

Klausur: Geistheiler

Von Prof. Dr. Kristin Pfeffer, Dr. Volker Steffahn, Hamburg*

Schwerpunkte der Klausur sind die Besonderheiten einer Strafurteils-Verfassungsbeschwerde, die Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen der Berufsfreiheit sowie Inhalt/Reichweite des strafrechtlichen Analogieverbots, Art. 103 Abs. 2 GG.

Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft Hamburg erhob gegen G, welcher sich als „Geistheiler“ betätigte, Anklage wegen Verstoßes gegen das Heilpraktikergesetz (HeilprG). Gegenstand der Anklage waren vor allem Behandlungen Schwerkranker durch „Handauflegen“.

Das Amtsgericht Hamburg-Mitte verurteilte G daraufhin wegen Verstoßes gegen das HeilprG in 28 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 250 Tagessätzen zu je 100 €. Zwar habe der Beschwerdeführer die Patienten nach deren erfolgloser ärztlicher Behandlung jeweils darauf hingewiesen, dass er eine Heilung oder Linderung nicht versprechen könne. Er habe sich gegenüber seinen Patienten aber immer dahingehend geäußert, dass er versuchen wolle, bei der „Heilung der Krankheit“ zu helfen. Zudem habe er selbst zugegeben, dass nach seiner Behandlung vorübergehend Hitzewallungen oder müdigkeitsbedingte Konzentrationsstörungen auftreten könnten. Auch wenn das Vorkommen solcher Fälle bei G bisher nicht konkret belegt werden konnten, erscheint es aber denkbar, dass Patienten im Vertrauen auf einen „Wunderheiler“ vom Arztbesuch absehen. Dem stünde kein öffentliches Bedürfnis für eine Tätigkeit wie der des G gegenüber.

Die dagegen gerichtete Berufung des Beschwerdeführers wurde vom Landgericht Hamburg zurückgewiesen. Jedenfalls aus Sicht der behandelten Personen habe kein Zweifel daran bestanden, dass eine Heilung oder Linderung der Leiden Ziel des Handauflegens gewesen sei. Um potentiell gefährlicher „Scharlatanerie und Quacksalberei“ zu begegnen, gelte nach strafrechtlicher Rechtsprechung als Heilkunde bereits ein Tun, das in den Behandelten den Eindruck erwecke, es ziele darauf ab, sie von Krankheit, Leiden und Körperschäden zu heilen oder ihnen Erleichterung zu verschaffen („Eindruckstheorie“).

Die dagegen eingelegte Revision wies das Oberlandesgericht Hamburg als unbegründet zurück. Das Landgericht habe die vom BGH in ständiger Rechtsprechung zu § 1 Abs. 2 HeilprG vertretene „Eindruckstheorie“ zugrunde legen müssen, mag auch das BVerwG mit dem Abstellen auf die Erforderlichkeit medizinischen Fachwissens für die Frage einer Heilkundetätigkeit ein tendenziell engeres Verständnis bevorzugen.

* Die Autorin Prof. Dr. Kristin Pfeffer ist Professorin für Öffentliches Recht an der Hochschule der Akademie der Polizei Hamburg. Der Autor Dr. Volker Steffahn ist Studienleiter für Öffentliches Recht und fächerübergreifendes Methodentraining am Zentrum für juristisches Lernen der Bucerius Law School in Hamburg.

Gegen die Verurteilung wendet sich G form- und fristgerecht an das Bundesverfassungsgericht. Seine Verfassungsbeschwerde begründet er wie folgt:

Er stelle keine medizinischen Diagnosen und mache keine Therapie, sondern zelebriere nur rituelle Gebete für die Heilung derer, die ihn aufsuchen, und übertrage positive Energie durch Handauflegen zur Aktivierung der Selbstheilungskräfte. Dabei fühle er sich wie ein Seelsorger „Gott ganz nah“. Er erstelle weder Diagnosen noch verschreibe er Medikamente oder verwende medizinische Geräte. Er rate den Kranken auch keinesfalls davon ab, weiter Hausärzte und Spezialisten zu konsultieren. Im Übrigen habe es sich in vielen Fällen um solche Schwerkranken gehandelt, die als „austherapiert“ galten, aber noch nicht aufgeben wollten. Viel sachgerechter als eine Heilpraktiker-Erlaubnis sei doch ein Zertifikat des Dachverbandes Geistiges Heilen e.V., welches er nachweisen könne. Ohnehin helfe er den Menschen immer nur am Wochenende; die Honorierung erfolge auf freiwilliger Basis durch eine Spende für seine Bemühungen. Die meisten Klienten seien aber zufrieden und würden einen nicht unerheblichen Betrag spenden. Unter der Woche übe er einen „normalen“ Beruf aus.

Die Verurteilung verletze ihn in seinem Grundrecht der Berufsfreiheit, welches noch durch das zusätzlich betroffene Recht auf Religionsausübung aufgewertet werde. Für das Verbot seiner Tätigkeit gebe es keine ausreichenden Gründe, da keine ernsthaften Gefahren für die Allgemeinheit bestünden. Seine Heilkräfte ließen sich durch medizinische Kenntnisse auch nicht wecken. Der Verweis auf die Möglichkeit zum Erwerb der Heilerlaubnis sei geradezu absurd, da in der amtsärztlichen Heilpraktikerüberprüfung für seine Tätigkeit völlig nutzloses, breites medizinisches Wissen in Anatomie, Physiologie, Pathologie, Diagnostik und Therapie abgeprüft werde, wofür nach Auskunft mehrerer Heilpraktikerschulen erfahrungsgemäß eine etwa zweijährige Ausbildung bzw. Vorbereitungszeit erforderlich sei. Bei seinen Heilungsriten differenziere er doch nicht einmal nach Krankheitsbildern oder Schwere des Leidens. Aufsichtsmaßnahmen würde er ja durchaus akzeptieren. Und auf eine „staatliche Legitimation“ seiner Geistheilertätigkeit durch das „amtsärztliche Siegel“ könne er jedenfalls gut verzichten. Aus den genannten Gründen sei die strafbewehrte Untersagung seiner Tätigkeit schon nicht geeignet. Erst recht sei sie nicht erforderlich und keinesfalls angemessen. Darüber hinaus liege ein Verstoß gegen das Analogieverbot bei der Anwendung des HeilprG vor. Denn mit der Anwendung von medizinischem Fachwissen habe seine Tätigkeit nichts zu tun; durch Gebet und Handauflegen therapierende Ärzte seien ihm auch nicht bekannt. Vermutlich hätten unsachliche Vorurteile gegenüber seiner Tätigkeit zu den Gerichtsurteilen geführt.

Aufgabe

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

Bearbeitervermerk

Soweit durch die Akteure, insbesondere G, bloße Tatsachen geschildert werden, ist davon auszugehen, dass diese zutreffen. Alle aufgeworfenen Rechtsfragen sind zumindest hilfs-gutachterlich zu prüfen. Gleichheitsrechte sind nicht zu prüfen.

Auszug aus dem Heilpraktikergesetz (HeilprG)¹*§ 1 HeilprG*

(1) Wer die Heilkunde, ohne Arzt zu sein, ausüben will, bedarf dazu der Erlaubnis.

(2) Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen [...].

§ 4 HeilprG

Die Erlaubnis wird nicht erteilt, wenn

1. sich aus der Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers durch das Gesundheitsamt ergibt, dass die Ausübung der Heilkunde durch den Betreffenden eine Gefahr für die Volksgesundheit darstellt. [...]

§ 5 HeilprG

Wer, ohne zur Ausübung des ärztlichen Berufes berechtigt zu sein und ohne Erlaubnis nach diesem Gesetz die Heilkunde ausübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Lösungsvorschlag

Vorbemerkung: Der Fall basiert auf den beiden „Geistheilern“-Entscheidungen.² Beide Verfassungsbeschwerden waren erfolgreich, da es aus Sicht des BVerfG an der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der amtsärztlichen Überprüfung von „Geistheilern“ fehlte. Aufgrund des entlegenen Realbereichs sind die beiden Entscheidungen in der Wissenschaft³, Praxis (abgesehen na-

turgemäß von der „Heilerszene“) und Ausbildung kaum beachtet worden. Dabei bietet die kuriose Fallkonstellation einige verfassungsrechtlich und fallbearbeitungspraktisch interessante Herausforderungen, z.T. basierend auf den Besonderheiten einer Strafurteils-Verfassungsbeschwerde.

Das BVerfG entscheidet zugunsten des G, wenn seine Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Abs. 1 Nr. 8a BVerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig. Die Zulässigkeit bemisst sich nach den §§ 90 ff. BVerfGG.

I. Beschwerdefähigkeit

G ist als natürliche Person „jedermann“ im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG.

II. Beschwerdegegenstand

G wendet sich gegen „die Verurteilung“ und damit zumindest gegen das letztinstanzliche Urteil⁴ des OLG Hamburg. Folglich liegt ein judikativer Akt der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG vor.

III. Beschwerdegrund

G müsste gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG schlüssig⁵ geltend machen, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Er beruft sich auf seine Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und einen Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG). Die Strafurteile enthalten implizit eine Untersagung seiner Tätigkeit als Geistheilern, so dass jedenfalls die Betroffenheit in seiner Berufsfreiheit plausibel erscheint.

Das Grundrecht könnte durch die Gerichte zumindest fahrlässig verletzt worden sein und dadurch auch die Möglichkeit einer *spezifischen* Grundrechtsverletzung vorliegen. Auch bei den anderen verletzten Grundrechten erscheint eine Verletzung nicht von vornherein ausgeschlossen. An der persönlichen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit ist – wie regelmäßig bei Urteilen – nicht zu zweifeln.

¹ § 4 HeilprG enthält in Wirklichkeit keine Regelung. Dessen Inhalt ist tatsächlich geregelt in § 1 Abs. 1 S. 1 lit. i der Ersten Durchführungsverordnung zum HeilprG. Aus didaktischen Gründen wurde der Inhalt zur Vereinfachung in das HeilprG integriert.

² BVerfG, Beschl. v. 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02 = NJW 2004, 2890 und BVerfG, Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03 = NJW-RR 2004, 705.

³ Ausnahmen: *Dorn-Haag*, Hexerei und Magie im Strafrecht, 2016, S. 407 ff.; *Kraatz*, NStZ-RR 2015, 131; *Haage*, Heilpraktikergesetz, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 11; vgl. auch aktuelle Entscheidungen der Strafgerichte zu „Wunderheilern“ AG Meldorf, Urt. v. 18.5.2010 – 29 Ds 315 Js 27580/09 (17/10) = NStZ 2012, 458; AG Gießen, Urt. v. 12.6.2014 – 507 Cs 402 Js 6823/11 = BeckRS 2014, 14746. Zur Werbung im Internet durch „Geistheilern“ BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR

1226/06 = NJW-RR 2007, 1048; Anmerkungen dazu *Muckel*, JA 2008, 236.

⁴ Auf das in der Zulässigkeitsprüfung in erster Linie abzustellen ist, siehe etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht, Bd. 2, 32. Aufl. 2016, Rn. 1258, 1260; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2015, Rn. 922 ff., insbesondere Rn. 924.

⁵ Zum Erfordernis der „Möglichkeit“ einer Grundrechtsverletzung und den weiteren Anforderungen an den Beschwerdegrund (auch „Beschwerdebefugnis“ genannt) etwa *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 926 ff.

Hinweis: Das Erfordernis der spezifischen Grundrechtsverletzung brauchte hier noch nicht angesprochen zu werden; zwingend ist dies erst in der Begründetheits-Station.

IV. Rechtswegerschöpfung

Indem G gegen das Ausgangsurteil erfolglos sowohl Berufung wie auch Revision eingelegt hat, ist der Rechtsweg gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG ausgeschöpft.

Hinweis: Der eng mit der Rechtswegerschöpfung im Zusammenhang stehende Grundsatz der Subsidiarität braucht bei Urteils-Verfassungsbeschwerden regelmäßig nicht angesprochen zu werden, sondern ist in erster Linie nur für die Gesetzes-Verfassungsbeschwerde wichtig, da es keinen regulären Rechtsweg gegen Gesetze gibt.

Exkurs: Grundsätzlich erfolgt gegen Urteile der Amtsgerichte in Strafsachen die Berufungsentscheidung am Landgericht (§ 74 Abs. 3 GVG) und die Revision beim Oberlandesgericht (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG; meist: kleine Strafkammern mit einem Berufsrichter und zwei Schöffen). Die GVG-Vorschriften mussten hier aber nicht genannt werden.

V. Form und Frist

G hat laut Sachverhalt auch Form und Frist eingehalten und damit auch die §§ 23, 92 und 93 Abs. 1 Abs. 1 BVerfGG erfüllt.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Verurteilung den Schutzbereich eines oder mehrerer Grundrechte in verfassungsspezifischer Weise verletzt.

I. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Hinweis: Zur Prüfungsreihenfolge: Auch wenn es sich bei der Religionsfreiheit, Art. 4 GG, um das grundsätzlich etwas „stärkere“ Grundrecht handelt, war es weniger naheliegend (aber auch nicht falsch), dieses zuerst zu prüfen, da nur „peripher“ betroffen. Sachlich steht hier die Berufsfreiheit erkennbar im Zentrum. Nicht nur Gleichheitsrechte, sondern auch Verfahrensrechte, zu denen im weiteren Sinne auch Art. 103 Abs. 2 GG gehört, werden üblicherweise erst nach den klassischen Freiheitsrechten geprüft.

1. Schutzbereich

Durch die implizite Untersagung seiner Tätigkeit als Geistheiler könnte G in seiner Berufs(wahl)freiheit betroffen sein. Geistheiler entsprechen zwar nicht unbedingt einem klassischen Berufsbild, ein solches ist aber auch nicht erforderlich. Wie andere verfassungsrechtliche Schutzgüter ist auch der Berufsbegriff *weit auszulegen*. Ein Beruf im verfassungsrechtlichen Sinne ist jede auf gewisse Dauer angelegte Tätig-

keit, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und nicht schlechthin gemeinschaftsschädlich ist.⁶

a) „Dient der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage“

Zweifeln könnte man schon am Merkmal der Schaffung oder Erhaltung seiner Lebensgrundlage, da G immer nur am Wochenende ergänzend zu seinem „normalen Beruf“ arbeitet und die Honorierung nur auf freiwilliger Basis durch Spenden erfolgt. Geschützt sind aber auch nebenberufliche Tätigkeiten bzw. solche, die nur zum Lebensunterhalt *beitragen*. Nur vom Umfang her ganz untergeordnete Tätigkeiten sind nicht nach Art. 12 Abs. 1 GG schutzwürdig⁷, wovon hier aber nicht ausgegangen werden kann. Denn nach der Sachverhaltsschilderung ist davon auszugehen, dass G *regelmäßig* am Wochenende tätig wird, wofür er regelmäßig Spenden in nicht unerheblicher Höhe erhält. Dass er darauf keinen Anspruch hat („Spende“) ist unerheblich; entscheidend ist insoweit der faktische Umfang.⁸

b) „Nicht schlechthin gemeinschädlich“

Weiter könnte man auf die Idee kommen, die Tätigkeit des G sei „schlechthin gemeinschädlich“. In dieser Richtung könnten die gerichtlichen Äußerungen zu verstehen sein, dass „für eine Tätigkeit wie der des G kein öffentliches Bedürfnis“ bestünde oder die Einstufung solcher Tätigkeit als „potentiell gefährliche Scharlatanerie und Quacksalberei“. Mag man auch Zweifel am gesellschaftlichen Nutzen solcher „esoterischen“ Vorgehensweisen haben, sind doch nicht bereits „sozial unerwünschte“ Tätigkeiten ausgeschlossen, sondern nur solche, die evident in erheblichem Maße und ausschließlich schädlich sind, bei denen also ein Einstellen in die Abwägung von vornherein sinnlos erscheint (z.B. „Berufskiller“).⁹ Hier sind zum einen keine schweren Gefahren bzw. sicheren Schäden ersichtlich. Zum anderen reicht es jedenfalls nicht, dass der Nutzen einer beruflichen Tätigkeit wissenschaftlich nicht erwiesen ist; eine nähere inhaltliche Bewertung von Berufen durch den Staat kommt nicht in Frage. Und dass nach Auffassung der Fachgerichte der Beruf des Geistheilers gem. HeilprG einfachgesetzlich verboten ist, kann nicht maß-

⁶ Strittige Rspr. des BVerfG seit dem „Apothekenurteil“ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377 (397).

⁷ BVerfG, Urt. v. 16.3.2004 – 1 BvR 1778/01 = NVwZ 2004, 597.

⁸ Vgl. zum ähnlichen Begriff des Gewerbes OVG Hamburg, Urt. v. 6.7.1993 – Bf VI 12/91 = NVwZ 1994, 1922; *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 73. Lfg., Stand: August 2016, § 55 Rn. 27.

⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01 = NJW 2006, 1261 = BVerfGE 115, 276 (300 f.); BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01 = NVwZ 2007, 324.; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 31. Lfg., Stand: 1.12.2016, Art. 12 Rn. 42.

geblich sein, da eine verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzes bzw. von dessen Anwendung möglich sein muss.¹⁰

Aufbau-Hinweis: Da die Religionsfreiheit hier nur am Rande, in Ergänzung und „Verstärkung“ der Berufsfreiheit betroffen ist, war es auch vertretbar, die Religionsfreiheit in enger Verbindung mit der Berufsfreiheit zu prüfen. Darauf deutet auch die Einlassung des G hin (Berufsfreiheit durch Religionsfreiheit „aufgewertet“). Dabei gibt es mehrere Aufbaumöglichkeiten, insbesondere:

(1) Erst Prüfung der Schutzbereiche beider Grundrechte *unmittelbar hintereinander*, dann einheitliche Eingriffsprüfung, anschließend Schrankenprüfung unter Berücksichtigung der jeweils unterschiedlichen Schranken und schließlich einheitliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der auf Seiten des G beide Grundrechte gemeinsam in die Abwägung einfließen.

(2) *Inzidente* Prüfung der Religionsfreiheit (als „Schutzbereichs- bzw. Abwägungsverstärker“) erst bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Abwägung, was allerdings dann weniger günstig ist, wenn – wie hier – die Prüfung des Schutzbereichs nicht in ein, zwei Sätzen bejaht werden kann und die Religionsfreiheit höhere Schrankenforderungen aufweist. Denn Inzidentprüfungen von größerem Umfang sollten möglichst vermieden werden.

Insbesondere wegen der unklaren bis höheren Schranken bei Art. 4 GG geht der Lösungsvorschlag hier den klassischen Weg: Getrennte Prüfung des Art. 4 GG (siehe unten), die dann aber möglichst knapp unter Vermeidung von Wiederholungen und über Verweisungen nach oben (wo sinnvoll möglich) erfolgen sollte. Denn neue Aspekte bei der Verhältnismäßigkeit werden sich bezüglich des anderen Freiheitsgrundrechts regelmäßig kaum ergeben.

2. Staatlicher Eingriff

Die Urteile enthalten nicht nur eine implizite Untersagung seiner Berufstätigkeit, sondern zusätzlich eine staatliche Sanktion in Gestalt einer Geldstrafe. Das stellt sogar einen klassischen, finalen und unmittelbaren Eingriff durch Rechtsakt mit Zwangswirkung dar und enthält zugleich eine (sogar subjektiv) berufsregelnde Tendenz.¹¹

Hinweis: Man konnte sich auch auf bloß einen der beiden Begründungsansätze beschränken oder mit dem modernen Eingriffsbegriff arbeiten. Bei letzterem besteht allerdings häufig der Mangel, dass er nicht ordentlich definiert wird. Auch der weite Eingriffsbegriff ist nicht grenzenlos, sondern verlangt, dass die Beeinträchtigung dem Staat zurechenbar ist.

¹⁰ Vgl. die in der vorangegangenen Fußnote angeführten Nachweise.

¹¹ Zum Eingriffsbegriff bei der Berufsfreiheit siehe etwa Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 917 ff.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Schranke

Abweichend vom Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht nur die Berufsausübungsfreiheit durch oder aufgrund eines Gesetzes einschränkbar, sondern „einheitlich“ auch die Berufswahlfreiheit. Die Formulierung „regeln“ umfasst angesichts der Kollisionsmöglichkeiten mit anderen Verfassungsgütern auch – wie hier – echte Einschränkungen.¹² § 5 i.V.m. § 1 f. HeilprG füllen hier den einfachen Gesetzesvorbehalt aus.

b) Verfassungswidrigkeit des Gesetzes: Unverhältnismäßigkeit?

Denkbar wäre bereits eine spezifische Grundrechtsverletzung dadurch, dass die Gerichte eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage angewandt haben. Die Verfassungswidrigkeit der §§ 1 f., 5 HeilprG drängt sich hier allerdings nicht auf und wird auch nicht explizit vom Beschwerdeführer vorgetragen. Angesichts der Schwere des Eingriffs – strafbewehrtes, bedingtes Berufsverbot – soll dennoch kurz zur Verhältnismäßigkeit der Regelung Stellung genommen werden.

Indem heilkundliche Tätigkeit von einer Erlaubnis abhängig gemacht wird, die auf Eigenschaften und Fähigkeiten der Anwärter abstellt, statuieren die Vorschriften eine *subjektive Berufswahlregelung*, welche im Rahmen der „Dreistufenlehre“¹³ auf zweiter Stufe einzuordnen ist und nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter erlassen werden durfte. Der hier bezweckte Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (vgl. im Sachverhalt den – vom Regelungsstandort her fiktiven – § 4 Nr. 1 HeilprG¹⁴) stellt zweifellos ein solches dar. Eine präventive Kontrolle über die Überprüfung fachlicher und persönlicher Fähigkeiten ist auch geeignet, diesen Schutz zu gewährleisten.¹⁵

An der Erforderlichkeit einer Prüfung, die für den bloßen „Ungefährlichkeitsnachweis“ des Heilpraktiker-Aspiranten offenbar eine etwa zweijährige Ausbildung zu (schul-)medizinischen Inhalten erfordert, mag man zwar generell schon zweifeln, doch ist diese Ausbildungs- und Prüfungspraxis nicht zwingend durch die Vorschriften des Heilpraktikergesetzes vorgegeben. Im Übrigen bestehen keine ernsthaften Zweifel an der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Vorschriften unter Berücksichtigung des erheblichen Rechts-

¹² Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 27.

¹³ Zur Dreistufenlehre BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377 (405 ff.); Michael/Morlok (Fn. 3), Rn. 673 ff. mit methodischer Einordnung, Hinweisen zur Fallbearbeitung sowie kritischen Ansatzmöglichkeiten. Für die Messung von Berufswahlregelungen an den verfassungsimmanenten Schranken Lücke, Die Berufsfreiheit, 1994, S. 30 f.

¹⁴ Zu dieser Regelung, die nicht gesetzlich, sondern durch Verordnung erlassen ist, siehe Fn. 1.

¹⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02, Rn. 13 = NJW 2004, 2890; BVerfG, Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, Rn. 9 = NJW-RR 2004, 705.

setzungsspielraums des Gesetzgebers¹⁶ in Verbindung mit dem Spielraum für eine verfassungskonforme Anwendung der auslegungsfähigen Merkmale der Regelung (insbesondere „Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden“) durch Behörden und Fachgerichte.¹⁷

Hinweis: Da die HeilprG-Vorschriften weder neu erlassen worden sind noch vom Beschwerdeführer explizit gerügt wurden noch sich eine Verfassungswidrigkeit aufdrängte, konnte auf eine Gesetzesprüfung auch ganz verzichtet werden. Umgekehrt konnte die Normprüfung auch etwas ausführlicher erfolgen. Auch der Bestimmtheitsgrundsatz konnte kompakt thematisiert werden, der ja auch ein Stück verwandt ist mit dem unten noch bei der Anwendung der Norm zu diskutierenden Analogieverbot. Der Schwerpunkt sollte aber klar bei der Einzelaktsprüfung liegen. Die unterschiedlichen Auslegungen von BGH und BVerfG demonstrierten gerade, dass das Erfassen vergleichsweise harmloser Tätigkeiten wie der von Geistheilern nicht zwingend in der Norm angelegt ist.

c) Verfassungswidrigkeit des Einzelakts: „Spezifische Verfassungsrechtsverletzung“

Da das BVerfG nicht die Funktion einer Superrevisionsinstanz für einfaches Recht hat, ist *nicht die einfachrechtliche Auslegung* der §§ 1 f., 5 HeilprG durch die Fachgerichte zu überprüfen. Eine „spezifische“ Verletzung von Verfassungsrecht liegt vielmehr nur dann vor¹⁸, wenn das Fachgericht (1) das Grundrecht des Beschwerdeführers *bereits im Schutzbereich übersehen* („verkannt“) hat, (2) es in *unverhältnismäßiger Weise* zurückgesetzt („fehlengewichtet“) oder (3) das Gesetz *willkürlich* ausgelegt bzw. subsumiert oder Tatsachen willkürlich ermittelt hat.

Hinweis: Hier mussten nicht unbedingt alle drei möglichen Fallgruppen einer spezifischen Grundrechtsverletzung genannt und geprüft werden, auch wenn hier ausnahmsweise einmal alle in Betracht kamen. Entscheidend ist die Fallgruppe einer möglichen unverhältnismäßigen Anwendung (auch „Gewichtungsfehler“ genannt). Sehr wichtig war aber, dass im Folgenden nicht eine umfassende einfachgesetzliche Auslegung und Subsumtion der maßgeblichen Vorschriften des HeilprG erfolgte. Man

¹⁶ Zur begrenzten Kontrolldichte im Verhältnis BVerfG – Gesetzgeber siehe *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 965 ff., insbesondere Rn. 976 f.

¹⁷ Teilweise heftige Kritik am HeilprG üben *Doepner*, GRUR 1981, 546 (547); *Kühne/Schwaiger*, Zum Recht der Heilbehandlung durch Psychologen, 1976, S. 32; *Open*, Die Medizinische Welt 30 (1979), 632; *Bockelmann*, NJW 1966, 1145; *Tadayon*, ZMGR 2005, 346; *Klose*, KJ 2007, 35; *Tamm*, VuR 2008, 465.

¹⁸ Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 7.12.1982 – 2 BvR 900/82 = BVerfGE 62, 338 (343) = NJW 1983, 1046; BVerfG, Urt. v. 29.11.1983 – 2 BvR 704/83 = NJW 1984, 1025; BVerfG, Beschl. v. 8.10.1996 – 1 BvR 1183/90 = NJW 1997, 386; *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 1314 f.

konnte allerdings von einer fehlenden „grundrechtskonformen Auslegung“ bzw. „verfassungskonformen Auslegung“ sprechen, die aber eben dann vorliegt, wenn das Grundrecht in unverhältnismäßiger Weise falsch abgewogen wird.

Wichtig: Wer mit diesen drei Fallgruppen wenig anfangen oder diese nur schwer behalten kann, für den könnte folgende Verständnis- und Erinnerungshilfe von Nutzen sein. Die drei Fallgruppen erinnern ein Stück weit an die Fallgruppen der Beurteilungs- und Ermessensfehlerlehre im Verhältnis von Behörden und Verwaltungsgerichten, wogegen es hier ja um das Verhältnis von Fachgericht und BVerfG geht. Ähnlich ist in beiden Fällen die Überlegung der Gewalten- bzw. Funktionenverteilung („Machtverteilung“) mit den entsprechenden Fragen von Entscheidungsfreiräumen, des Prüfungsmaßstabs bzw. der Kontrolldichte. (1) Die „Übersehensfehler“ mögen in ihrer Schwere eines „Totalausfalls“ grundrechtlicher Überlegungen eine strukturelle Verwandtschaft zur Fallgruppe des Ermessens-Ausfalls aufweisen. (2) Die behördliche Ermessens-Überschreitung wegen Unverhältnismäßigkeit ist natürlich den gerichtlichen „Gewichtungsfehlern“ strukturell und inhaltlich sehr ähnlich, die Parallele liegt geradezu auf der Hand. (3) Und eine willkürliche, also unsachliche Auslegung oder Subsumtion durch ein Gericht weist durchaus Parallelen auf zum behördlichen Ermessens-Fehlgebrauch auf, der insbesondere bei sachfremden Erwägungen angenommen wird. (Willkürlich können durch das Gericht ggf. auch Tatsachen gewürdigt werden, was wiederum ein Stück weit auf die Fallgruppe der behördlichen Ermessens-Unterschreitung wegen unzureichender Tatsachenermittlung verweist).¹⁹

aa) Übersehensfehler

Dass die Fachgerichte die Berufsfreiheit des G ganz übersehen haben, lässt sich aus dem Sachverhalt nicht mit hinreichender Gewissheit entnehmen und ist auch eher unwahrscheinlich, da die strafbewehrte Untersagung der Tätigkeit offensichtlich zu einem (bedingten) Berufsverbot für G in Bezug auf das „Geistheilen“ führt. Auch dass die Gerichte aufgrund ihrer Verknüpfung mit der Tätigkeit als „Scharlataner“, der ein „öffentliches Bedürfnis“ fehle, den Schutzbereich wegen schlechthin gemeinschädlicher Tätigkeit fälschlich (siehe oben) abgelehnt hätten, lässt sich nicht sicher feststellen.

bb) Unverhältnismäßige Anwendung des HeilprG („Gewichtungsfehler“)

(1) § 5 HeilprG

In Betracht kommt aber eine unverhältnismäßige Anwendung der Rechtsgrundlagen aus dem HeilprG. Dies gilt hier zwar nicht für die unmittelbare Anwendung der eigentlichen Strafnorm des § 5 HeilprG, da die genaue Höhe der Strafe schon in Ermangelung näherer Sachverhaltsangaben zur Strafe-

¹⁹ Zur Ermessensfehler-Lehre etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, Rn. 19 ff.

messung nicht ernsthaft nachprüfbar ist und „als Tatfrage“ auch keinen typischen Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Überprüfung darstellt.

Hinweis: Wichtig ist generell im Verfassungsrecht, dass immer möglichst klar ist, welche gesetzliche Vorschrift bzw. die Anwendung welcher von mehreren in Betracht kommenden Vorschriften gerade überprüft wird.

(2) § 1 (Abs. 2 i.V.m. § 4 Nr. 1) HeilprG

Möglich erscheint aber eine unverhältnismäßige Anwendung des § 1 HeilprG, der mit seiner Erlaubnispflicht die Grundvoraussetzungen der Strafbarkeit nach § 5 HeilprG bildet. Möglicherweise hätten die Fachgerichte § 1 Abs. 2 HeilprG grundrechtskonform eng auslegen und eine „Ausübung der Heilkunde“ bei G verneinen müssen. Die Erlaubnispflicht, die (unwidersprochen, siehe auch Satz 1 des Bearbeitervermerks) zur Vorbereitung auf die nach § 4 Nr. 1 HeilprG vorgeschriebene amtsärztliche Überprüfung breite medizinische Kenntnisse im Umfang einer ca. zweijährigen Ausbildung erfordert, könnte in Bezug auf G zur Erreichung des Gesetzeszweckes bereits ungeeignet sein, jedenfalls aber nicht erforderlich bzw. unangemessen.

Hinweis: Wichtig ist, dass bei allen Schritten der folgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung immer erst der begriffliche Maßstab (der Eignung, Erforderlichkeit bzw. Angemessenheit) bestimmt wird und erst dann fallbezogen subsumiert bzw. abgewogen wird („Definition vor Subsumtion“). Auch in Gerichtsurteilen wird meist konsequent so vorgegangen.

(a) Eignung zu einem legitimen Zweck

Die strafbewehrte Untersagung der Geistheilertätigkeit zulasten des G müsste dem bereits im Rahmen der Gesetzesprüfung genannten Zweck der Volksgesundheit als wichtigem Gemeinschaftsgut gedient haben. Die Anforderungen an die Eignung sind zwar nicht hoch, eine *Förderung* des Gesetzeszwecks genügt. Die bloße Behauptung der Förderung reicht jedoch nicht; sie muss auch hinreichend plausibel und darf nicht ganz unerheblich sein, allerdings unter Beachtung einer gewissen *Einschätzungsprärogative* des Fachgerichts.²⁰ Gerade im vorliegenden Fall erscheint die Eignung in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft.

Hinweis: Eine Unterteilung wie hier mit den fallbezogen entwickelten Zwischenüberschriften war natürlich nur eine Möglichkeit.

Der umfangreiche Parteivortrag des G zur fehlenden Zweckmäßigkeit der Maßnahme einschließlich der ausdrücklichen Rüge der fehlenden Eignung deutete auf eine ausnahmsweise umfangreiche Eignungsprüfung hin (das BVerfG hat dann auch bereits die Eignung verneint). Wenn wesentliche der genannten Sach-Aspekte aber dann – wie gewohnt – auf den späteren Stufen der Erforder-

lichkeit und Angemessenheit ausgewertet und bewertet wurden, ist eine bloß knappe Eignungsprüfung kein gravierender Mangel. Man sollte sich allerdings klarmachen, dass auch das Merkmal der Eignung nicht zwangsläufig ein bloßer „Durchlaufpunkt zum Abhaken“ ist; sonst hätte diese Anforderung ja auch keinen Sinn.

(aa) Unmittelbare Gefahren für die Patientengesundheit

Zunächst erscheinen die unmittelbaren Gefahren seiner Tätigkeit gering; in Rede stehen nur mögliche vorübergehende Hitzewallungen und müdigkeitsbedingte Konzentrationsstörungen. Solche eher harmlosen Erscheinungsformen lassen sich kaum als pathologische Zustände einstufen, welche die Volksgesundheit im Sinne des § 4 Nr. 1 HeilprG gefährden. (Andere Bewertung insoweit kaum vertretbar.)

(bb) Mittelbare Gefahren durch Unterlassen oder Verzögerung medizinischer Maßnahmen

Zu berücksichtigen sind allerdings mögliche mittelbare Gefahren für die Gesundheit seiner „Patienten“, da diese dazu neigen könnten, eine seriöse Behandlung durch einen Arzt zu unterlassen oder zu verzögern.²¹ Gerade die Annahme solcher *bloß mittelbarer* Gefahren muss aber hinreichend erheblich und plausibel sein. So fragt sich, ob die Annahme realistisch ist, dass Patienten verbreitet einen Geistheiler an Stelle von medizinischen Maßnahmen durch Ärzte in Anspruch nehmen. Erfahrungsgemäß dürfte die Tätigkeit eines Geistheilers als so weit entfernt von der eines Arztes oder auch Heilpraktikers klassischen Zuschnitts angesehen werden, dass der Besuch bei einem Geistheiler ähnlich wie bei einem Seelsorger nur ergänzend bzw. subsidiär (bei „austherapierten Schwerkranken“) erfolgt. In dem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass G auch keine Heilungsversprechen abgegeben (insoweit sogar gerichtlich festgestellt) und nicht vom Besuch von Hausärzten und Spezialisten abgeraten hat. Zwar ist es mit letzter Sicherheit nie auszuschließen, dass Kranke nicht bei Ärzten, sondern bei anderen Menschen Hilfe suchen und dann auch vereinzelt notwendige medizinische Maßnahmen aufgrund des Vertrauens in anderweitige Hilfe unterlassen. Wie manch andere esoterische Handlungsformen mag „Geistheilen“ für manche einen gewissen „Nimbus“ haben und enthält auch sprachlich den Wortbestandteil „-heilen“. Allerdings würde ein solches rational fernliegendes Verhalten, das durch G offenbar eben auch nicht gefördert wird, in den Selbstverantwortungsbereich des (erwachsenen) Patienten fallen – ähnlich wie ein Verzicht auf medizinische Interventionen ja auch im Vertrauen in die eigenen Selbstheilungskräfte oder aufgrund schlichten „Gottvertrauens“ erfolgen kann.

Bei der Prognose des Patientenverhaltens besteht zwar eine gewisse *Einschätzungsprärogative* der Gerichte, die hier aber angesichts des schweren Eingriffs – strafbewehrtes, „subjektiv“ bedingtes Berufsverbot – als Reaktion auf eine

²⁰ Michael/Morlok (Fn. 3), Rn. 965 ff., insbesondere Rn. 971.

²¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02, Rn. 17 = NJW 2004, 2890; BVerfG, Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, Rn. 13 = NJW-RR 2004, 705.

relativ harmlose, eher seelsorgerischen Handelns vergleichbare Tätigkeit gering ist. Dementsprechend ist hier eine gesteigerte Kontrolldichte durch das BVerfG anzunehmen.²² Da das Tatgericht ausweislich des Sachverhalts auch keine Fälle nachweisen konnte, bei denen es tatsächlich oder mutmaßlich im Zusammenhang mit der Tätigkeit des G zum Unterlassen oder Verzögern notwendiger medizinischer Behandlungen gekommen ist, hätte die nicht besonders naheliegende Prognose anderweitig substantiiert werden müssen. Wenn das (Amts-)Gericht von „denkbarem“ Patientenverhalten spricht, ist das zu vage.

(cc) „Staatliche Legitimation“ hier sogar kontraproduktiv zur Zielerreichung?

Hinzu kommt: Die denkbare Gefahr, notwendige ärztliche Hilfe zu versäumen, kann *sogar vergrößert bzw. erst hervorgerufen* werden, wenn geistiges Heilen als Teil der Berufsausübung von – tendenziell als seriöser angesehenen – Heilpraktikern verstanden wird. Innerhalb der fachgerichtlichen Argumentationslinie würde die staatliche Legitimation durch „amtsärztliches Siegel“ dann sogar kontraproduktiv wirken. Auch aus diesem Grunde fehlt es an der Eignung der an die Erlaubnispflicht anknüpfenden strafbewehrten Untersagung.

Hinweis: Ergänzende Ausführungen des BVerfG²³: „Wer Geistheiler – insbesondere bei einer vorangegangenen Erfolglosigkeit schulmedizinischer Behandlung – in Anspruch nimmt, geht einen ‚dritten Weg‘. Er setzt sein Vertrauen nicht in die medizinische Heilkunde und wählt etwas von einer Heilbehandlung Verschiedenes, wengleich auch von diesem Weg Genesung erhofft wird. Dies zu unterbinden ist nicht Sache des HeilprG. Je weiter sich das Erscheinungsbild des Heilers von einer medizinischen Behandlung entfernt, desto geringer wird das Gefährdungspotential, das im vorliegenden Zusammenhang alleine geeignet ist, die Erlaubnispflicht nach dem HeilprG auszulösen.“

Eine anderweitige Bewertung kann je nach Begründung an dieser Stelle ebenso gut vertretbar sein, insbesondere wenn man einen Prognosespielraum der Fachgerichte annimmt, der trotz der relativen Eingriffsschwere nicht überschritten sei. Die Vergleichbarkeit mit seelsorgerischer Tätigkeit kann man auch relativieren, da der Seelsorger sich typischerweise nur um das „Seelenheil“ und die seelisch-emotionale Bewältigung kümmert, der „Geistheiler“ regelmäßig aber auch und gerade um die „irdische“ Gesundheit von Geist und Körper.

²² Zur abgestuften, bei intensiven Grundrechtseingriffen verschärften Kontrolldichte *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 973 ff.

²³ BVerfG, Beschl. v. 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02, Rn. 19 = NJW 2004, 2890, ähnlich BVerfG, Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, Rn. 15 = NJW-RR 2004, 705; dazu *Haage* (Fn. 2), § 1 Rn. 11; vgl. auch aktuelle Entscheidungen der Strafgerichte zu „Wunderheilern“ in AG Meldorf, Urt. v. 18.5.2010 – 29 Ds 315 Js 27580/09 (17/10) = NStZ 2012, 458; AG Gießen, Urt. v. 12.6.2014 – 507 Cs 402 Js 6823/11 = BeckRS 2014, 14746.

Hält man eine staatliche Maßnahme bereits für ungeeignet, fragt sich, ob man danach überhaupt noch die weiteren Stufen der Verhältnismäßigkeit prüfen sollte. In einem Gutachten hängt dies in erster Linie davon ab, inwieweit die im Sachverhalt genannten Umstände und Argumente aus dem Parteivortrag bereits ausgeschöpft worden sind. Bei der weiteren Prüfung von einem Hilfsgutachten zu sprechen, wäre unpassend, denn eine Maßnahme kann ja ohne weiteres zugleich ungeeignet, nicht erforderlich und unangemessen sein. Man kann „einfach weiterprüfen“, etwa: „Jedenfalls ...“ oder „Darüber hinaus könnte die Maßnahme auch nicht erforderlich sein“.

(b) Erforderlichkeit

Darüber hinaus könnte aber der amtsärztliche Überprüfungsmodus, bezogen auf umfängliche medizinische Kenntnisse, für die Tätigkeit des G nicht erforderlich sein. Dies wäre dann der Fall, wenn es mildere Mittel mit vergleichbarer oder gar effektiverer Wirkung gäbe, insbesondere durch Maßnahmen, welche bloß die Berufsausübung regeln.²⁴

Da die mit der Tätigkeit verbundenen Gesundheitsgefahren allenfalls im Versäumen ärztlicher Hilfe liegen können, muss lediglich sichergestellt werden, dass ein solches Unterlassen nicht von G veranlasst oder gestärkt wird. Mögliche Maßnahmen sind insofern *Hinweispflichten* über entsprechende Informationsblätter bzw. verpflichtende Aufklärungsgespräche zu Beginn des Besuchs beim Geistheiler. Kontrollen der Gewerbeaufsicht – wie von G angedeutet – können die Einhaltung derartiger Aufklärungsverpflichtungen durchsetzen; eine gewerberechtliche Anzeigepflicht kann eine Kontrolle erleichtern. Solche Maßnahmen sind ungleich milder und eher von höherem Nutzen als eine Überprüfung anatomischer und physiologischer Kenntnisse sowie über Krankheitsbilder, medizinische Diagnosen und Standardtherapien. Letztere sind nur dann sinnvoll, wenn jemand als Therapeut über verschiedene Behandlungsalternativen berät und die Grenzen seiner alternativ-medizinischen Behandlungen kennen muss, nicht aber bei bloß rituellen Handlungen, bei denen auch nicht einmal zwischen verschiedenen Krankheitsbildern oder Schweregraden unterschieden wird. Bei einem rituellen Heiler spielen eher charakterliche Zuverlässigkeit und verantwortungsbewusstes Handeln eine Rolle, die mit den einfachen gewerberechtlichen Mitteln bis hin zu einer Gewerbeuntersagung schonender zu erreichen sind. Damit wird das Übermaßverbot erkennbar verletzt, wenn von Geistheilern breite medizinische Kenntnisse entsprechend dem Umfang einer zweijährigen Ausbildung verlangt werden.²⁵

²⁴ Vgl. zur Erforderlichkeitsprüfung bei Art. 12 GG BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = NJW 1958, 1035; *Jarass* (Fn. 11), Art. 12 Rn. 34.

²⁵ Zur fehlenden Erforderlichkeit der Erlaubnispflicht nach HeilPrG bei Geistheilern BVerfG, Beschl. v. 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02, Rn. 20 f. = NJW 2004, 2890; BVerfG, Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, Rn. 17 f. = NJW-RR 2004, 705.

Hinweis: Abweichendes Ergebnis bei guter Begründung wohl noch vertretbar, insbesondere wenn die betreffenden Erwägungen auf die Angemessenheitsprüfung verlagert wurden. Kein geeignetes milderer Mittel stellt das von G genannte Geistheiler-Zertifikat schon deshalb dar, da nach § 4 Nr. 1 HeilprG (in Wirklichkeit ist dies in einer Durchführungs-Verordnung zum HeilprG geregelt) nur „negativ“ überprüft wird, ob der Kandidat eine Gefahr für die Volksgesundheit darstellt, also auch bei klassischen Heilpraktikeranwärtern nicht ihre „positive“ Befähigung im Sinne naturheilkundlicher Kenntnisse und Erfahrungen geprüft wird.

(c) *Angemessenheit*

Die strafbewehrte Untersagung der beruflichen Geistheiler-Tätigkeit des G könnte zudem und jedenfalls unangemessen sein, was der Fall wäre, wenn die Schwere des Grundrechtseingriffs außer Verhältnis zum angestrebten Nutzen steht.²⁶ Zwar dürfte der Zweck der Volksgesundheit bei gleichem Betroffenheitsgrad dem der Berufsfreiheit – selbst in Verbindung mit der Religionsfreiheit – *abstrakt* vorrangig sein. Entscheidend ist aber die *konkrete* Gewichtung. Wie oben bei der Eignung zu einem legitimen Zweck eingehend geprüft, sind die Gefahren für die Gesundheit der „Patienten“ des G praktisch nur mittelbarer Natur (denkbarer Verzicht auf medizinische Expertenhilfe) und im Falle eines Geistheilers ist auch diese Gefahr sehr unwahrscheinlich. Und der Nutzen einer zweijährigen, (schul-)medizinischen Ausbildung für rituelle Heiler ist äußerst gering. Auf der anderen Seite steht nicht nur ein Eingriff in die Berufswahl durch „subjektive“ Hindernisse auf zweiter Stufe der Dreistufenlehre. Dieser Eingriff ist noch dadurch intensiviert, dass die Bedingungen für G nur mit sehr hohem Aufwand zu erfüllen sind, in einem sehr geringen Zusammenhang mit seiner Tätigkeit stehen und mit einer erheblichen Strafe (Geldstrafe in Höhe von insgesamt 25.000 €) sanktioniert worden sind. Ob für seine Tätigkeit ein öffentliches Bedürfnis besteht, darf bei der Bewertung allenfalls äußerst zurückhaltend berücksichtigt werden, da der Staat – in den Grenzen einer schlechthin gemeinschädlichen Tätigkeit – ähnlich wie bei Kunstwerken, Meinungsinhalten oder Glaubensauffassungen grundsätzlich nicht „patriarchalisch“ die Nützlichkeit von Grundrechtsausübungen inhaltlich bewerten darf. Dadurch wird zudem die Wahlfreiheit der Patienten/Klienten in Bezug auf Möglichkeiten der Therapie bzw. Lebenshilfe berührt. Indem G Heilrituale ausübt, besteht auch zumindest eine Nähe zur Ausübung von Religion, die – selbst wenn die in Art. 4 Abs. 1, 2 GG geregelte Religionsfreiheit für sich gesehen nicht als einschlägig angesehen werden sollte – noch verstärkend berücksichtigt werden kann.²⁷ Die strafbewehrte Untersagung der Geist-

²⁶ Oft auch als „Je-desto-Formel“ ausgedrückt, vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420/95 und 2437/95 = NJW 2000, 55; BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 = NJW 2004, 2213; BVerfG, Urt. v. 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 = NJW 2005, 2603.

²⁷ Zum (strittigen) Konzept der Schutzbereichs- (bzw. Abwägungs-) „Verstärkung“ von Grundrechten durch weitere

heilertätigkeit des G stand damit auch erkennbar außer Verhältnis zum Nutzen.²⁸

Hinweis: Wie gesagt, konnte der Schwerpunkt auch bei der Angemessenheitsprüfung liegen. Umgekehrt konnte die Angemessenheitsprüfung auch ganz entfallen, soweit man alle maßgeblichen Erwägungen schon bei der Eignung und Erforderlichkeit diskutiert hat und (wie hier) eigentlich nur noch die Erwägungen von oben gewichtend wiederholt. Die Erforderlichkeitsprüfung ist generell aber nicht bloß ein „Grobfilter“ im Verhältnis zur nachgelagerten Angemessenheitsprüfung, sondern es werden jeweils unterschiedliche Aspekte miteinander verglichen: Bei der Erforderlichkeit rechtsfolgenorientiert verschiedene Maßnahme-Alternativen, bei der Angemessenheit die Stärke der Positionen (Rechtsgüter und Eingriffsintensität/Nutzenwahrscheinlichkeit) auf beiden Seiten.

Eine verfassungsrechtliche Bewertung der strafbewehrten Untersagung als insgesamt verhältnismäßig war hier nur schwer vertretbar und möglicherweise „vorurteilsbehaftet“. Auch Außenseitertätigkeiten außerhalb anerkannter wissenschaftlicher Zusammenhänge kann nicht wegen eines behaupteten geringen öffentlichen Bedürfnisses (was auch Betroffene anders sehen mögen) verfassungsrechtlicher Schutz versagt werden. Die Nähe zu seelsorgerischer Tätigkeit, bei der man sich ja auch fragen könnte, was diese eigentlich „objektiv bringt“, mag das verdeutlichen. Und „schwarze Schafe“ (in diesem Bereich etwa dann, wenn – möglicherweise noch gegen besonders hohe Vergütung – doch Heilsversprechen gegeben würden oder von klassischen Therapeuten massiv abgeraten würde) gibt es in jeder Branche, weshalb aber nicht gleich eine ganze Berufsgruppe unter Generalverdacht gestellt werden darf.

cc) *Willkürliche Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts*

Zusätzlich bestehen hier Anhaltspunkte für eine „willkürliche“ Anwendung des HeilprG durch die Gerichtsentscheidungen. Eine solche liegt ausnahmsweise dann vor, wenn die Gerichte in *geradezu unsachlicher Weise* das Gesetz ausgelegt oder subsumiert haben bzw. die Tatsachen gewürdigt haben.

Hier kommen sachfremde Erwägungen zwar nicht bei der Auslegung in Betracht, denn die vom BGH vertretene „Eindruckstheorie“²⁹ ist zum Schutz der Patienten nicht generell

Grundrechte, die entweder als Neben-Grundrechte einschlägig sind oder in deren Nähe das geschützte Verhalten anzusiedeln ist, *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 56 ff.

²⁸ Zur im Übrigen vom BVerfG auch abgelehnten Angemessenheit der angegriffenen Entscheidungen BVerfG, Beschl. v. 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02, Rn. 22 = NJW 2004, 2890; BVerfG, Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, Rn. 19 ff. = NJW-RR 2004, 705.

²⁹ BGH, Urt. v. 4.11.1955 – 5 StR 421/55 = NJW 1956, 313 f.; *Hoffmann-Holland*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl.

unplausibel, woran die abweichende Auslegung des § 1 Abs. 2 HeilprG durch das BVerwG³⁰ nichts ändert.

Exkurs: Bei unterschiedlichen Auslegungen der obersten Bundesgerichte kann als Vermittlungsorgan der *Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* (GmS-OGB) einberufen werden, was in der Praxis bisher nur selten geschehen ist.

Denkbar sind aber sachfremde Erwägungen bei der Subsumtion der Tätigkeit des G unter die maßgeblichen Vorschriften des HeilprG, indem in den Urteilen von „Scharlatanerie und Quacksalberei“ sowie einem „fehlenden öffentlichen Bedürfnis“ seiner Tätigkeit gesprochen wird. Allerdings wird die Gefahr der „Scharlatanerie und Quacksalberei“ vom Landgericht nur generell als Gesetzeszweck genannt, was grundsätzlich auch zutreffend ist. So schützt das Gesetz gerade vor selbst ernannten Therapeuten, die sich als Ärzte oder Heilpraktiker ausgeben oder aufführen, ohne die erforderliche Approbation oder Heilpraktikererlaubnis nachweisen zu können. G wird vom Landgericht demgegenüber nicht ausdrücklich selbst als „Scharlatan“ bezeichnet. Und dass das Amtsgericht ein „öffentliches Bedürfnis“ für die Tätigkeit des G verneint hat, belegt nicht zwingend sachfremde Erwägungen, sondern nur die oben bereits festgestellte Fehlvorstellung von der Reichweite des beruflichen Grundrechtsschutzes. Damit ist die willkürliche Rechtsanwendung nicht mit hinreichender Gewissheit feststellbar.

Hinweis: Andere Bewertung je nach Begründung vertretbar. Auch wenn G selbst „unsachliche Vorurteile“ vorgebracht hat: Es war kein gravierender Mangel, wenn diese selten thematisierte Fallgruppe hier nicht angesprochen wurde, zumal ja schon die Hauptfallgruppe der unverhältnismäßigen Anwendung zu einer spezifischen Grundrechtsverletzung geführt hat. Und es bleibt dabei: die einfachrechtliche Auslegung und Subsumtion wird vom BVerfG grundsätzlich nicht überprüft, sondern eben nur dann, wenn Anhaltspunkte für Willkür vorliegen. Das könnte man dann auch bei Art. 3 Abs. 1 GG verorten (wenn nicht – wie hier – dessen Prüfung durch den Bearbeitervermerk ausgeschlossen ist).

Es bleibt bei einer spezifischen Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG wegen Unverhältnismäßigkeit bei der Gesetzesanwendung durch die Fachgerichte im Einzelfall.

II. Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG

Zusätzlich kommt ein Verstoß gegen die Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1, 2 GG in Betracht.

Fraglich ist, ob der Schutzbereich der Glaubensfreiheit und Religionsausübung hier betroffen ist, wobei die unter-

schiedlichen, in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG genannten Ausprägungen der Religionsfreiheit als „einheitliches“ Grundrecht anzusehen sind.³¹ Religion erfordert zunächst einen Gottesbezug, der nach der Darstellung der Tätigkeit des G bei seinem rituellen Heilen plausibel ist. Zwar erfolgt hier kein Bezug zu anerkannten Religionsgemeinschaften und gehört die Tätigkeit des G sicherlich nicht zum Kernbereich der Religionsausübung. Die Religionsfreiheit beinhaltet aber – wie auch der eher individuell konnotierte Begriff „Glaube“ zeigt – ähnlich wie die anderen Freiheitsgrundrechte in erster Linie ein Individualgrundrecht.

Allerdings entstammen die hier vorgenommenen Heilungsrituale offenbar keinem metaphysischen Regelsystem, keinem verbindlichen Verhaltensgebot, dessen Befolgung G als verpflichtend ansieht.³² Diese Voraussetzung ist aber gerade kennzeichnend für ein Bedürfnis, die „starke“ Grundrechtsposition der Religionsfreiheit anzunehmen. Ohnehin wäre die Religionsfreiheit hier allenfalls am Rande berührt und der Schutz des G wird auch kaum vermindert, da die Nähe zum Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG bereits im Rahmen der Abwägung zu Art. 12 Abs. 1 GG berücksichtigt worden ist (siehe oben).

Hinweis: Dass Gs Verhalten tatbestandlich eine Religionsausübung darstellt, war mit guter Begründung ebenfalls vertretbar. Immerhin sind religiöse Heilungs-Rituale traditionell durchaus verbreitet. Sie sind G offenbar ein wichtiger Ausdruck seiner „spirituellen Persönlichkeit“, die er offenbar stetiger praktiziert als viele „Gläubige“ ihre „normale“ Konfession. Dann wäre noch die klassische Schrankenproblematik bei Art. 4 Abs. 1 GG anzusprechen gewesen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt, ähnlich der qualifizierten Schranke der „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 GG?³³). Die dann folgende „zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung“ hätte stark abgekürzt werden können (und schon aus Zeitgründen in der Klausursituation auch müssen), im Wesentlichen durch eine Verweisung auf die entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG. Zu abweichenden Aufbauvarianten bei mehr als einem Freiheits-Grundrecht siehe bereits oben den Hinweis nach der Schutzbereichsprüfung bei der Berufsfreiheit. Gleichheitsgrundrechte waren, siehe Bearbeitervermerk, nicht zu prüfen (andernfalls hätte insbesondere ein Vergleich mit den bereits im Sachverhalt genannten Seelsorgern nahegelegen).

III. Analogieverbot, Art. 103 Abs. 2 GG

Hinweis: Dem § 90 Abs. 1 BVerfGG kann entnommen werden, dass es sich bei Art. 103 Abs. 2 GG um ein eigenständiges, grundrechtsgleiches Recht handelt. Da es sich bei der verbotenen analogen Anwendung einer Straf-

2017, § 22 Rn. 8-11; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 843.

³⁰ BVerwG, Urt. v. 10.02.1983 – 3 C 21/82 = NJW 1984, 1414.

³¹ BVerfGE 24, 236 (245).

³² Zu dieser Kernvoraussetzung siehe etwa *Michael/Morlok* (Fn. 3), Rn. 195 f.

³³ *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 599 ff.

norm zulasten des Täters um ein Problem der konkreten Anwendung handelt, wäre der Standort schon bei der Gesetzesprüfung unpassend.

Aufbauhinweis: Die übliche Aufteilung der Grundrechtsprüfung in Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung passt hier nicht, da diese auf klassische Freiheitsrechte und nicht auf Verfahrensrechte zugeschnitten ist. Für eine Überschreitung der „Wortlautgrenze“ gibt es auch keine Rechtfertigung.³⁴ Angesichts der Vielgestaltigkeit des Sprachgebrauchs wird aber nur ausnahmsweise eine „Grenzüberschreitung“ feststellbar sein.

1. Inhalt und Reichweite des Analogieverbots

Weiter rügt G einen Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot durch die Anwendung der maßgeblichen HeilprG-Vorschriften auf seine Geistheiler-Tätigkeit. Die Gerichte könnten hier bei der für die Erlaubnispflicht entscheidenden Voraussetzung der „Ausübung der Heilkunde“ im Sinne des § 1 Abs. 2 HeilprG und der damit in der gleichen Vorschrift verbundenen Legaldefinition („Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten und Leiden“) die Grenzen der Auslegung überschritten haben.

Aus Art. 103 Abs. 2 GG lassen sich über das ausdrückliche *Rückwirkungsverbot* hinaus zwei weitere Grundsätze für strafrechtliche Normen und deren Anwendung herauslesen: das strafrechtsspezifische *Bestimmtheitsgebot* und eben das hier allein interessierende strafrechtliche *Analogieverbot* zulasten des Täters.³⁵ Denn wenn ein Verhalten bestraft wird, das vom Täter nicht aus der Norm herausgelesen werden konnte und von den Gerichten bloß „nachträglich hineingelesen“ wird, liegt ein Fall vor, der einer Bestrafung durch nachträgliche Gesetzesänderung entspricht. Die Grenze zwischen noch vertretbarer weiter Auslegung und verbotener Überdehnung (Extension) der Norm durch Analogiebildung bemisst sich aufgrund allgemeiner rechtsmethodischer Regeln nach der sog. „Wortlautgrenze“.³⁶ Diese Metapher steht für die

³⁴ Nach seinem Wortlaut ist Art. 103 Abs. 2 GG vorbehaltlos gewährleistet und nach Ansicht des BVerfG „einer Abwägung nicht zugänglich“, BVerfG, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01 = NJW 2004, 739. Daher führen Eingriffe in das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG stets zu seiner Verletzung.

³⁵ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 28), § 1 Rn. 67 ff.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82 = NJW 1986, 1671 (1672); BVerfG, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718, 719, 722, 723/89 = NJW 1995, 1141; BGH, Urt. v. 12.3.1953 – 3 StR 819/52 = BGHSt 4, 144 (148), Schmitz (Fn. 34), § 1 Rn. 73; Kudlich/v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 68; R. Schmitt, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1985, S. 233; Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 78.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 322 ff.; zur Wortlautgrenze in der strafgerichtlichen Rechtsprechung siehe auch Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2005, S. 100 ff.

Überschreitung eines plausiblen Sprach-Gebrauchs („Sprachgebrauchs-Plausibilitätsgrenze“).³⁷ Damit das Vertrauen der eigentlichen Adressaten einer Strafnorm, der potentiellen Delinquenten, also (meist) juristischen Laien geschützt werden kann, darf gerade der *allgemein übliche* Sprachgebrauch nicht erkennbar überschritten werden.

Hinweis: Dass sich die Grenze (nur) nach dem Wortlaut/Sprachgebrauch richtet, ist methodisch nicht ganz unstrittig, dürfte aber h.M. sein und kann in der Klausur insoweit ohne Diskussion zugrunde gelegt werden. Man konnte diesen Maßstab aber auch diskutieren und sogar anders bestimmen (mit auch teleologischer „Grenzziehung“, siehe unten).³⁸

2. Möglicher Verstoß durch die gerichtliche Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 2 HeilprG

a) Zugrundelegung der „Eindruckstheorie“ bei § 1 Abs. 2 HeilprG durch die ordentlichen Gerichte

Die drei Gerichtsinstanzen in Strafsachen haben bei der Anwendung des § 1 Abs. 2 HeilprG hier die vom BGH vorgegebene „Eindruckstheorie“ angewandt, nach der es sich maßgeblich aus Patientensicht bestimmt, ob Heilkunde im Sinne einer auf Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten und Leiden Tätigkeit vorliegt. Schon dieser *abstrakte* Maßstab bei der Auslegung der Vorschrift könnte verfassungswidrig sein. Fraglich ist also, ob eine solche Auslegung mit dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 HeilprG vereinbar ist. Die Bestimmung, was Heilkunde ist, wird zwar in der Vorschrift „final“ formuliert (Tätigkeit „zur“ Feststellung, Heilung...), allerdings kann dies aus dem Sachzusammenhang nicht die Patientensicht meinen. Sprachlich denkbar wäre nur die „Therapeuten“-Sicht, wenn auch eine objektive Bewertung näher liegt. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass der BGH eine wirklich *subjektive* Patientenperspektive zugrunde legt, sondern die verobjektivierte Sicht eines vernünftigen (oder jedenfalls nicht ganz unvernünftigen) Patienten und damit eines objektiven Dritten anstelle des Patienten. Eine solche Sichtweise, die auf einen verobjektivierten Empfänger einer Erklärung bzw. Handlung abstellt, ist dem Recht nicht fremd und auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht unvereinbar. Dass das BVerwG die Grenze gleichsam „noch objektiver“ am Maßstab der Notwendigkeit medizinischen Fachwissens für die Tätigkeit zieht³⁹, stellt eine andere, aber nicht die einzig sprachliche vertretbare Auslegung dar.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82 = NJW 1986, 1671 (1672); BVerfG, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718, 719, 722, 723/89 = NJW 1995, 1141; BGH, Urt. v. 12.3.1953 – 3 StR 819/52 = BGHSt 4, 144 (148).

³⁸ So etwa Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 3 Rn 33; BGH, Beschl. v. 11.11.1954 – 4 StR 526/54 = NJW 1955, 72; kritisch dazu Schmitz (Fn. 34), § 1 Rn. 74.

³⁹ BVerwG, Urt. v. 10.02.1983 – 3 C 21/82 = NJW 1984, 1414.

b) *Tätigkeit eines Geistheilers als „Heilung oder Linderung von Krankheiten oder Leiden“*

Die aus den Strafurteilen hervorgehende weite Auslegung des § 1 Abs. 2 GG könnte aber den Wortlaut insofern überdehnt haben, als sie *konkret* das Geistheilen der gesetzlichen Formulierung „Heilung oder Linderung von Krankheiten oder Leiden“ zugeordnet hat. Allerdings ist die Normpassage sprachlich extrem weit gefasst, insbesondere indem nicht nur die Heilung, sondern auch die „Linderung“ erfasst wird. Und schon der Begriff „Heilung“ wird in manchen Sprachzusammenhängen weit gefasst, insbesondere eben beim Begriff des „Geist-Heilens“. Aus den oben genannten Erwägungen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheint es zwar gerade aus teleologischer Sicht kaum vertretbar, Geistheiler mit den Konsequenzen des § 4 Nr. 1 (umfängliche amtsärztliche Überprüfung medizinischen Fachwissens) und § 5 (Strafdrohung trotz geringen Gefahrengrades) HeilprG zu fassen. Aber nach dem Allgemeinen Sprachgebrauch erscheint eine so weite Auslegung des Begriffs Heilens und erst recht des „Linderns“, und das noch in Verbindung mit der „Eindrucks-theorie“ nicht unvertretbar.

c) *Tätigkeit eines Geistheilers als „Ausübung der Heilkunde“*

Würde man schließlich isoliert das Merkmal „Ausübung der Heilkunde“ zugrunde legen, könnten allerdings doch Zweifel bestehen, ob Geistheilen (allgemein)sprachlich als „heilkundliche“ Tätigkeit aufgefasst werden kann oder eben mit dem BVerwG doch die Notwendigkeit medizinischen Fachwissens für die Ausübung einer solchen Tätigkeit das maßgebliche Kriterium bildet. Allerdings kann der Begriff nicht von der Legaldefinition isoliert beurteilt werden, was im Zweifel auch ein Laie nicht täte. Insofern kann zwar der Gesetzgeber kritisiert werden, dass Merkmal und Legaldefinition nicht ganz harmonieren oder eben die Legaldefinition aus teleologischer Sicht zu weit gefasst ist (was ggf. eine teleologische Reduktion erfordern könnte). Dies ist aber für die Wortlautgrenze hier nicht maßgeblich. Ein Verstoß gegen das Analogieverbot kann folglich auch insoweit nicht festgestellt werden.

Hinweis: Anderes Ergebnis hinsichtlich der Einhaltung der „Wortlautgrenze“ je nach Begründung vertretbar. Zum anderen ist es nicht unvertretbar (siehe oben), das Analogieverbot auch auf die Überschreitung einer plausiblen *teleologischen* Betrachtung hin zu erstrecken, was aber angesichts der hohen Wertungsunterworfenheit teleologischer Betrachtungen kaum praktikabel erscheint. Vom BVerfG wurde diese Prüfung offen gelassen.

Wichtig war, dass der Maßstab zur Bestimmung des Analogieverbots (kurz: „Wortlautgrenze“ oder entsprechende Formulierungen) herausgearbeitet wurde und nicht bloß „in der Luft schwebende“ fallbezogene Ausführungen erfolgten. Auf Basis dieses Maßstabs sollte dann eng am Normtext des HeilprG und am (allgemeinen) Sprachgebrauch gearbeitet werden.

IV. Ergebnis

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist wegen Verletzung der Berufs- und Religionsfreiheit des G begründet. Gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG wird das BVerfGG die Entscheidung aufheben und an das zuständige Fachgericht zurückverweisen.