erfahrung der letzten 250 Jahre, dass es nicht zwingend und nicht regelmäßig so ist und dass eine Verfahrensrechtsstruktur, die den individuellen Missbrauch unkontrollierbar macht, letztlich zur Willkür im Namen der Gerechtigkeit führt. Wenn die Erreichung von Verfahrens- und materieller Gerechtigkeit davon abhängt, dass der Richter, der tendenziell unkontrollierbar ist, seine Pflicht tut und nicht aus unsachlichen Gründen davon abweicht, dann befinden wir uns wieder auf einer Stufe, die eigentlich weit am Anfang der Entwicklung unserer Prozessordnung steht. Unsere Prozessordnung ist ja gerade der über Jahrhunderte gewachsene Versuch, mit den Fehlentwicklungen, Missbräuchen und Monstrositäten, die solche Strukturen hervorbringen können, fertig zu werden und ein System von ausbalancierten Kontrollen und struktureller Überprüfbarkeit herzustellen. Wenn man die Überprüfbarkeit abschafft, damit alles einfacher wird, wird es natürlich im Detail einfacher werden. Es wird aber auch in einem hohen Maße unberechenbarer, von subjektivem Wollen oder von Zufällen abhängig, damit objektiv willkürlicher. Das ist der entscheidende Mangel des Abspracheverfahrens. Zugespitzt ausgedrückt: Es hat, um den Anforderungen des 21. Jahrhunderts gerecht zu werden, die Schönheit des Verfahrensrechts des 18. Jahrhunderts entdeckt.

BRJ: Wenn Sie selber sagen, dass es in der konkreten Situation für alle Beteiligten der günstigste Weg sei, dann müsste ein Utilitarist ihnen entgegenhalten, was denn dann noch hiergegen einzuwenden wäre. Wofür soll denn dann die übergeordnete Struktur- und Gerechtigkeitsfrage noch da sein, wenn sie sich nicht in der konkreten Situation auch bewährt?

Fischer: Da haben Sie Recht. Zwei Gesichtspunkte können dabei aber auf der Strecke bleiben. Einerseits fragt niemand die betroffenen Rechtsgutsinhaber. Bezeichnender Weise müssen und dürfen Nebenkläger oder Verbrechensopfer an Absprachen überhaupt nicht teilnehmen, auch nach jetzigem Recht nicht. Sie werden weder gefragt noch haben sie ein Widerspruchsrecht. Denn wenn im Gesetz stehen würde, dass der Abschluss einer bindenden Absprache der Zustimmung des Nebenklägers oder des Geschädigten bedarf, würden in zahllosen Verfahren keine Absprachen getroffen werden.

BRJ: Aber das haben wir bei § 153a StPO auch nicht.

Fischer: Das ist aber eine andere Größenordnung. Und der zweite Aspekt ist, dass schlicht und ergreifend der Sinn und Zweck des Strafrechts auf der Strecke bleiben könnte. Wir führen die Strafverfahren nicht deshalb durch, damit sie möglichst schnell zu Ende sind. Das ist eine geradezu absurde Vereinfachung des Sinnes von strafrechtlicher Verfolgung und Strafverfahren als öffentlicher Darstellung. Es ist eine verdrehte Vorstellung, diese Verfahren hätten den Zweck, möglichst schnell zu Ende zu gehen. Das kommt natürlich daher, dass man – oft zu Recht – meint, auf andere Weise nicht mehr mit dem Arbeitsaufwand fertig zu werden, weil der Verfahrensstoff zu umfangreich geworden ist, weil er zu aufwändig ist, weil möglicherweise zu viele Sachen verhandelt oder verfolgt werden müssen oder sollen. Die Grundlagen der Probleme entstehen aus dem materiellen Recht, also beispielsweise der Weite der Tatbestände, und aus dem geltenden Prozessrecht. Weil es schwierig ist, entsteht der Druck, die Abläufe irgendwie einfacher zu machen, zu beschleunigen, so dass sie überhaupt noch bewältigt werden können. Man treibt so aber nach meiner Ansicht im wahrsten Sinne des Wortes den Teufel mit Beelzebub aus. In Wirklichkeit müsste man sich mehr darauf konzentrieren, was das repressive Strafrecht überhaupt leisten kann. Seine Aufgabe ist eine stark symbolische. Es hat weder die Aufgabe noch die Fähigkeit, alle Straftäter oder gar alle gefährlichen Menschen irgendwie zu fangen und in möglichst schnellen Verfahren zu belanglosen Strafen zu verurteilen.

BRJ: Lassen Sie uns mit etwas leichterem Kost zum Schluss kommen: Im Zivil-⁸ und auch im Strafrecht⁹ sind kürzlich Sammelbände mit Fremd- und Selbstportraits arrivierter Rechtswissenschaftler erschienen. In Ihrem Festschriftenbeitrag für Ihre Kollegin *Rissing-van Saan*¹⁰ nehmen Sie diese Herangehensweise gewissermaßen aufs Korn. Wie sind die Reaktionen hierauf ausgefallen? Damit haben sie doch bestimmt viele verärgert?

Fischer: Nein, das kann man so nicht sagen. Einzelne wenige Betroffene haben pikiert reagiert – auf eine erstaunliche Weise. Andere haben sehr positiv reagiert. Ich habe sehr viele Zuschriften bekommen zu diesem Beitrag. Es ist klar, dass jemand, der unmittelbar betroffen ist, anders reagiert und eine andere, viel weniger objektive Sicht hat als jemand, der nicht betroffen ist. Das ist überaus nahe liegend und geht fast jedem so: Wenn man selber rezensiert wird, sucht man sogleich, ob man gut oder schlecht weggekommen ist. Aber es war nicht der Sinn dieses Aufsatzes, irgend jemanden gut oder schlecht

⁸ Grundmann [Hrsg.], Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler – eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Bd. 1 2007, Bd. 2 2010. Siehe hierzu die zwischen *Canaris* und *Rüthers* entbrannte Diskussion (JZ 2011, 593 ff.; JZ 2011, 879 ff.; JZ 2011 1149 ff.), die in dem Diktum *Canaris* ' gipfelte, *Rüthers* bleibe „doch wegen der sehr persönlichen Dimension seines Angriffs [...] ein mit allem Nachdruck zu bekämpfender Gegner“.

⁹ *Hilgendorf* [Hrsg.], Die Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010.

¹⁰ Spuren der Strafrechtswissenschaft. Eine Leseempfehlung, in: Bernsmann/Fischer, FS für Rissing-van Saan, 2011, S. 143 ff.

„wegkommen zu lassen“. Mein Beitrag beschäftigt sich nicht damit, Professoren zu loben oder zu beleidigen oder ihr Leben zu bewerten; sondern es geht um strukturelle Fragen der Rechtswissenschaft als Wissenschaft in ihrer Selbstdarstellung und des Umgangs dieser Personen mit ihrer Autobiographie als Wissenschaftler. Das Buch hat den Titel „Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen“¹¹; und es stellt sich die Frage, warum die Vertreter dieser Wissenschaft uns erzählen, dass sie gut in Latein waren oder dass sie fast nie Fehler gemacht haben. Es stellt sich also schlicht die Frage: Was bedeutet das? Was ist das für eine Aussage über die Strafrechtswissenschaft und über diese Strafrechtswissenschaftler? Wie verstehen diese ihre Wissenschaft selbst? Wie verstehen sie ihr Leben in dieser Wissenschaft? Dazu haben die zwanzig Autoren teilweise eindrucksvoll gute, teilweise schlechte Beispiele geliefert. Meine Rezension ist im Übrigen in Wirklichkeit genauso viel ein Text über mich selbst wie nicht über die betroffenen Strafrechtswissenschaftler. Die meisten – oder sagen wir viele – Leser haben ihn auch zutreffend so verstanden. Der Text ist im Grunde genommen der Versuch einer Fragestellung, wie Strafrechtswissenschaft sein könnte oder was sie sein könnte und wie man danach fragen müsste oder wie man nicht danach fragen sollte. Insoweit sind Reaktionen und Diskussion über diesen Festschriftenbeitrag in gewissem Maße symptomatisch für eine bisweilen doch recht unsouveräne und kleinrahmige Methode des Umgangs mit solchen Fragen, die in der Justiz und unter den Juristen verbreitet ist. Da wird alles gerne personalisiert und skandalisiert. Der Aufsatz enthält viele Mitteilungen über mein eigenes Verständnis vom Strafrecht, die mir wichtig sind. Er ist im Anschluss an einen Text in der Festschrift für *Rainer Hamm*¹² zu sehen, die 2008 erschienen ist. Die Diskussion darüber fand ich sehr interessant. Aus den vielen Zuschriften und dem Briefwechsel könnte man schon selbst wieder ein kleines Bändchen machen, das auch sehr aufschlussreich wäre. Aber das werde ich gewiss nicht tun.

BRJ: Herr Professor *Fischer* haben Sie vielen Dank für das aufschlussreiche Gespräch.

Das Gespräch führten Dr. Katrin Gierhake, LL.M. (Habilitandin am Rechtsphilosophischen Seminar der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Bonn) und David Rüter (BRJ) am 12. Dezember 2011 .

¹¹ *Hilgendorf* [Hrsg.], Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010.

¹² Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch, FS für Rainer Hamm, 2008, S. 63 ff.