

§ 7 Grundlagen des Sanktionsrechts

Wie es aber nicht anders gehen kann: der Stoff, den wir untersuchen wollen, wird unser Meister. Es fragt sich nur, ob vorübergehend oder auf immer? Grade wer sich zu frühe seiner Herrschaft entziehen will wird ihrer nimmer ledig. Nicht in unserer Macht liegt es zu bestimmen, wieviel ungelöste Fragen noch präjudizirlich vor derjenigen liegen, auf deren Beantwortung es uns ankommt. So viele ihrer sind, so viele Stationen müssen zurückgelegt werden bis die Untersuchung da beginnen kann, wo sie so gerne gleich begonnen hätte.

Karl Binding

Aus dem Vorwort (S. VII) zu:
Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1¹ (1872)

Bevor mit der Auslegung des § 30 OWiG begonnen werden kann, bedarf es gewisser Vorbemerkungen zu Aufgabe und Wirkungsweise des Ordnungswidrigkeitenrechts. Das ist im Rahmen einer – jedenfalls im Ausgangspunkt – nicht-strafrechtlichen Untersuchung schon deshalb erforderlich, um dem „Einwand des Dilettantismus“ vorzubeugen.¹ Vor allem aber kann Zweck und Mechanismus einer einzelnen Vorschrift nur verstehen, wer sie nicht für sich alleine, sondern im Zusammenhang mit denjenigen anderen Normen sieht, die mit ihr gemeinsam ein bestimmtes Rechtsgebiet regeln.² Die Anwendung eines einzelnen Paragraphen ist in diesem Sinne Anwendung des ganzen Gesetzbuches oder gar der gesamten Rechtsordnung.³ Wer also den Zweck einer einzelnen Norm verstehen will, kommt nicht umhin, ihre

1 K. Schmidt, wistra 1990⁴, S. 131 (132).

2 Vgl. Puppe, Juristisches Denken³ B III 1 (S. 124) freilich im Zusammenhang mit der systematischen Auslegung. Der Begriff des „Rechtsgebietes“ ist hier nicht i. S. d. klassischen Aufteilung von öffentlichem, privatem u. Straf-Recht zu verstehen, sondern als übergreifende Rechtsfrage.

3 Siehe Englisch, Einführung¹² Kap. IV (S. 99) u. Kramer, Methodenlehre⁵ II 2 c) aa) (1) (S. 93), die sich jew. auf Stammler, S. 24 f. berufen. Im Original heißt es: „Sobald jemand einen Paragraphen eines Gesetzbuches anwendet, so wendet er nicht nur, wie man gesagt hat, das ganze Gesetzbuch an, sondern führt den Gedanken des Rechtes selbst ein und mit ihm alle formalen Richtlinien der Erwägung, die notwendig sind, um ein gewisses Begehren als ein *rechtliches* Wollen zu bestimmen.“ Herv. im Original durch Sperrung.

„Stellung im Zusammenhang einer Normengruppe, einer Kodifikation, eines Teilgebietes [...] oder der Gesamtrechtsordnung“ zu berücksichtigen.⁴

Fluchtpunkt einer jeden Auslegung ist danach die Gesamtrechtsordnung. Ihre Aufgabe besteht in der Ordnung, Steuerung und (Um-)Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens.⁵ Die Ausgestaltung der verschiedenen dazu erforderlichen Teilaspekte wird im Wege einer immer weiter gehenden Spezialisierung auf Teilgebiete, Kodifikationen, Normgruppen und letztlich Einzelnormen verteilt.⁶ Diese immer weiter gehende Spezialisierung hat wesentliche Auswirkungen auf die spezifische Funktion einer jeden einzelnen Rechtsnorm: Ihr spezifischer Zweck ist schon durch den Teilaspekt vorgezeichnet, dessen Ausgestaltung die Gesamtrechtsordnung jenen der Einzelnorm übergeordneten Ebenen zuweist. Sie lässt sich gleichsam nicht ohne die Spezifika des Ursprungsrechtsgebietes denken.

Wie im Folgenden (A.) schrittweise zu zeigen sein wird, bildet das Ordnungswidrigkeitenrecht in der Gesamtrechtsordnung die „vorletzte Verteidigungslinie“⁷ des Rechtsgüterschutzes.⁸ Nach kurzen terminologischen und konzeptionellen Vorüberlegungen (B.) ist vor diesem Hintergrund zu untersuchen (C.), wie das Ordnungswidrigkeitenrecht diese Aufgabe typischerweise erfüllt. Denn erst auf dieser Grundlage wird sich durch – die auf die folgenden Kapitel⁹ verteilte – Auslegung ermitteln lassen, welchen Beitrag die Verbandssanktion zu der Regelungsaufgabe des Güterschutzes leistet bzw. worin der spezifische Zweck des § 30 OWiG besteht.

4 Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*,¹¹ Rn. 745. Siehe auch Looschelders/W. Roth, S. 149: Eine Einzelnorm könne ohne Berücksichtigung ihrer „Bezüge zu den übrigen Normen des betreffenden Gesetzes sowie den anderen Teilen der Rechtsordnung“ nicht sinnvoll verstanden werden.

5 So Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*,¹¹ Rn. 72. Ähnlich Eisele, in: Baumann/Weber,¹² § 2 Rn. 4, der die Aufgabe allen Rechts darin sieht, „die menschlichen Beziehungen zu regeln und das Sozialgebilde zu ordnen.“ Siehe auch Zipf, in: Maurach/Zipf,⁸ § 2 Rn. 11: „Es ist die Aufgabe der Rechtsordnung schlechthin, Vorkehrungen für ein geregeltes Zusammenleben der vom Staat umschlossenen Gesamtheit zu treffen.“

6 Ähnlich Cramer, *Einf. Rn. 2*.

7 In Anlehnung an Schultz, *ZStW* 92³ (1980), S. 611 (626), der die Aufgabe des Strafrechts in der Bewährung des Rechts sieht u. das Strafrecht hierzu als „die letzte Verteidigungslinie des Rechts überhaupt“ bezeichnet.

8 Aus stilistischen Gründen werden im Folgenden die Begriffe des Güterschutzes u. des Rechtsgüterschutzes synonym verwendet.

9 Siehe § 8 für die Text-interne, § 9 für die Text-externe historische u. § 10 für die Text-externe genetische Auslegung. Die Unterscheidung von Text-interner u. Text-externer Auslegung folgt Looschelders/W. Roth, S. 130 ff.

A. Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts

Die genaue Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts zu bestimmen, bereitet gewisse Schwierigkeiten. Eine intensive Diskussion, wie sie im (Kriminal-) Strafrecht geführt wird, findet im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht statt.¹⁰ Die einschlägige Literatur ist vorwiegend darauf bedacht, das Ordnungswidrigkeitenrecht vom (Kriminal-)Strafrecht abzugrenzen.

Gleichwohl lässt sich die Diskussion um die Aufgabe des (Kriminal-)Strafrechts – mit gewissen Modifikationen – auch für die Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts fruchtbar machen. Denn Ordnungswidrigkeitenrecht und (Kriminal-)Strafrecht sind bei Lichte betrachtet nur unterschiedliche, teilweise sogar austauschbare Instrumente zur Erfüllung einer gemeinsamen Regelungsaufgabe.

Für diese Erkenntnis ist zunächst (I.) die systematische Stellung des Ordnungswidrigkeitenrechts in der Gesamtrechtsordnung in Erinnerung zu rufen und – in aller Kürze – die Diskussion um die Abgrenzung von Ordnungswidrigkeit und Straftat nachzuzeichnen. Das ermöglicht es (II.), die Gemeinsamkeiten bei der Regelungsaufgabe herauszustellen. Das wiederum erlaubt den Rückgriff auf das kriminalstrafrechtliche Schrifttum (III.), das die Aufgabe des (Kriminal-)Strafrechts als subsidiären Güterschutz umschreibt. Mit geringen Modifikationen lässt sich schließlich auch die Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts bestimmen: Es dient dem subsidiären Schutz von Rechtsgütern.

10 Andeutungen etwa bei *Cramer*, Einf. Rn. 8; *Jescheck/Weigend*, Strafr-AT⁵, § 7 V 3 b) (S. 58 f.); *Sireng*, Sanktionen³, Rn. 6.

I. Systematische Stellung

Das Ordnungswidrigkeitenrecht gehört zum Strafrecht¹¹ im weiteren Sinne.¹² Das ist der Teilbereich des Öffentlichen Rechts,¹³ der sich mit den zurückblickenden und missbilligenden hoheitlichen Reaktionen auf in der Vergangenheit liegendes menschliches Fehlverhalten befasst.¹⁴ Entsprechend definiert das BVerfG¹⁵ das Strafrecht in diesem weiteren Sinne als die „Gesamtheit der Rechtsnormen, die für eine rechtswidrige Tat eine Strafe, Buße oder Maßregel der Besserung und Sicherung festsetzen.“

Innerhalb des Strafrechts im weiteren Sinne ist das Ordnungswidrigkeitenrecht vor allem¹⁶ vom (Kriminal-)Strafrecht im engeren Sinne abzugrenzen. Formal erfolgt die Abgrenzung danach, welches Reaktionsmittel für das

11 Wenn etwa Hassemer/Neumann, in: NomosKomm-StGB⁵, Vor § 1 Rn. 218; Joecks/Erb, in: MünchKomm-StGB⁴, Einl. Rn. 8 u. Roxin, AT I⁴, § 1 Rn. 6 das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht zum Strafrecht, sondern zum Öffentlichen Recht i. e. S. zählen, so liegt dies daran, dass sie bereits vom (Kriminal-)Strafrecht i. e. S. sprechen.

12 Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann³, Vor § 1 Rn. 1 (Stand: März 1996); Jakobs, StrafR-AT², 3. Abschn., Rn. 6; Jescheck/Weigend, StrafR-AT⁵, § 7 V 1 (S. 58); Mitsch, OWiR², § 1 Rn. 2 m. w. N. Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 16. 7. 1969 – 2 BvL 2/69 („Ordnungswidrigkeiten“) – BVerfGE 27, 18 ff. (33), wonach der Begriff „Strafrecht“ i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG „nicht nur das Strafrecht im herkömmlichen Sinn, sondern auch das Ordnungswidrigkeitenrecht“ umfasst. Ähnlich im Beschl. v. 9. 6. 1970 – 2 BvL 16/68 („LBO-BW“) – BVerfGE 29, 11 ff. (16) u. im Beschl. v. 8. 6. 1971 – 2 BvL 10/71 („BauO-NRW“) – BVerfGE 31, 141 ff. (144).

13 Zur Zuordnung des Strafrechts zum Öffentlichen Recht siehe nur Cramer, Einf. Rn. 5 u. 9; Eisele, in: Baumann/Weber¹², § 2 Rn. 58; Freund/Rostalski, StrafR-AT³, § 1 Rn. 1; Gropp, StrafR-AT⁴, § 1 Rn. 35; Jescheck/Weigend, StrafR-AT⁵, § 3 I (S. 16); Joecks/Erb, in: MünchKomm-StGB⁴, Einl. Rn. 7; Mitsch, OWiR², § 1 Rn. 2; Roxin, AT I⁴, § 1 Rn. 5 f.; Zipf, in: Maurach/Zipf⁸, § 2 Rn. 1.

14 Die durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher v. 24. 11. 1933, RGBl. I¹³³ S. 995 ff. eingeführten Maßregeln der Besserung u. Sicherung haben eine in die Zukunft blickende Ausrichtung. Sie sind deshalb eigentlich polizeirechtliche Instrumente der Gefahrenabwehr, die jedoch traditionell zum Strafrecht gezählt werden. Zur Entstehung des Maßregelrechts aus polizeirechtlichen Vorläufern siehe Eser, in: FS Müller-Dietz (2001), S. 213 (216 ff.).

15 Beschl. v. 10. 2. 2004 – 2 BvR 834/02 u. a. („nachträgliche Sicherungsverwahrung“) – BVerfGE 109, 190 ff. (213) zum Begriff des „Strafrechts“ i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG m. zahlr. Nw.

16 Die weiteren Teilbereiche des Strafrechts i. w. S. spielen im Rahmen dieser Untersuchung keine Rolle. Ausf. zu diesen Unterscheidungen Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann³, Vor § 1 Rn. 60 ff. (Stand: März 1996); Jakobs, StrafR-AT², 3. Abschn. Roxin, AT I⁴, § 2 Rn. 134 ff.; u. Zipf, in: Maurach/Zipf⁸, § 1 Rn. 11 ff. jew. m. w. N.

Fehlverhalten angeordnet ist:¹⁷ Auf die Verwirklichung von Straftatbeständen wird mit (Kriminal-)Strafe als Geld- oder Freiheitsstrafe reagiert;¹⁸ für die Erfüllung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands ist die „Ahndung mit Geldbuße“ (vgl. § 1 Abs. 1 OWiG) vorgesehen.

Was Ordnungswidrigkeiten und Straftaten materiell unterscheidet, wann also der Gesetzgeber bei Schaffung neuer Tatbestände für eine bestimmte Verhaltensweise Strafe vorsehen oder sich mit Geldbuße soll begnügen müssen, ist bis heute umstritten und unklar.¹⁹ Weder ist strafbares Verhalten seinem Wesen nach stets etwas anderes (qualitative Unterscheidung),²⁰ noch ist das Unrecht ordnungswidrigen Verhaltens stets von geringerem Gewicht (quantitative Unterscheidung).²¹ Das BVerfG²² hat entsprechend eine Methode der Grenzziehung entwickelt, die sich am ehesten als gemischt qualitativ-quantitativ umschreiben lässt. Dem hat sich die Literatur²³ ganz überwiegend – wenn auch mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung²⁴ – angeschlossen.

17 Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann,³ Vor § 1 Rn. 4 (Stand: März 1996); Gerhold, in: BeckOK-OWiG;²⁸ Einl. Rn. 2; Gürtler/Seitz/Bauer, in: Göhler,¹⁷ Einl. Rn. 9; Mitsch, OWiR;² § 3 Rn. 2 ff.; Zipf, in: Maurach/Zipf;⁸ § 1 Rn. 32.

18 Das ist jedenfalls bei erwachsenen Tätern der Fall. Für die Zwecke dieser Untersuchung seien die Besonderheiten des Jugendstrafrechts ausgeklammert.

19 Als bloße Auswahl aus dem kaum zu überblickenden Schrifttum nur Achenbach, GA 2008,¹ S. 1 ff.; Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann,³ Vor § 1 Rn. 4 ff. (Stand: März 1996); Eisele, in: Baumann/Weber;¹² § 3 Rn. 4 ff.; Jakobs, Strafr-AT² 3. Abschn., Rn. 7; Gerhold, in: BeckOK-OWiG;²⁸ Einl. Rn. 7 ff.; Mitsch, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ Einl. Rn. 50 ff. u. in: OWiR;² § 3 Rn. 7 ff.; Roxin, in: FS Volk (2009), S. 601 (601 ff.); Zipf, in: Maurach/Zipf;⁸ § 1 Rn. 26 ff. jew. m. w. N.

20 Sonst ließe sich bspw. nicht erklären, warum der einmalige Verstoß gegen eine Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 Asylgesetz ordnungswidrig (§ 86 Abs. 1), der wiederholte Verstoß dagegen strafbar (§ 85 Abs. 1 Nr. 2) sein soll. So zutr. Lagodny, Strafr u. GrundR, § 16 A II (S. 422). Auch die Umwandlung von Bagatelldelicten in Ordnungswidrigkeiten ließe sich damit nicht erklären. Siehe dazu Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann,³ Vor § 1 Rn. 7 (Stand: März 1996).

21 Siehe nur das Problem der „großen“ Kartell-, Wertpapierhandels- u. Übernahmeordnungswidrigkeiten bei Achenbach, GA 2008,¹ S. 1 (12 ff.); Mitsch, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ Einl. Rn. 114; Roxin, in: FS Volk (2009), S. 601 (605).

22 Präzise Zusammenstellungen der Rspr. des BVerfG finden sich bei Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann,³ Vor § 1 Rn. 11 (Stand: März 1996) u. Mitsch, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ Einl. Rn. 82 ff.

23 Dafür etwa Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann,³ Vor § 1 Rn. 8 (Stand: März 1996); Gerhold, in: BeckOK-OWiG;²⁸ Einl. Rn. 12; Jakobs, Strafr-AT² 3. Abschn., Rn. 9 f.; Kinzig, in: Schönke/Schröder,³⁰ Vor §§ 38 ff. Rn. 37; Mitsch, OWiR;² § 3 Rn. 11; Roxin, AT I⁴ § 2 Rn. 132 f. Zipf, in: Maurach/Zipf;⁸ § 1 Rn. 35.

Danach gibt es Verhaltensweisen, die jeweils nur Straftat oder nur Ordnungswidrigkeit sein können.²⁵ Einen Mord, einen Bankraub oder eine Geiselnahme darf der Gesetzgeber nicht zur „bloßen“ Ordnungswidrigkeit herabstufen.²⁶ Der Missachtung des Rücksichtnahmegebotes aus § 1 Abs. 2 StVO darf umgekehrt nicht mit Strafe begegnet werden.²⁷ Das Unrecht dieser „Kernbereiche“ unterscheidet sich in qualitativer Hinsicht.

Dazwischen liegt ein weiter „Grenzbereich undeutlicher Zuordnung“,²⁸ in dem zwischen Kriminal- und Ordnungsunrecht nur graduelle, sprich: quantitative Unterschiede bestehen.²⁹ Innerhalb dieses Grenzbereiches ist es die vom Verfassungsgericht nur beschränkt überprüfbare Aufgabe des Gesetzgebers, einzelne Verhaltensweisen nach deren Unwert- oder Unrechtsgehalt dem Strafrecht oder dem Ordnungswidrigkeitenrecht zuzuweisen.³⁰

24 Für einen quantitativen Ausgangspunkt etwa *Eisele*, in: Baumann/Weber,¹² § 3 Rn. 9 f. u. *Roxin*, AT I⁴ § 2 Rn. 132. Für einen qualitativen Ausgangspunkt dagegen *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵ Vor § 1 Rn. 2 u. ihm zust. *Gerhold*, in: BeckOK-OWiG,²⁸ Einl. Rn. 13. Auf einen entsprechenden Ausgangspunkt wohl verzichtend *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵ Einl. Rn. 113.

25 Von einem „Kernbereich des Strafrechts“, dem „alle bedeutsamen Unrechtstabestände“ angehören, spricht das BVerfG im Beschl. v. 6. 6. 1967 – 2 BvR 375/60 u. a. („*Verwaltungsstrafverfahren*“) – BVerfGE 22, 49 ff. (81) u. im Beschl. v. 16. 7. 1969 – 2 BvL 2/69 („*Ordnungswidrigkeiten*“) – BVerfGE 27, 18 ff. (28). Dieselbe Formulierung findet sich im Beschl. v. 21. 6. 1977 – 2 BvR 70/75 u. a. („*Doppelmandat*“) – BVerfGE 45, 272 ff. (289), der darüber hinaus zahlr. Nachw. zu den vom Ordnungswidrigkeitenrecht erfassten Fällen mit „geringerem Unrechtsgehalt“ enthält.

26 Mit diesen Bsp. *Roxin*, AT I⁴ § 2 Rn. 132. Ähnlich *Bülte*, in: Bohnert/Bülte,⁶ § 1 Rn. 41; *Eisele*, in: Baumann/Weber,¹² § 3 Rn. 9 f.; *Jakobs*, StrafR-AT² 3. Abschn., Rn. 10; *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵ Einl. Rn. 112. Zutr. weist *Zipf*, in: Maurach/Zipf,⁸ § 1 Rn. 32 darauf hin, dass eine solche Herabstufung wegen der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Forderung nach einer sachgerechten Abstimmung von Tatbestand u. Rechtsfolge verfassungswidrig wäre.

27 So etwa *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵ Einl. Rn. 112; *Jakobs*, StrafR-AT² 3. Abschn., Rn. 9. Für weitere Nachw. u. Bsp. siehe auch *Cramer*, Einf. Rn. 8; *Förster*, in: Rebmann/Roth/Herrmann,³ Vor § 1 Rn. 9 (Stand: März 1996); *Esser*, in: Krey/Esser,⁶ § 1 Rn. 17 u. *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 16 A III (S. 422 ff.).

28 *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵ Einl. Rn. 86 m. zahlr. NW.

29 BVerfG, Beschl. v. 21. 6. 1977 – 2 BvR 70/75 u. a. („*Doppelmandat*“) – BVerfGE 45, 272 ff. (289); Beschl. v. 27. 3. 1979 – 2 BvL 7/78 („*Hilfsmotor*“) – BVerfGE 51, 60 ff. (74). Ähnlich bereits zuvor im Beschl. v. 16. 7. 1969 – 2 BvL 2/69 („*Ordnungswidrigkeiten*“) – BVerfGE 27, 18 ff. (28).

30 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16. 7. 1969 – 2 BvL 2/69 („*Ordnungswidrigkeiten*“) – BVerfGE 27, 18 ff. (30); Beschl. v. 21. 6. 1977 – 2 BvR 70/75 u. a. („*Doppelmandat*“) – BVerfGE 45, 272 ff. (289); Beschl. v. 27. 3. 1979 – 2 BvL 7/78 („*Hilfsmo-*

Das Verhältnis von Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht entspricht danach jenem zweier sich schneidender Kreise, die zusammen als das Strafrecht im weiteren Sinne³¹ gedacht werden können. Sie bilden eine kontinuierliche Schwere skala aller denkbaren Erscheinungsformen menschlichen Unrechts, das einer repressiven³² hoheitlichen Reaktion bedarf. Der exklusiv dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugewiesene Teil enthält dabei die leichtesten Formen des Unrechts, bei denen der Gesetzgeber das Mittel der Kriminalstrafe nicht wählen darf. Der kriminalstrafrechtliche Kernbereich enthält dagegen die „bedeutsamen Unrechtstatbestände“, die notwendig nach einer kriminalstrafrechtlichen Reaktion verlangen. In dem dazwischen liegenden Bereich, der Schnittmenge beider Kreise, ist es der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen, ob er auf Fehlverhalten mit Geldbuße oder Kriminalstrafe reagieren möchte.

II. Gemeinsame Regelungsaufgabe

Das Ordnungswidrigkeitenrecht lässt sich vom (Kriminal-)Strafrecht in den Randbereichen abgrenzen, weil dort die quantitativen Unrechtsunterschiede zu qualitativen Unterschieden werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei diesem Übertritt auch die jeweilige Regelungsaufgabe eine andere würde.³³ Im Gegenteil: Betrachtet man die einzelnen Teile des gemeinsamen Regelungsbereiches,³⁴ so wird deutlich, dass die beiden Elemente des Strafrechts im weiteren Sinne über den gesamten Umfang derselben Aufgabe dienen.³⁵

In dem gedachten „Zentrum“ des Grenzbereichs stehen das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Kriminalstrafrecht als weitgehend austauschbare Instrumente zur gesetzgeberischen Aufgabenerfüllung zur Verfügung. Das

tor“) – BVerfGE 51, 60 ff. (74); Beschl. v. 9. 3. 1994 – 2 BvL 43/92 u. a. („Cannabis“) – BVerfGE 90, 145 ff. (173).

31 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Auch hier bleiben die übrigen Teilgebiete des Strafrechts i. w. S. ausgeklammert.

32 Zur keineswegs selbstverständlichen Bedeutung des Begriffes der Repression – jedenfalls wie er hier verstanden wird – noch C. I. (S. 210).

33 Siehe auch Bülte, in: Bohnert/Bülte,⁶ § 1 Rn. 37, der zutr. darauf hinweist, dass von einem qualitativen Unterschied der Rechtsfolgen nicht auf einen qualitativen Unterschied des Verstoßes geschlossen werden dürfe.

34 Die folgenden Ausführungen bauen auf dem Bild der sich schneidenden Kreise von oben auf.

35 Welche Aufgabe das ist, wird sogleich untersucht, III. (S. 198).

kann nur bedeuten, dass beide Teilrechtsgebiete in diesem Bereich dieselbe Aufgabe erfüllen.

Je mehr sich der quantitative Unrechtsgehalt eines Fehlverhaltens einem der Kernbereiche annähert, umso eher wird der Gesetzgeber zu dem entsprechenden Instrument greifen müssen. Seine Befugnis, frei zwischen den Sanktionsordnungen zu wählen, wird immer weiter eingeschränkt. Der Begründungsaufwand wird größer. Gleichwohl bleiben beide Sanktionsordnungen austauschbar, sodass auch hier die Regelungsaufgabe dieselbe sein muss.

Ist der Rand des jeweiligen Kernbereichs erreicht, so schlägt der quantitative Unrechtsunterschied in einen qualitativen um.³⁶ Das bedeutet indes nur, dass der Gesetzgeber zur Aufgabenerfüllung auf die jeweilige Sanktionsordnung festgelegt ist und nicht mehr wählen kann. Das gesetzgeberische „Ermessen“, das mit zunehmender Nähe zum jeweiligen Kernbereich kleiner wird, reduziert sich „auf Null“. Die Existenz einer solchen Grenze, an der der Gesetzgeber zur Erfüllung der Regelungsaufgabe nicht mehr zwischen verschiedenen Instrumenten wählen kann, sondern auf eines festgelegt ist, macht aber eines deutlich: Die zu erfüllende Regelungsaufgabe muss diesseits wie jenseits dieser (Kernbereichs-)Grenze dieselbe sein.

Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht teilen sich mithin über den gesamten Regelungsbereich hinweg eine gemeinsame Regelungsaufgabe. Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber am oberen und am unteren Ende des gemeinsamen Regelungsbereiches auf ein Reaktionsmittel festgelegt. Wird dies berücksichtigt, so kann für die Bestimmung der Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts – mit gewissen Modifikationen³⁷ – auf die Erkenntnisse jener Literatur zurückgegriffen werden, die sich mit der Aufgabe des (Kriminal-)Strafrechts befasst.

III. Subsidiärer Rechtsgüterschutz

Als einzelner Baustein der Gesamtrechtsordnung teilt das Strafrecht im weiteren Sinne die Aufgabe des Rechts als solchen:³⁸ Es soll die menschlichen

³⁶ So treffend *Roxin*, AT I,⁴ § 2 Rn. 132.

³⁷ Zur Vermeidung von Missverständnissen: Die Modifikationen betreffen allein die Konsequenzen, die aus der größeren Eingriffsintensität des Strafrechts gegenüber dem Ordnungswidrigkeitenrecht abzuleiten sind.

³⁸ Zutr. – allerdings zum Strafrecht i. e. S. – *Eisele*, in: *Baumann/Weber*,¹² § 2 Rn. 4. Ähnlich *Möller*, S. 280 u. *Radtke*, in: *MünchKomm-StGB*,⁴ Vor § 38 Rn. 2 u. 28.

Beziehungen regeln und das Sozialgebilde ordnen.³⁹ Ein Teilaspekt dieser Gesamtaufgabe, der auch als (rechtliche) Sozialkontrolle bezeichnet wird,⁴⁰ ist der Schutz von Rechtsgütern.⁴¹ Dieser Rechtsgüterschutz ist nach überwiegender Auffassung⁴² Aufgabe u. a. des Strafrechts im weiteren Sinne.⁴³ Nach dem Vorstehenden ist er deshalb auch Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts.

Anm. 7.1: Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass das Rechtsgutskonzept eine gesetzte Grundannahme ist, „über deren Berechtigung, Grenzen und Konsequenzen man [...] im Einzelfall streiten kann“⁴⁴ und ausgiebig streitet. Es hält einen ganzen „Dschungel von Streitfragen“⁴⁵ bereit, den zu durchschreiten hier nicht unternommen werden soll.⁴⁶ Denn um die insoweit „wirklich spannende Frage [...], ob man

Pointiert wie treffend, *Schultz*, ZStW 92³ (1980), S. 611 (626): „Das Strafrecht ist, was man als eine bare Selbstverständlichkeit kaum auszusprechen oder gar zu betonen wagt, ein Teil der Rechtsordnung.“

39 Siehe statt vieler *Eisele*, in: Baumann/Weber,¹² § 2 Rn. 4; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹¹ Rn. 72 u. *Zipf*, in: Maurach/Zipf⁸ § 2 Rn. 11.

40 So z. B. *Esser*, in: Krey/Esser,⁶ § 1 Rn. 2 ff.; *Hassemer/Neumann*, in: NomosKomm-StGB⁵ Vor § 1 Rn. 153 ff.; *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵ § 1 I 1 (S. 2); *Zipf*, in: Maurach/Zipf⁸ § 3 Rn. 5 jew. auch zur „außer-rechtlichen Sozialkontrolle“.

41 Siehe nur *Freund/Rostalski*, StrafR-AT³ § 1 Rn. 29 u. *Freund*, in: MünchKomm-StGB⁴ Vor § 13 Rn. 40.

42 Ausf. zu alternativen Konzepten, wie sie etwa *Jakobs*, StrafR-AT² 2. Abschn., Rn. 16 ff. u. a. vertreten, *Roxin*, AT I⁴ § 2 Rn. 103 ff. m. zahlr. Nw. Eine Zusammenstellung der sonstigen „rechtsgutskritischen“ Stimmen findet sich im lesenswerten Vortrag *Kudlichs*, ZStW 127³ (2015), S. 635 (637 m. Fn. 6).

43 BVerfG, Beschl. v. 26. 2. 2008 – 2 BvR 392/07 („Geschwisterbeischlaf“) – BVerfGE 120, 224 (239 f.): „Strafrecht [...] als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes“. Aus der Lit. nur *Eisele*, in: Baumann/Weber,¹² § 2 Rn. 7; *Esser*, in: Krey/Esser⁶ § 1 Rn. 5 *Freund*, in: MünchKomm-StGB⁴ Vor § 13 Rn. 40; *Gropp*, StrafR-AT⁴ § 1 Rn. 149; *Hassemer/Neumann*, in: NomosKomm-StGB⁵ Vor § 1 Rn. 109; *Jäger*, in: SystKomm-StGB⁹ Vor § 1 Rn. 3; *Kindhäuser*, StrafR-AT⁸ § 1 Rn. 5; *Kinzig*, in: Schöнке/Schröder,³⁰ Vor §§ 38 ff. Rn. 1; *Möller*, S. 280; *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴ Vor § 38 Rn. 1 u. ö.; *Roxin*, AT I⁴ § 2 Rn. 1, 7 u. ö.; *Weigend*, in: LeipzKomm-StGB¹³ Einl. Rn. 1.

44 So *Kudlich*, ZStW 127³ (2015), S. 635 (652 f.), für den sich diese Grundannahme dadurch nicht „von anderen rechtlichen Grundannahmen unterscheidet.“ Das Konzept einer in ihrer Berechtigung u. ihren Grenzen umstrittenen Grundannahme verteidigt er ferner auf S. 651.

45 Von einem solchen spricht *Roxin*, AT I⁴ § 2 Rn. 1.

46 Eingehend hierzu *Roxin*, AT I⁴ § 2 Rn. 2 ff. u. in: GA 2013⁸ S. 433 ff. sowie *Jäger*, in: SystKomm-StGB⁹ Vor § 1 Rn. 6 ff. Instrukтив schließlich *Engländer*, ZStW 127³ (2015), S. 616 ff. u. *Kudlich*, ZStW 127³ (2015), S. 635 ff. sowie die erschöpfende Darstellung bei *Greco*, S. 303 ff.

solche Strafrechtsgüter benennen kann, die eine Legitimationsvoraussetzung für den Erlass von Strafnormen sind“,⁴⁷ ob also das Rechtsgutskonzept eine „strafbarkeitslegitimierende und strafbarkeitsbegrenzende systemkritische Funktion“⁴⁸ hat,⁴⁹ geht es hier nicht.

Zur Umschreibung der Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts als Vorfrage für die spätere Auslegung des § 30 OWiG genügt vielmehr der weitere sog. formelle Rechtsgutsbegriff, dessen die Auslegung leitende Funktion nicht bestritten wird.⁵⁰ Er verzichtet darauf, die Strafrechtsgesetzgebung auf den Schutz nur solcher Rechtsgüter zu beschränken, die zusätzliche Voraussetzungen eines materiellen Rechtsgutsbegriffs erfüllen. Rechtsgut ist dann vielmehr, was der Gesetzgeber als schützenswert anerkennt und deshalb zum Gegenstand einer Verhaltensvorschrift macht.⁵¹ Das so verstandene Rechtsgut ist „die anerkannte *Grundlage* [...] der *Auslegung* der Tatbestände.“⁵² In diesem Sinne dienen dann aber auch alle Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände dem Schutz eines Rechtsgutes.

Unabhängig davon, wie man sich nun zwischen formellem und materiellem Rechtsgutsbegriff entscheiden will: Aufgabe des Strafrechts ist mit der ganz überwiegenden Auffassung der Rechtsgüterschutz.

Der Schutz von Rechtsgütern ist dabei keineswegs eine exklusiv strafrechtliche Aufgabe.⁵³ Im Gegenteil: Aus dem gesetzgeberischen Arsenal an Schutz-

47 So der treffende Problemaufriss zum „systemkritischen Rechtsgutskonzept“ bei Kudlich, ZStW 127³ (2015), S. 635 (652 f.).

48 Siehe die Abschnittsüberschrift bei Kudlich, ZStW 127³ (2015), S. 635 (639). Andere sprechen vom „gesetzgebungskritischen“, „systemtranszendenten“, „systemkritischen“ oder „materiellen“ Rechtsgutsbegriff. Siehe hierzu die Nachw. bei Engländer, ZStW 127³ (2015), S. 616 (617). Lesenswert Greco, S. 333 ff.

49 Wenn auch das BVerfG im Beschl. v. 26. 2. 2008 – 2 BvR 392/07 („Geschwisterbeischlaf“) – BVerfGE 120, 224 (239 f. in Rn. 35) sagte, das Strafrecht werde „als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes“ eingesetzt, so hat es eine strafbarkeitsbegrenzende Funktion der Rechtsgutslehre im selben Beschluss (S. 241 in Rn. 39) ausdr. abgelehnt. Zur darauf folgenden Diskussion siehe die Nachw. bei Kudlich, ZStW 127³ (2015), S. 635 (649 m. Fn. 47).

50 Zur auslegungsleitenden Funktion des Rechtsgutsbegriffs nur Eisele, in: Baumann/Weber,¹² § 2 Rn. 12; Hecker, in: Schönke/Schröder³⁰ § 1 Rn. 48; Esser, in: Krey/Esser⁶ § 1 Rn. 8; Jescheck/Weigend, StrafR-AT⁵ § 26 I 2 (S. 257); Rogall, in: KarlsrKomm-OWiG⁵ § 3 Rn. 81; Roxin, AT I⁴ § 2 Rn. 4. Siehe ferner die unzähligen Nachw. bei Kudlich, ZStW 127³ (2015), S. 635 (638 m. Fn. 9).

51 So die Definition bei Engländer, ZStW 127³ (2015), S. 616 (620). Siehe dazu auch Roxin, AT I⁴ § 2 Rn. 4, der insoweit von einem „methodischen Rechtsgutsbegriff“ spricht.

52 So ausdr. Jescheck/Weigend, StrafR-AT⁵ § 26 I 2 (S. 257). Herv. im Original. Siehe wiederum die zahlr. Nachw. bei Kudlich, ZStW 127³ (2015), S. 635 (638 m. Fn. 9).

53 Dem Rechtsgüterschutz dienen etwa auch der zivilrechtliche Schadenersatz u. die verwaltungsrechtlichen Verbote mit Erlaubnisvorbehalt. Vgl. Radtke, in: MünchKomm-

maßnahmen ist die Bewehrung eines Verhaltensnormverstoßes⁵⁴ mit einer hoheitlichen und repressiven Sanktion des Strafrechts im weiteren Sinne nur das letzte aller in Betracht kommenden Mittel, das Strafrecht gleichsam „die letzte Verteidigungslinie des Rechts überhaupt.“⁵⁵ Präziser ist es deshalb, die Aufgabe des Strafrechts als subsidiären⁵⁶ Rechtsgüterschutz zu umschreiben.⁵⁷

Der Gedanke der Subsidiarität „als strafrechtliche Variante des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“⁵⁸ wird meist nur für das (Kriminal-)Strafrecht im engeren Sinne ausdrücklich formuliert. Nach diesem verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz⁵⁹ muss ein hoheitlicher Grundrechtseingriff u. a. erforderlich sein.⁶⁰ Das ist der Fall, wenn „der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder

StGB⁴ Vor § 38 Rn. 2 u. ö.; *Roxin*, GA 2013⁸ S. 433 (443). Siehe auch *Zipf*, in: *Maurach/Zipf*⁸, § 2 Rn. 11: „Zwangsscharakter und Zwangsmittel sind allen Sachgebieten der Rechtsordnung eigen.“

54 Zur wichtigen Unterscheidung von Verhaltens- u. Sanktionsnormen sogleich, B. I. (S. 204).

55 So treffend *Schultz*, ZStW 92³ (1980), S. 611 (626), der die Aufgabe des Strafrechts in „der Bewährung des Rechts“ sieht, sich aber (627) ausdr. in die Nähe jener stellt, die „den Schutz der Rechtsgüter als die Aufgabe des Strafrechts hervorheben“.

56 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Der keineswegs trennscharfe Begriff der Subsidiarität – siehe nur *Prittwitz*, in: *Zustand des Strafr.*, S. 387 (390 f.) – meint hier nicht, dass die über den Einzelfall entscheidende Stelle zur Strafe erst greifen darf, wenn alle anderen Reaktionsmittel ausgeschöpft sind. Gemeint ist vielmehr, dass der Gesetzgeber bei der Bewehrung einer Verhaltensnorm zu einer strafrechtlichen Sanktionsnorm nur greifen soll, wenn weniger einschneidende Reaktionsmittel nicht ausreichend erfolgversprechend sind.

57 So vor allem – aber ausdr. nur zum Strafrecht i. e. S. – *Roxin*, AT I⁴, § 2 Rn. 97 m. w. N. (in Fn. 132). Siehe auch – ebenfalls zum Strafrecht i. e. S. – *Eisele*, in: *Baumann/Weber*¹², § 2 Rn. 8; *Jäger*, in: *SystKomm-StGB*⁹, Vor § 1 Rn. 24; *Esser*, in: *Krey/Esser*⁶, § 1 Rn. 16 ff. u. *Radtke*, in: *MünchKomm-StGB*⁴, Vor § 38 Rn. 2. Lesenswert zu Bedeutung, Abgrenzung u. Zusammenhang der Begriffe „fragmentarisch“, „subsidiär“ u. „ultima ratio“ *Prittwitz*, in: *Zustand des Strafr.*, S. 387 (388 ff.).

58 *Jakobs*, *Strafr-AT*² 2. Abschn., Rn. 27.

59 Siehe statt vieler BVerfG, Beschl. v. 5. 3. 1968 – 1 BvR 579/67 („*Zeugen Jehovas*“) – BVerfGE 23, 127 ff. (133 f.) u. Beschl. v. 2. 3. 2008 – 2 BvR 2099/04 („*Kommunikationsdaten*“) – BVerfGE 115, 166 ff. (Rn. 96). Weitere Nachw. bei *Roxin*, AT I⁴, § 2 Rn. 86 (in Fn. 105).

60 BVerfG, Beschl. v. 9. 3. 1994 – 2 BvL 43/92 u. a. („*Cannabis*“) – BVerfGE 90, 145 ff. (172) m. w. N. Eingehend zur Zweckerfüllungserfordernis *Lagodny*, *Strafr.* u. *GrundR* in § 9 (S. 179 ff.) für die Verhaltens- u. in § 14 (S. 344 ff.) für die Sanktionsvorschrift.

weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.“⁶¹ Für die Bewehrung einer Verhaltensvorschrift mit Kriminalstrafe – als der regelmäßig⁶² schärfsten und eingriffsintensivsten aller möglichen Schutzmaßnahmen⁶³ – bedeutet das Folgendes: Wo der Rechtsgüterschutz durch ein weniger belastendes Mittel erreicht werden kann, „ist der Einsatz des Strafrechts nicht erforderlich“⁶⁴ und darf „die Keule des Strafrechts nicht geschwungen“⁶⁵ werden. Die Strafnorm ist für die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes deshalb das letzte Mittel, „die ‚ultima ratio‘ im Instrumentarium des Gesetzgebers“,⁶⁶ von der „nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch“ gemacht werden darf.⁶⁷

Dieser aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitete Subsidiaritätsgedanke gilt nicht nur für das Strafrecht im engeren Sinne. Denn auch die ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion stellt einen hoheitlichen Grundrechtseingriff dar. Sie ist ihrerseits am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen und muss deshalb erforderlich sein.⁶⁸ Auch ihr Einsatz muss auf die

61 BVerfG, Beschl. v. 9. 3. 1994 – 2 BvL 43/92 u. a. („*Cannabis*“) – BVerfGE 90, 145 ff. (172).

62 Siehe aber *Haffke*, KritV 74² (1991), S. 165 (175): „Über [die Annahme, daß zivilrechtliche Regelungen bzw. Sanktionen milder als strafrechtliche sind,] wird man genauer nachdenken müssen, wenn nicht unversehens aus der Keule des Strafrechts eine Keule des Zivilrechts werden soll“. Gerade der unbeschränkte Bußgeldregress würde zivilrechtlich eine „wirtschaftliche Todesstrafe“ ermöglichen, die weit über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Organwalters hinausginge.

63 Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 10. 5. 1957 – 1 BvR 550/52 („*Homosexuelle*“) – BVerfGE 6, 389 ff. (433 f.); Beschl. v. 9. 3. 1994 – 2 BvL 43/92 u. a. („*Cannabis*“) – BVerfGE 90, 145 ff. (172) m. w. N. Aus der Lit. nur *Esser*, in: Krey/Esser⁶, § 2 Rn. 17 f.; *Kindhäuser*, StrafR-AT⁸, § 2 Rn. 5; *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴, Vor § 38 Rn. 2; *Weigend*, in: LeipzKomm-StGB¹³, Einl. Rn. 1; *Zipf*, in: Maurach/Zipf⁸, § 2 Rn. 1.

64 *Roxin*, AT I⁴, § 2 Rn. 98.

65 *Haffke*, KritV 74² (1991), S. 165 (175) in Anlehnung an *K. Schmidt*, GesR⁴, § 9 IV 3 b) (S. 239) u. dessen „Keule des Haftungsdurchgriffs“.

66 So ausdr. BVerfG, Beschl. v. 25. 2. 1975 – 1 BvF 1/74 u. a. („*Schwangerschaftsabbruch I*“) – BVerfGE 39, 1 ff. (47). Von der Kriminalstrafe als „ultima ratio“ sprechen etwa auch *Jäger*, in: SystKomm-StGB⁹, Vor § 1 Rn. 24; *Esser*, in: Krey/Esser⁶, § 1 Rn. 18; *Kindhäuser*, StrafR-AT⁸, § 2 Rn. 8; *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴, Vor § 38 Rn. 3; *Weigend*, in: LeipzKomm-StGB¹³, Einl. Rn. 1.

67 So das BVerfG, Beschl. v. 25. 2. 1975 – 1 BvF 1/74 u. a. („*Schwangerschaftsabbruch I*“) – BVerfGE 39, 1 ff. (47). Treffend *Zipf*, in: Maurach/Zipf⁸, § 3 Rn. 8: „Das Strafrecht bleibt nur dann das Rückgrat der Sozialkontrolle, wenn es sich nicht verzettelt.“

68 Letztlich ist der Subsidiaritätsgedanke gar kein strafrechtliches Spezifikum. Jeder staatliche Eingriff in Grundrechte – also auch das verwaltungsrechtliche Verbot mit

Fälle beschränkt bleiben, in denen der Gesetzgeber zur Gewährleistung des Rechtsgüterschutzes ein weniger eingriffs-intensives Mittel nicht hätte wählen können.⁶⁹ Wo ein solches Mittel zur Verfügung steht, darf auch die Keule des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht geschwungen werden. Gemessen an den – regelmäßig milderen⁷⁰ – Maßnahmen des Zivil- und Verwaltungsrechts ist die Geldbuße als hoheitliche und repressive Sanktion des Ordnungswidrigkeitenrechts ihrerseits ein nachrangiges gesetzgeberisches Instrument des Rechtsgüterschutzes. Als weniger einschneidendes Instrument⁷¹ hat sie jedoch Vorrang vor einer Kriminalstrafe. Ist die Strafnorm das letzte Mittel, die ultima ratio, so ist der Ordnungswidrigkeitentatbestand quasi das vorletzte Mittel: die paenultima ratio des Rechtsgüterschutzes.

IV. Zwischenfazit

Das Ordnungswidrigkeitenrechts dient „im Gefüge der Rechtsordnung [...] und innerhalb des Gesamtsystems sozialer Kontrolle“⁷² dem subsidiären Schutz von Rechtsgütern. Es kommt zum Einsatz, wenn und soweit sich der Güterschutz nicht mit weniger eingriffsintensiven gesetzgeberischen Instrumenten gewährleisten lässt. Die Bewehrung einer Verhaltensnorm mit Geldbuße will menschlichem Fehlverhalten vorbeugen, dem wegen seiner Gefährlichkeit für das geschützte Rechtsgut zum Schutz der öffentlichen Ordnung mit einer repressiven hoheitlichen Sanktion begegnet werden muss, ohne dass es den hohen Grad an Verwerflichkeit aufweisen würde, der eine Kriminalstrafe erfordern würde oder wenigstens rechtfertigen könnte.⁷³

Erlaubnisvorbehalt u. sogar die dem Bürger auferlegte Pflicht, die Zwangsvollstreckung aus einem zivilrechtlichen Titel zu dulden – muss verhältnismäßig u. deshalb erforderlich sein.

69 Jedenfalls in der Tendenz auch *Jescheck/Weigend*, *StrafR-AT*⁵ § 7 V 3 b) (S. 58 f.).

70 Siehe abermals die Warnung *Haffkes*, *KritV* 74² (1991), S. 165 (175), über die Milde zivilrechtlicher Sanktionen genauer nachzudenken, damit „nicht unversehens aus der Keule des Strafrechts eine Keule des Zivilrechts“ werde.

71 Die Verurteilung zu einer Geldbuße wird in kein Register eingetragen, der Verurteilte ist nicht „vorbestraft“, der Geldbuße fehlt das „Rückgrat“ der (Ersatz-)Freiheitsstrafe. Zu diesen u. anderen Unterschieden siehe statt aller *Jescheck/Weigend*, *StrafR-AT*⁵ § 7 V 4 (S. 59 f.).

72 So die treffende Umschreibung zum (Kriminal-)Strafrecht bei *Kinzig*, in: Schönke/Schröder,³⁰ Vor §§ 38 ff. Rn. 1, die ihrerseits auf *Radtke*, in: *MünchKomm-StGB*⁴, Vor § 38 Rn. 2 u. *Villmow*, in: *NomosKomm-StGB*⁵, Vor §§ 38 ff. Rn. 1 verweisen.

B. Vorüberlegungen

Steht damit die Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrecht fest, so fehlt zum Abschluss der sanktionsrechtlichen Grundlagen noch ein weiterer Schritt: Dabei geht es um die für die spätere Untersuchung wichtige Frage, auf welche Weise das Ordnungswidrigkeitenrecht – typischerweise¹ – den subsidiären Rechtsgüterschutz bewirkt. Bevor aber dieser Mechanismus im nächsten Abschnitt (C.) untersucht werden kann, ist die wichtige Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen einzuführen, aus der auch deutlich wird, weshalb der straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Güterschutz ein sekundärer oder akzessorischer ist.

I. Verhaltens- und Sanktionsnormen

Will das Gesamtsystem der rechtlichen Sozialkontrolle Rechtsgüter schützen, so muss es letztlich zwei Teilfragen beantworten.² Zum einen muss es festlegen, welche Güter vor welchen Angriffen geschützt werden sollen. Zum anderen muss es entscheiden, wie dieser Schutz wirkungsvoll ausgestaltet werden kann. Diesen beiden Teilfragen entsprechend werden die am Güterschutz beteiligten Vorschriften als unterschiedliche Normtypen interpretiert. Diese Normtypen errichten zwei unterschiedliche Normensysteme,³ deren ineinandergreifendes Zusammenspiel letztlich den Güterschutz bewirkt.

Das primäre Normensystem umfasst die Rechtssätze, die als Verhaltens- oder Bestimmungsnormen bezeichnet werden. Seine Rechtssätze richten sich

73 In Anlehnung an *Jescheck/Weigend*, *StrafR-AT*⁵ § 7 V 3 b) (S. 58 f.), die damit Ordnungswidrigkeiten von Straftaten abgrenzen. Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ ist untechnisch u. nicht i. S. d. polizeirechtlichen Kategorien von öffentlicher Sicherheit u. öffentlicher Ordnung verwandt. In dieselbe Richtung gehen die Stellungnahmen bei *Cramer*, *Einf. Rn. 8* u. *Streng*, *Sanktionen*³ Rn. 6.

1 Ob u. ggf. in welcher Weise § 30 OWiG insoweit eine Besonderheit darstellt, wird in den folgenden Kapiteln zu untersuchen sein.

2 Ähnlich *Zipf*, in: *Maurach/Zipf*⁸ § 2 Rn. 11, wenn auch die genaue Grenze zwischen den beiden Teilfragen dort nicht recht deutlich wird.

3 Siehe für die Unterscheidung der beiden Normensysteme statt vieler *Freund/Rostalski*, *StrafR-AT*³ § 1 Rn. 29 ff. u. ö.; *Lagodny*, *StrafR u. GrundR*, § 1 D I 1 (S. 6 ff.), § 4 A (S. 79 ff.) u. ö.; *Kindhäuser*, *StrafR-AT*⁸ § 2 Rn. 2 ff.; *Walter*, in: *LeipzKomm-StGB*¹³ Vor § 13 Rn. 17; *Zipfelius*, *Methodenlehre*¹¹ § 1 III (S. 3 f.) teilw. m. w. N. Siehe außerdem *Appel*, *KritV* 82³ (1999), S. 278 (307) m. zahlr. Nw. (in Fn. 135) zur Rspr. des BVerfG, in der dieselbe Trennung vorgenommen wird.

unmittelbar an den einzelnen Bürger und gebieten oder verbieten diesem ein bestimmtes (menschliches)⁴ Verhalten. Als Verbote untersagen die primären Normen solche Verhaltensweisen, die geeignet sind, ein bestimmtes Rechtsgut zu gefährden oder zu verletzen.⁵ Umgekehrt schreiben sie als Gebote solche Verhaltensweisen vor, die der Erhaltung und Sicherung des geschützten Rechtsgutes dienen.⁶ Die Verhaltensnormen befassen sich mit der ersten Gestaltungsfrage und entscheiden, welche Rechtsgüter vor welchen Angriffen geschützt werden sollen. Deshalb wird teilweise davon gesprochen, dass die primären Normen im eigentlichen Sinne dem Schutz von Rechtsgütern dienen.⁷

Anm. 7.2: Verhaltensnormen ge- oder verbieten ein *menschliches* Verhalten auch dann, wenn sich die an sie anknüpfenden Sanktionsnormen vordergründig unmittelbar an einen Personenverband richten.⁸ Der Verband ist in einem natürlichen Sinne zu einem Handeln und deshalb zu einem Verhalten gar nicht in der Lage. Nach § 9 OWiG, § 14 StGB sind diese Sonder-Sanktionsnormen unter den dort genannten

4 Siehe Zippelius, Methodenlehre,¹¹ § 1 I (S. 2): „Das Recht regelt [...] das menschliche Verhalten.“ Die Frage, auf welche Weise eine gegen den Verband gerichtete Geldsanktion menschliches Verhalten beeinflusst, um Güter zu schützen, ist letztlich die zentrale Frage des Bußgeldregresses.

5 Nach § 17a Abs. 2 Nr. 2 VersG ist es etwa verboten, u. a. bei einer öffentlichen Versammlung „Gegenstände mit sich zu führen, die geeignet [...] sind, die Feststellung der Identität zu verhindern.“ Der Zweck des Verbotes gehe in erster Linie dahin, der „vermummungsbedingten Enthemmung von gewaltbereiten Demonstrationsteilnehmern“ zu begegnen, so Gäven, NStZ 2012⁸, S. 425 (428). Die Gesetzesmotive sprechen von „reisende[n] Chaoten“, deren Gewalttaten häufig „[z]ahlreiche verletzte Polizeibeamte und friedliche Demonstranten sowie hohe Sachschäden“ zur Folge hätten, siehe den Bericht des RechtsA in BT-Drs. 10/3580, S. 2 (li. Sp. f.). Letztlich dient das Verbot deshalb dem Schutz der öffentlichen Sicherheit u. Ordnung, sowie Leib, Leben u. Eigentum. Nach BT-Drs. 11/4359, S. 14 (li. Sp. f.) gewährleiste das Verbot außerdem „die Wahrnehmung des Rechts auf friedliche Versammlung.“ Details zu Zweck u. Reichweite des Vermummungsverbots bei Dürig-Friedl, in: Dürig-Friedl/Enders, § 17a Rn. 1 ff. u. 19 ff.

6 Siehe als Beispiel § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO: „Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans [...] einen Eröffnungsantrag zu stellen.“ Normzweck u. geschütztes Rechtsgut ist letztlich der Gläubigerschutz. Dazu eingehend Klöhn, in: MünchKomm-InsO⁴, § 15a Rn. 6 ff.

7 So etwa Appel, KritV 82³ (1999), S. 278 (309); Freund/Rostalski, StrafR-AT³, § 1 Rn. 29 ff. sowie in: MünchKomm-StGB⁴, Vor § 13 Rn. 66 ff.; Kindhäuser, StrafR-AT⁸, § 2 Rn. 6 jew. m. w. N.

8 Siehe etwa die § 130 OWiG vorgelagerte Verhaltensnorm, die sich an den Inhaber des Betriebs richtet, oder die Verhaltensnorm des § 1 GWB, die es Unternehmen untersagt, die dort bezeichneten Vereinbarungen zu schließen.

Voraussetzungen „auch“ auf die (natürlichen)⁹ Leitungspersonen anzuwenden und schreiben deshalb – tatsächlich nur – den natürlichen Personen die Einhaltung einer bestimmten Verhaltensvorschrift, sprich: ein bestimmtes menschliches Verhalten vor.

Würde diese „primäre Normenordnung des rechtlich richtigen Verhaltens“ von allen und von sich aus befolgt, so wäre der Rechtsgüterschutz schon dadurch gewährleistet und es bedürfte keiner sekundären Sanktionsordnung.¹⁰ Weil das jedoch „in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind“, ¹¹ nicht der Fall ist, muss die Rechtsordnung das primäre Normensystem durch ein zweites, ein sekundäres System absichern. Es befasst sich mit der Frage, wie die Einhaltung der primären Normen gewährleistet werden kann, sprich: mit der zweiten Gestaltungsfrage nach der wirkungsvollen Ausgestaltung des Güterschutzes. Dazu enthält das sekundäre System Rechtssätze, die als Sanktions- oder Bewertungsnormen bezeichnet werden und ein „rechtlich organisiertes Erzwingungsverfahren“¹² errichten. Sie wenden sich an ein Organ der Rechtspflege oder ein sonstiges Kontrollorgan und gebieten diesem,¹³ gegenüber einer bestimmten Person unter bestimmten Voraussetzungen auf bestimmte Verletzungen einer bestimmten Verhaltensnorm in einer bestimmten Art und Weise zu reagieren.¹⁴

9 Die in § 9 OWiG, § 14 StGB bezeichneten Personen können nur natürliche Personen sein. Siehe etwa § 76 Abs. 3 AktG u. § 6 Abs. 2 GmbHG.

10 So *Freund/Rostalski*, *StrafR-AT*³ § 1 Rn. 50. Die wörtliche zitierte Passage ist im Original durch Fettdruck hervorgehoben.

11 So *Schultz*, *JZ* 1966⁴ S. 113 (114).

12 Vgl. *Zippelius*, *Methodenlehre*,¹¹ § 2 b) (S. 6). Im Original kursiv hervorgehoben.

13 Zutr. weisen *Kindhäuser*, *StrafR-AT*⁸ § 2 Rn. 4 für das (Kriminal-)Strafrecht u. *Zippelius*, *Methodenlehre*,¹¹ § 2 b) (S. 6) im Allgemeinen darauf hin, dass es sich bei den Sanktionsnormen letztlich um spezifische Verhaltensnormen für den Rechtsstab handelt. Deren Einhaltung wird ihrerseits durch bestimmte Sanktionsnormen abgesichert – etwa der Strafvereitelung im Amt u. der Rechtsbeugung (§ 258a bzw. § 339 StGB).

14 Siehe für die eben genannten Verhaltensnormen § 15a Abs. 4 InsO: „Mit Freiheitsstrafe [...] wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1 [...] einen Eröffnungsantrag“ nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig stellt, u. § 29 Abs. 1a VersG: „Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 17a Abs. 2 Nr. 2 [...] Gegenstände, die geeignet [...] sind, die Feststellung der Identität zu verhindern, mit sich führt“ u. Abs. 2: „Die Ordnungswidrigkeit kann [...] mit einer Geldbuße [...] geahndet werden.“

Anm. 7.3: Eine regelungstechnische Aufspaltung¹⁵ von Verhaltens- und Sanktionsnorm auf unterschiedliche Vorschriften ist für deren Unterscheidung nicht erforderlich. Sie können in einem einheitlichen Deliktstatbestand zusammengefasst sein,¹⁶ wie es im Kernstrafrecht und dem Dritten Teil des OWiG die Regel ist. Dann ergibt sich die Verhaltensnorm aus der kontradiktorischen Umformulierung der Sanktionsnorm.¹⁷ So wird etwa aus der Sanktionsnorm des § 212 Abs. 1 StGB – nach der bestraft wird, wer (vorsätzlich, vgl. § 15 StGB) einen Menschen tötet – im Wege kontradiktorischer Umformulierung eine Verhaltensnorm, die nirgends¹⁸ ausdrücklich geregelt ist.¹⁹ „Es ist verboten, (vorsätzlich) einen Menschen zu töten.“

II. Sekundärer Güterschutz

Auf Grundlage dieser Unterscheidung von (primären) Verhaltens- und (sekundären) Sanktionsnormen liegt es auf der Hand, weshalb dem im weiteren Sinne strafrechtlichen Rechtsgüterschutz sekundärer oder akzessorischer Charakter zugeschrieben wird:²⁰ Ob der güterschützende Normbefehl der primären Verhaltensnorm durch die Schutzinstrumente etwa des Polizeirechts, des Ordnungswidrigkeitenrechts oder des (Kriminal-)Strafrechts abgesichert wird, ergibt sich allein aus der Sanktionsnorm der sekundären Ebene.²¹

15 So etwa in den genannten Bsp., bei denen die Verhaltens- u. die Sanktionsnorm in verschiedenen Absätzen derselben Regelung (§ 15a Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 4 InsO) oder gar in separaten Regelungen (§ 17a Abs. 2 Nr. 2 u. § 29 Abs. 1a VersG) normiert sind.

16 Vgl. nur *Appel*, KritV 82³ (1999), S. 278 (30) u. *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 4 C III 1 (S. 88). *Zipf*, in: Maurach/Zipf⁸, § 2 Rn. 14 spricht sich gar dafür aus, „eine Trennung von Norm und Sanktion möglichst zu vermeiden“.

17 *Appel*, KritV 82³ (1999), S. 278 (307); *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 4 A (S. 79) jew. m. w. N.

18 Jedenfalls dann nicht, wenn man Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG keine unmittelbare Drittwirkung zuschreiben möchte.

19 Interessant ist der Hinweis bei *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 4 C III 1 (S. 88): Der Bundesgesetzgeber kann durch eine solche Zusammenfassung von Verhaltens- u. Sanktionsnorm in einer strafrechtlichen Regelung die Bundeskompetenz für eine Verhaltensvorschrift „erzeugen“, die er sonst nicht hätte.

20 Als sekundäres oder akzessorisches Schutzrecht bezeichnen das Strafrecht u. a. *Appel*, KritV 82³ (1999), S. 278 (306); *Freund/Rostalski*, StrafR-AT³, § 1 Rn. 50; *Walter*, in: LeipzKomm-StGB¹³, Vor § 13 Rn. 4 u. 17.

21 Bei Lichte betrachtet ist auch der zivilrechtliche Schadenersatz eine sekundäre Sanktionsordnung. Der Staat stellt zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche „sein Gewaltmonopol in Form des Zwangsvollstreckungsrechts ‚zur Verfügung‘, um Gewalt *inter privatos* zu vermeiden.“ Siehe *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 1 I 1 (S. 7 Fn. 39). Herv. im Original. Freilich wendet sich die jew. Ersatzpflichtanordnung an

Die Verhaltensnorm als solche ist „strafrechtsneutral“.²² Sie mag festlegen, welche Rechtsgüter vor welchen Angriffen geschützt werden sollen. Für sich genommen sieht sie jedoch keinerlei Maßnahmen vor, um die Einhaltung der aufgestellten Ge- und Verbote sicherzustellen. Weder sagt sie aus, ob, gegenüber wem, unter welchen Bedingungen und in welcher Weise der Staat auf die Verletzung der Verhaltensnorm reagieren darf, noch ermächtigt sie als solche zur Verhängung einer Sanktion.²³

Die Sanktionsnorm legt umgekehrt fest, auf welche Art und Weise welches Kontrollorgan unter welchen ggf. zusätzlichen Voraussetzungen auf die Verletzung einer bestimmten Verhaltensnorm zu reagieren hat.²⁴ Sie bestimmt für sich genommen hingegen nicht, welche Rechtsgüter zu schützen sind.²⁵ Dazu ist sie auf die ihr vorgelagerte Verhaltensnorm angewiesen. Sie schützt eine vorgefundene, bestehende Ordnung, ohne diese selbst zu gestalten.²⁶

Wird die Frage der maßgebenden Sanktionsordnung erst auf der sekundären Ebene der Sanktionsnorm beantwortet, so tritt auch das strafrechtliche Spezifikum in Gestalt der Androhung und Zufügung von Kriminalstrafe oder Geldbuße erst auf der sekundären Ebene in Erscheinung. Das ist gemeint, wenn von dem sekundären Charakter des strafrechtlichen Güterschutz die Rede ist.²⁷ Das Strafrecht schützt das Rechtsgut, indem es die Einhaltung der vorgelagerten Verhaltensnorm sichert. Insoweit hat der strafrechtliche Güterschutz akzessorischen Charakter.²⁸

den einzelnen Bürger u. gebietet diesem, den jew. Schaden zu ersetzen. Sie ist deshalb stets gleichzeitig primäre u. sekundäre Norm.

22 So *Appel*, Verfassung u. Strafe, S. 79 m. zahlr. Nw. (in Fn. 96 ff.) zur Rspr. des BVerfG u. S. 569. Aufgegriffen u. a. von *Kudlich*, ZStW 127³ (2015), S. 635 (648 m. Fn. 43). Siehe auch *Lagodny*, Strafr u. GrundR, § 4 C III (S. 87), für den die Verhaltensvorschrift aus Sicht der „Grundrechtsprüfung weder ein Spezifikum des Kernstrafrechts [...] noch des Ordnungswidrigkeitenrechts“ ist.

23 *Appel*, KritV 82³ (1999), S. 278 (307).

24 Vgl. *Freund/Rostalski*, Strafr-AT³, § 1 Rn. 50 m. w. N.

25 *Appel*, KritV 82³ (1999), S. 278 (306); *Freund/Rostalski*, Strafr-AT³, § 1 Rn. 50. Siehe auch *Zipf*, in: *Maurach/Zipf*⁸, § 2 Rn. 26: „Das Strafrecht spricht keine Verbote aus; es setzt nur die Rechtsfolgen ihrer Übertretung für seinen Wirkungsbereich fest.“

26 *Appel*, KritV 82³ (1999), S. 278 (306) m. w. N.

27 Vgl. *Zipf*, in: *Maurach/Zipf*⁸, § 2 Rn. 11.

28 Ob man daraus ableiten kann oder muss, dass die sekundären Sanktionsnormen des Strafrechts selbst nicht dem Güterschutz, sondern der Normerhaltung dienen, ist eine höchst interessante Frage, die hier nicht vertieft werden kann. Siehe dazu etwa *Jakobs*, Strafr-AT², 1. Abschn., Rn. 9 ff. u. ö. sowie *Freund/Rostalski*, Strafr-AT³, § 1 jew. m. w. N.

Anm. 7.4: Tatsächlich kann ein und dieselbe Verhaltensnorm von mehreren Sanktionsnormen unterschiedlicher Sanktionsordnungen gleichzeitig abgesichert werden. Als Beispiel mag der als Verhaltensnorm interpretierte § 49 LBO_{BW}²⁹ dienen. Darin ist u. a. das (präventive) Verbot (mit Erlaubnisvorbehalt)³⁰ normiert, genehmigungspflichtige bauliche Anlagen ohne Baugenehmigung zu errichten. Geschützt wird das öffentliche Interesse, „Vorhaben schon vor ihrer Ausführung vorbeugend auf ihre materielle Legalität zu überprüfen“.³¹

Wer eine solche Anlage gleichwohl ohne Genehmigung errichtet, verletzt diese Verhaltensnorm. Für diese Fälle ordnet die bau-polizeiliche Sanktionsnorm des § 65 Abs. 1 Satz 1 LBO_{BW}³² an, dass und unter welchen Voraussetzungen die Anlage abgebrochen werden kann. Zugleich erklärt die ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionsnorm des § 75 Abs. 1 Nr. 9 LBO_{BW} die Errichtung der Anlage, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt ist, für ordnungswidrig und lässt nach § 75 Abs. 4 LBO_{BW} die Ahndung mit einer Geldbuße zu.³³ Der Verhaltensnorm des § 49 LBO_{BW} selbst lässt sich folglich nicht entnehmen, ob auf ihre Verletzung mit polizeirechtlichen oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsinstrumenten reagiert wird. Sie ist in diesem Sinne „strafrechtsneutral“.³⁴

C. Wirkungsweise des Ordnungswidrigkeitenrechts

Das Ordnungswidrigkeitenrecht teilt sich – als Teilgebiet des Strafrechts im weiteren Sinne – mit verschiedenen anderen Regelungskomplexen die Aufgabe des Güterschutzes. Sein Beitrag besteht darin, der Begehung von

29 § 49 der Landesbauordnung für Baden-Württemberg v. 5. 3. 2010 (LBO_{BW}), GBl. (BW)⁷ S. 357 (376) lautet: „Die Errichtung und der Abbruch baulicher Anlagen [...] bedürfen der Baugenehmigung, soweit [...] nichts anderes bestimmt ist.“

30 Siehe zu dieser Einordnung nur *Gassner*, in: BeckOK-BauOR-BW¹⁵ § 49 LBO_{BW} vor Rn. 1. Die Voraussetzungen der Baugenehmigung ergeben sich aus § 58 LBO_{BW}.

31 So *Gassner*, in: BeckOK-BauOR-BW¹⁵ § 49 LBO_{BW} Rn. 1, der dies m. w. N. als allgemeine Auffassung bezeichnet.

32 § 65 Abs. 1 Satz 1 LBO_{BW} lautet i. d. F. des Art. 1 Nr. 20 lit. a) des Gesetzes zur Änderung der Landesbauordnung für Baden-Württemberg v. 18. 7. 2019, GBl. (BW)¹⁶ S. 313 (315): „Der [...] Abbruch einer Anlage, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, kann angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.“

33 Nach § 75 Abs. 1 Nr. 9 der LBO_{BW}, GBl. (BW) 2010⁷ S. 357 (385) handelt ordnungswidrig u. a., „wer vorsätzlich oder fahrlässig als Bauherr [...] eine [...] genehmigungspflichtige Anlage [...] ohne Genehmigung errichtet“. — Abs. 4: „Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße [...] geahndet werden.“

34 Siehe abermals *Appel*, Verfassung u. Strafe, S. 79 u. S. 569, sowie *Kudlich*, ZStW 127³ (2015), S. 635 (648 m. Fn. 43) u. *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 4 C III (S. 87).

Verhaltensweisen vorzubeugen, die der Gesetzgeber als Ordnungswidrigkeiten qualifiziert hat. Es bewehrt die „strafrechtsneutralen“ Verhaltensnormen mit spezifisch ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsnormen. Wie aber die Bewehrung mit einer Sanktionsnorm die Einhaltung der Verhaltensnorm gewährleisten soll, ist damit noch nicht erklärt.

Dazu ist es notwendig, die verschiedenen Mittel, die durch die ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionsnorm zur Aufgabenerfüllung bereitgestellt werden, als solche zu erfassen. Zuvor jedoch (I.) soll die Gelegenheit genutzt werden, um den wenig trennscharfen Begriff der Repression für die weitere Untersuchung greifbar zu machen. Werden sodann (II.) die spezifischen Zwecke der einzelnen Mittel benannt, lässt sich aus deren Zusammenspiel schließlich (III.) herausstellen, wie eine nachträglich zugefügte Geldbuße zu einem vorbeugenden Schutz von Rechtsgütern beitragen kann.

I. Begriff der Repression

Die genaue Beschreibung des Wirkmechanismus der Strafe wird durch die überkommene Begriffspaarung von Prävention und Repression beinahe unmöglich gemacht. Die nur inkonsequent durchgehaltene Gegenüberstellung dieser Begriffsmonolithen hebt die Auseinandersetzung auf ein Abstraktionsniveau, auf dem sich schon grundlegende Einzelfragen kaum durchdenken, geschweige denn beantworten lassen.¹ Die eigentlich notwendigen Unterscheidungen zur konzeptionellen Abschtichung der verschiedenen staatlichen Instrumente lassen sich ohne feinere Untergliederung schon sprachlich nicht vornehmen.²

Ist der Begriff der Prävention im Sinne einer wie auch immer geartet vorbeugenden oder verhüteten Tätigkeit noch einigermaßen selbsterklärend,³ bleibt der Begriff der Repression eine nichts sagende Worthölse. Allgemein-

1 Zutr. kritisiert *Kröger*, S. 205 f. m. w. N. (Fn. 709) die typische Aussage, wonach die Verbandsgeldbuße „sowohl präventive als auch repressive Ziele“ verfolge: „Dies ist in dieser Allgemeinheit sicherlich richtig, doch sagt es über den eigentlichen Sinn und Zweck des § 30 OWiG wenig aus.“

2 Siehe nur *Achenbach*, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (7) = ZIS 2012⁵ S. 178 (180): Die Formulierung, „die Geldbuße habe ‚repressiven Charakter‘“, sei missverständlich (Nachw. in Fn. 14). „Denn das blendet die Erkenntnis aus, dass ahndende Sanktionen [...] nicht [...] nur auf Geschehenes mit einer belastenden Reaktion [...] antworten. Der Geldbuße kommt vielmehr [...] eine präventive Funktion zu, sie blickt zugleich in die Zukunft.“

sprachlich wird darunter die – gegebenenfalls gewaltsame – „Unterdrückung von Kritik, Widerstand, politischen Bewegungen, individueller Entfaltung, individuellen Bedürfnissen“ verstanden,⁴ die im Strafrecht jedenfalls nicht gemeint ist. Zu Recht hat *Achenbach* bemängelt, dass „sich in der Literatur [...] keine Analyse dessen [findet], was eigentlich mit Ahndung [scil.: Strafe i. w. S. bzw. Repression] gemeint ist.“⁵ Dadurch droht auch⁶ im Hinblick auf den Begriff der Repression die Gefahr, dass Autoren mit unterschiedlichem Vorverständnis von einer nur vermeintlich bestehenden begrifflichen Übereinkunft ausgehen und tatsächlich aneinander vorbeireden.

Im Folgenden soll deshalb das hier zu Grunde gelegte Verständnis der Repression aufgedeckt werden. Dazu ist die große und leblose Worthülse in drei Bedeutungsdimensionen aufzuspalten. Schon mit diesen wenigen Unterscheidungen lässt sich die Strafe im weiteren Sinne von allen anderen staatlichen Eingriffsmaßnahmen trennscharf abgrenzen. Dadurch wird auch die so verstandene Repression zu einem trennscharfen Begriff, der im weiteren Verlauf der Untersuchung mit Erkenntnisgewinn verwendet werden kann. Die Zufügung von Strafe⁷ ist in diesem Sinne eine reaktiv-retrospektive und trans-restitutive Maßnahme. Ohne Erläuterung sind diese Begriffe selbstverständlich ebenso hilfreich wie der Begriff der Repression, den sie ersetzen sollen. Deshalb sind sie zunächst kurz vorzustellen.

3 Siehe Duden,[@] Prävention, Bedeutungsübersicht: „Vorbeugung, Verhütung (z. B. in Bezug auf eine Krankheit oder zur Verbrechensbekämpfung)“.

4 Siehe die Definition bei Duden,[@] Repression, Bedeutungsübersicht.

5 So – wenn auch ausdr. nur zum Begriff der Ahndung im Ordnungswidrigkeitenrecht – *Achenbach*, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (5) = ZIS 2012⁵, S. 178 (179). Siehe aber zum „Begriff der Strafe“ die ausf. Auseinandersetzung bei *Greco*, S. 277 ff. u. insb. S. 299 ff., die sich mit der hier sogleich zu entwickelnden Terminologie vielleicht noch weiter präzisieren lässt. Eine darüber hinausgehende Befassung mit dieser Frage kann im Rahmen dieser Arbeit freilich nicht erfolgen.

6 Zu demselben Problem bei den überkommenen Begriffen des sog. Schadensrechts bereits oben § 4 A. (S. 98).

7 Sofern hier u. im Folgenden die Begriffe Strafe u. Strafrecht verwendet werden, sind damit Strafe bzw. Strafrecht i. w. S. u. deshalb auch die Geldbuße u. das Ordnungswidrigkeitenrecht gemeint. Zu dem Zusammenhang von Zufügung u. Androhung der Strafe u. damit dem eigentlichen Wirkmechanismus des Strafrechts sogleich, II. (S. 220).

1. Proaktiv vs. reaktiv

In einem ersten Schritt gehört das staatliche Strafen zu den reaktiven Maßnahmen.⁸ Das meint, dass die Zufügung einer Strafe stets nachträgliche Antwort auf ein – angenommenes⁹ – in der Vergangenheit liegendes (Fehl-)Verhalten ist. Der Gegenbegriff wäre eine proaktive Maßnahme, bei der „durch differenzierte Vorausplanung und zielgerichtetes Handeln die Entwicklung eines Geschehens“ für die Zukunft selbst bestimmt wird.¹⁰ Vor allem die Aufstellung von Verhaltens- und Sanktionsnormen – und damit auch die für den Fall der Zuwiderhandlung ausgesprochene Androhung der Zufügung von Strafe – wird man zu den proaktiven Maßnahmen rechnen müssen. Präventiv-polizeiliche Maßnahmen der Gefahrenabwehr können – je nachdem wie streng man mit den Begriffen umgehen mag¹¹ – proaktiv oder reaktiv sein.¹² Strafen, Maßregeln der Besserung und Sicherung, Gewinnabschöpfung¹³ und Schadenersatz sind dagegen stets eine nachträgliche Reaktion auf ein in der Vergangenheit liegendes konkretes (Fehl-)Verhalten. In diesem Sinne sind sie stets und ausschließlich reaktiv.

Anm. 7.5: Schon die strafrechtliche Sanktionsnorm lässt sich mit den Begriffen von Repression und Prävention nicht exakt abbilden: Die Androhung der Übels-

8 Siehe nur Achenbach, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (6) = ZIS 2012⁵ S. 178 (179): „Ahnung ist im Ordnungswidrigkeitenrecht also eine *staatliche Reaktion* auf ein [...] Verhalten, durch die der Rechtsanwender einen aktuellen Vorwurf erhebt und dieses Verhalten dem daran Beteiligten endgültig zur Last legt.“ Herv. nur hier. Auch Greco, S. 300 sagt, Strafe sei „*objektive Reaktion auf eine angenommene Straftat*.“ Herv. im Original. Er erkennt darin einen „zutreffende[n] Aspekt der gängigen, aber unklaren Wendung, dass Strafe ihrem Wesen nach Vergeltung sei.“

9 Völlig zu Recht weist Greco, S. 300 m. w. N. (Fn. 418) darauf hin, dass Strafe „durchaus eine Person treffen [kann], welche die angenommene Straftat nicht begangen hat.“ An dem Strafcharakter der dann illegitimen Strafe ändert das jedoch nichts.

10 So die Definition bei Duden,[®] proaktiv, Bedeutungsübersicht.

11 Im Rahmen dieser Untersuchung kommt es auf den genauen Grenzverlauf zwischen proaktiven u. reaktiven Maßnahmen nicht an. Der Frage soll deshalb nicht nachgegangen werden.

12 Ob etwa eine Gefährderansprache – Details bei Möstel/Trurnit, in: BeckOK-PolR-BW²⁰ § 3 PolG_{BW} Rn. 34 f. – der konkreten Gefahr zuvorkommt oder auf die Erkenntnis einer konkreten Gefahr reagiert, soll hier nicht entschieden werden. Jedenfalls bei der Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bilden „in der Vergangenheit liegende Tatsachen“ die „Grundlage für die zukunftsgerichtete Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit dargetan ist“, Ennuschat, in: Ennuschat/Wank/Winkler,⁹ § 35 GewO Rn. 28. Sie ist deshalb eine zwar präventiv-polizeiliche Maßnahme, aber gleichwohl reaktiv.

13 Sei es durch – Verfall u. – Einziehung oder die Regelungen des Bereicherungsrechts.

zufügung durch Aufstellung der strafrechtlichen Sanktionsnorm ist eine proaktive ($\cong$ präventive) Maßnahme. Die im Falle des Normverstößes und auf Grundlage der Sanktionsnorm erfolgende Übelszufügung ist dagegen eine reaktive ($\cong$ repressive) Maßnahme. Damit stellt die strafrechtliche Sanktionsnorm zum Zwecke des Güterschutzes sowohl „präventive“ als auch „repressive“ Mittel zur Verfügung. Dann aber sind die Begriffe von Repression und Prävention zu ungenau, um das Strafrecht und seine Sanktionen insgesamt ausreichend genau zu beschreiben.

2. Prospektiv vs. retrospektiv

Aus der Menge der reaktiven¹⁴ Maßnahmen gehört (die Zufügung von) Strafe zu der Teilmenge der retrospektiven Maßnahmen.¹⁵ Das heißt, dass die Zufügung der angedrohten Sanktion nicht von einer in die Zukunft gerichteten Prognose-Entscheidung abhängig ist.¹⁶ Schon der einmalige und in der Vergangenheit liegende Verstoß gegen eine Verhaltensnorm erlaubt den zielgerichteten Eingriff in die Rechtsstellung des Täters¹⁷ auch und gerade dann, wenn künftige Verstöße – gegen dieselbe oder eine andere Verhaltensnorm – nicht zu befürchten oder gar unwahrscheinlich sind.¹⁸ In diese Kategorie der reaktiv-retrospektiven Maßnahmen gehören, neben Strafe und Geldbuße, auch die Gewinnabschöpfung und der zivilrechtliche Schadenersatz.

14 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Im Rahmen dieser Untersuchung ist nicht untersucht worden, ob sich alle Begriffspaarungen in den acht denkbaren Verästelungen miteinander kombinieren lassen – proaktiv-retrospektive Maßnahmen etwa scheinen prima facie unmöglich zu sein. Für die Zwecke dieser Untersuchung war das auch nicht erforderlich. Weder ist damit das Höchstmaß an begrifflicher Präzision erreicht, noch dürfte die Leistungsfähigkeit dieser begrifflichen Unterscheidungen vollends ausgereizt zu sein.

15 Mit dem Begriff der Retrospektion vor allem Achenbach, in: FS I. Roxin (2012), S. 3 (6) = ZIS 2012⁵ S. 178 (179): „Ahndung [scil.: Strafe i. w. S.] ist mithin retrospektiv; sie blickt zurück auf die geschehene Zuwiderhandlung.“

16 Das bedeutet freilich nicht, dass eine positive Sozial-Prognose keine Auswirkung auf die Strafzumessung haben kann.

17 Schon Feuerbach, Revision I, S. 5 definierte die Strafe als ein „*Übel* [...], welches um begangener gesetzwidriger Handlungen, und zwar blos um dieser willen einem Subjecte zugefügt wird.“ Herv. im Original durch Sperrung. Treffend auch Schöne-mann, ZIS 2014¹ S. 1 (3): Die „Übelszufügung [findet] in der in der Vergangenheit liegenden Tat eine hinreichende Bedingung“.

18 Standardbeispiel ist insoweit der heute sozial integriert lebende NS-Gewaltverbrecher, der keine Gefahr mehr darstellt, aber gleichwohl bestraft werden kann. Siehe etwa Roxin, AT I⁴ § 3 Rn. 44.

Das Gegenstück sind die reaktiv-prospektiven Maßnahmen,¹⁹ etwa die präventiv-polizeiliche Gewerbeuntersagung²⁰ und – speziell im Strafrecht – die Maßregeln der Besserung und Sicherung.²¹ Auch sie knüpfen an in der Vergangenheit liegende Tatsachen an und reagieren auf diese. Die durch sie gewährte Zwangsausübung ist jedoch stets an eine zukunftsgerichtete Prognose gebunden.

Anm. 7.6: Auch die Abgrenzung von Strafe und Maßregel ist mit den Begriffen von Prävention und Repression – wenn überhaupt – nur mühsam möglich.²² Unter dem Gesichtspunkt von Prospektion und Retrospektion gelingt sie dagegen ganz zwanglos: Beide Institute dienen dem – logisch nur präventiv denkbaren – Güterschutz. Sie erlauben zu diesem Zweck die Reaktion auf in der Vergangenheit liegendes Fehlverhalten.²³ Die Zwangsausübung wird bei den Maßregeln jedoch von einer prospektiven Prognose-Entscheidung abhängig gemacht,²⁴ während die – zur Kompensation an die Schuld gebundene²⁵ – Strafe die rein retrospektive Bewertung des zurückliegenden Fehlverhaltens genügen lässt.²⁶

19 Der Begriff der Prospektion ist *Schünemann*, ZIS 2014,¹ S. 1 (2) entliehen: Die „Maßregel der Besserung und Sicherung“ stelle eine „völlig eigenständige Zwangsausübung“ dar, die „vom Gesetz an eigenständige, *prospektive* Voraussetzungen geknüpft“ werde. Herv. im Original. Dort auch mit Bsp.

20 Siehe abermals *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler,⁹ § 35 GewO Rn. 28: Die in „der Vergangenheit liegenden Tatsachen bilden den gegenwärtigen Erkenntnisstand der Behörde und sind damit Grundlage für die zukunftsgerichtete [scil.: prospektive] Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit dargetan ist.“

21 Bei letzteren handelt es sich eigentlich um im StGB geregelte Maßnahmen des Polizeirechts. Zur Entstehung des Maßregelrechts aus polizeirechtlichen Vorläufern siehe *Eser*, in: FS Müller-Dietz (2001), S. 213 (216 ff.).

22 Siehe etwa *Roxin*, AT I,⁴ § 3 Rn. 63 ff. u. vor allem Rn. 65: „Es ergibt sich also, dass der Zweck von Strafe und Maßregel sich im Wesentlichen nicht unterscheidet.“ Für ihn weichen „Strafe und Maßregel [...] nicht im Ziel, sondern in ihrer Begrenzung voneinander ab.“

23 Das scheinbare Paradoxon, wie eine nachträgliche Übelszufügung zu einem vorbeugenden Güterschutz beitragen kann, soll sogleich aufgelöst werden, II. (S. 220).

24 *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT,⁵ § 9 III 2 (S. 89) m. w. N. (Fn. 28): Eine Maßregel ist nur dann gerechtfertigt, „wenn gegenüber dem Täter auch für die Zukunft ein klares Sicherungsbedürfnis besteht“.

25 Zum genauen Grund des Schuldprinzips noch unten § 10 C. IV. 1. (S. 360).

26 In nicht zu überbietender Präzision *Roxin*, AT I,⁴ § 1 Rn. 3: „Jede Strafe setzt eine Schuld des Täters bei Begehung der in der Vergangenheit liegenden Tat, jede Maßregel dagegen eine fortdauernde Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft voraus.“ Siehe auch die weiteren Nachw. bei *Eser*, in: FS Müller-Dietz (2001), S. 213 (214 f. in Fn. 3).

3. Restitutiv vs. trans-restitutiv

Die trennscharfe Abgrenzung der Strafe von den übrigen reaktiv-retrospektiven Maßnahmen erfordert eine weitere Unterscheidung. Sie lassen sich im Hinblick auf ihre Eingriffs-Reichweite in restitutive und trans-restitutive Instrumente einteilen.

Der zivilrechtliche Schadenersatz ist insoweit restitutiv.²⁷ Hat der Verhaltensnormverstoß des Schädigers einem Dritten einen ausgleichsfähigen und -bedürftigen Nachteil zugefügt, so leitet der Schadenersatz diese Belastung ausnahmsweise²⁸ von dem Dritten auf den verantwortlichen Schädiger über. Der zugefügte Nachteil beschränkt die Höhe der Ersatzleistung. Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot steht einem überkompensatorischen Schadenersatz entgegen. Der Schadenersatz bezweckt nicht die Zufügung eines trans-restitutiven Übels, sondern den nur restituiven Ausgleich des entstandenen Schadens.

Anm. 7.7: Zwar kann es durchaus dazu kommen, dass der Schädiger nach dem Schadenersatz wirtschaftlich schlechter steht, als er vor dem Verhaltensnormverstoß stand. Das ist immer dann der Fall, wenn der zu ersetzende Schaden größer ist als die aus dem Verhaltensnormverstoß gezogenen Vorteile. Ein solcher Schadenersatz mag sich durchaus als trans-restitutives – gegebenenfalls gar ruinöses²⁹ – Übel auswirken. Der Unterschied zur Strafe besteht jedoch darin, dass diese Übelszufügung nicht intendiert ist. Nicht der Grad des Fehlverhaltens, sondern das Ausmaß des Schadens bestimmt die Höhe der Ersatzleistung.³⁰ Dass es beim Schadenersatz um Ausgleich und nicht um Übelszufügung geht, wird vor allem deutlich, wenn der Schädiger einen „nützlichen Rechtsbruch“ begeht. Bleibt ihm nach Abzug der Ersatzleistung

27 Zur Abgrenzung von den Instrumenten der Gewinnabschöpfung – um die es hier nicht geht – könnte man den Schadenersatz mit *Eser*, Sanktionen, S. 284 auch als eine „reparative“ Maßnahme bezeichnen. Immerhin geht es nicht um die Abschöpfung eines „Zu-Viel“, sondern den Ersatz für ein „Zu-Wenig“.

28 Und zwar nur dann, wenn der Verhaltensnormverstoß zugleich die Voraussetzungen einer Sanktionsnorm erfüllt, die für diesen Nachteil Schadenersatz gewährt. Zur grds. Schadenszuständigkeit des Rechtsgut-Trägers u. dem Grundsatz des *casum sentit dominus* nur *Deutsch*, HaftungsR², Rn. 1 u. *Schramm*, S. 17 f.

29 Auch hier sei auf die Warnung *Haffkes*, KritV 74² (1991), S. 165 (175) hingewiesen, über die vermeintliche Milde zivilrechtlicher Sanktionen genauer nachzudenken, damit „nicht unversehens aus der Keule des Strafrechts eine Keule des Zivilrechts“ werde.

30 Wer mit leichtester Fahrlässigkeit einen Millionen-Schaden verursacht, muss größeren Ersatz leisten als derjenige, der mit größter Schädigungsabsicht nur einen kleinen Schaden verursacht.

ein Überschuss, so kann ihm dieser durch das Schadenersatzrecht nicht entzogen werden. Er kann allenfalls durch andere Instrumente abgeschöpft werden.

Auch die Instrumente der Gewinnabschöpfung erlauben nur restitutive Eingriffe in die Rechtsstellung des Täters. Das zivile Bereicherungsrecht will Vermögensverschiebungen rückgängig machen, die nach dem Gesamturteil der Rechtsordnung „ohne rechtlichen Grund“ erfolgt sind und daher missbilligt werden.³¹ Der strafrechtliche Verfall – jetzt:³² Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff. StGB) – ist bei Einführung des Tagessatzsystems als „öffentlich-rechtlicher Bereicherungsanspruch“³³ konzipiert worden. Er sollte die rechtswidrigen Taterträge entziehen, wo dies durch Schadenersatz und Bereicherungsrecht nicht möglich war.³⁴ Anders als die Strafe bezwecken diese Instrumente keine Schlechterstellung des Betroffenen, sondern dessen Gleichstellung.³⁵ Sie entziehen dem Täter nicht mehr, als er erlangt hat, sondern wollen – möglichst umfassend – den status quo ante wiederherstellen.

Anm. 7.8: Uneingeschränkt ist diese Aussage nur für den früheren Netto-Verfall richtig. Denn seit der Umstellung des Verfalls auf das Brutto-Prinzip³⁶ werden – in schiefer Anlehnung an § 817 Satz 2 BGB³⁷ – Gegenleistungen und Unkosten des Täters bei der Bemessung des Verfalls-Betrages nicht mehr Gewinn-mindernd berücksichtigt.³⁸ Entsprechend kann dem Täter durch den Verfall nunmehr auch mehr entzogen werden, als er aus der Tat erlangt hat. Als einheitliches Instrument

31 So statt vieler *Wendehorst*, in: BeckOK-BGB⁵⁶ § 812 Rn. 3 ff. u. *Wiese*, in: Schulze¹⁰ Vor §§ 249–253 Rn. 1.

32 Die ursprüngliche Unterscheidung zwischen dem „Verfall“ der durch die Tat erlangten Vermögenswerte u. der „Einziehung“ tatverstrickter Gegenstände ist durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13. 4. 2017 (VermAbsch-RefG), BGBl. I²² S. 872 ff. aufgegeben worden. Zu den Beweggründen siehe die Erläuterungen zum RegE in: BT-Drs. 18/9525, S. 1 ff.

33 So *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁷ S. 281 (li. Sp.).

34 Dazu noch ausf. § 9 B. III. 2. (S. 300).

35 So zum strafrechtlichen Verfall *Geiger*, S. 230, der seinerseits „die Parallele zur Ungerechtfertigten Bereicherung im Zivilrecht“ zieht.

36 So erfolgt durch Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze v. 28. 2. 1992 (AWG-ÄndG₉₂), BGBl. I¹⁰ S. 372 (374). Auch der Einziehung von Taterträgen nach § 73 StGB – i. d. F. des Art. 1 Nr. 13 des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (873) – hat der Gesetzgeber das Brutto-Prinzip zugrunde gelegt, BT-Drs. 18/9525, S. 61.

37 Siehe *Geiger*, S. 305 ff., der nicht lediglich überzeugend nachgewiesen hat, weshalb die Argumentation des Gesetzgebers nicht stichhaltig ist. Vielmehr hat er auch gezeigt (S. 310), dass die gesetzgeberische Absicht einer „Effektivierung der §§ 73 ff. StGB“ durch die Einführung des Brutto-Prinzips in ihr Gegenteil verkehrt worden ist.

38 Ausf. zum Brutto-Prinzip-Verfall *Geiger*, S. 302 f. u. *Suchy*, Verfall, S. 47 ff.

verstanden wäre der Brutto-Verfall deshalb – jedenfalls manchmal – eine trans-restitutive Maßnahme.

Allerdings hat *Geiger* überzeugend und erschöpfend nachgewiesen, dass die Rechtsnatur des Verfalls durch diese Umstellung – entgegen anders lautender Stimmen³⁹ – partiell verändert worden ist.⁴⁰ Der Brutto-Verfall hat aufgehört, ein einheitliches Instrument zu sein. Soweit dem Täter (trans-restitutiv) mehr entzogen wird, als er aus der Tat erlangt hat, handelt es sich nicht um Verfall im ursprünglichen Sinne, sondern um echte Strafe.⁴¹ Als solche dürfte der trans-restitutive „Verfall“ deshalb nur gegenüber schuldhaft handelnden Tätern festgesetzt und müsste er bei der Zumessung von Haupt- und Nebenstrafen angemessen berücksichtigt werden.⁴² Für die Zwecke dieser Untersuchung bedeutet das Folgende: Der Verfall im eigentlichen Sinne – sprich: sein nicht-straftender Teil – ist auch nach Umstellung auf das Brutto-Prinzip eine reaktiv-retrospektive und restitutive Maßnahme.

Von allen reaktiv-retrospektiven Maßnahmen⁴³ ist nur die Strafe als bewusst trans-restitutiver Eingriff in die Rechtssphäre des Täters ausgestaltet. Sie soll in dem schönen Bild *Karl Bindings* „eine Wunde schlagen“.⁴⁴ In diesem Sinne ist alles staatliche Strafen Übelszufügung⁴⁵ und bedeutet die „Leugnung des Übelscharakters der Strafe“ nichts weniger „als die Leugnung des Strafbegriffs selbst.“⁴⁶

39 Siehe nur BGH, Urt. v. 1. 3. 1995 – 2 StR 691/94 – NStZ 1995,¹⁰ S. 491 f. (491) sowie die zahllosen Nachw. bei *Geiger*, S. 304 f. (Fn. 989).

40 Siehe *Geiger*, S. 304 f., dessen Argumentation nichts hinzuzufügen ist.

41 Ausdr. *Geiger*, S. 310: Das „Bruttoprinzip [macht] den Verfall zur Strafe [...], wenn und soweit mehr als das netto Erlangte abgeschöpft wird.“

42 *Geiger*, S. 308 m. zahlr. Nw. (Fn. 1014 f.). Anderenfalls würden „insgesamt mehr Strafzwecke verfolgt und bewirkt [...] als angemessen sind (Schuldüberschreitung)“ bzw. könnte die Strafe nicht „in einer dem Schuldgrundsatz und dem Gleichheitsgebot genügenden Weise zugemessen werden.“

43 Auch die Maßregeln der Besserung u. Sicherung entziehen dem Täter Freiheiten, die er nicht aus der die Maßregel veranlassenden Tat gezogen hat. Sie sind deshalb ebenfalls trans-restitutiv. Von der Strafe unterscheiden sie sich jedoch dadurch, dass sie prospektive Reaktion auf die begangene Straftat sind. Zutr. hat *Greco*, S. 301 f. u. S. 303 darauf hingewiesen, dass Maßregeln „zu einer Strafe“ werden, sobald „sie den objektiven Sinn einer Reaktion auf vergangene Taten erreichen“, was spätestens dann der Fall sei, wenn „allein die Begehung früherer Taten zu dem für die Gefährlichkeitsprognose tragenden Grund“ werde.

44 *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I² S. 288): „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen“. Herv. im Original durch Sperrung.

45 Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 3. 2. 1959 – 2 BvL 10/56 („*Reugeld*“) – BVerfGE 9, 137 ff. (144); *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵ § 8 I 2 b) (S. 65); *Meier*, Sanktionen⁵ 1.2 (S. 7) sowie die zahllosen Nachw. bei *Geiger*, S. 74 (Fn. 227).

Anm. 7.9: Dabei kann Strafe ein körperlich-sinnliches oder ein kommunikatives Übel sein,⁴⁷ wobei die kommunikative Übeldimension i. R. d. Untersuchung keine Rolle spielt. Schon die Verurteilung und der vom Staat ausgesprochene Satz, der Täter habe eine Straftat begangen, kommuniziert eine Missbilligung, die ein rechtefertigungsbedürftiges Übel darstellt. Bei der Strafaussetzung zur Bewährung wird dieses Übel gar für groß genug gehalten, um auf die Zufügung eines körperlich-sinnlichen Übels verzichten zu können.⁴⁸

Für den Bußgeldregress spielt das kommunikative Übel aber schon deshalb keine Rolle, weil es allenfalls⁴⁹ ein immaterieller Schaden i. S. d. § 253 Abs. 1 BGB wäre. Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ist insoweit nicht möglich. Wie sollte der – angeblich – letztverantwortliche Dritte den staatlichen Ausspruch, dass eine Straftat begangen worden sei, rückgängig machen? Möglich bliebe nur die Geldentschädigung nach § 251 Abs. 1 BGB, die bei immateriellen Schäden gem. § 253 Abs. 1 BGB nur in den gesetzlich bestimmten Fällen gefordert werden kann. Eine entsprechende Anordnung ist für das kommunikative Strafübel nicht zu finden, sodass es für die Regressfrage von vornherein uninteressant ist.

Um ein (körperlich-sinnliches) Übel zu sein, muss die Strafe – anders als die restitutiven Sanktionsmittel – „nicht die vor der Tat bestehende Rechtsordnung wiederherstellen, sondern bewußt und gezielt in die (vor der Tat bestehende) Rechtsstellung des Täters eingreifen.“⁵⁰ Sie entzieht dem Täter ganz

46 So *Jescheck/Weigend*, *StrafR-AT*⁵, § 8 I 2 b) (S. 65). Wenn *Roxin*, *ATI*⁴, § 3 Rn. 46 (Fn. 69) dem widerspricht, so wendet er sich nicht gegen den Übelscharakter der Strafe, sondern gegen dessen Ableitung aus der sozialen Missbilligung.

47 Ausf. zu dem Begriff, den verschiedenen Unterscheidungen u. den Konsequenzen des kommunikativen Übels *Greco*, S. 297 ff.

48 Im Ordnungswidrigkeitenrecht wird das kommunikative Übel als solches offenbar nicht für ausreichend gehalten. Vielmehr besteht i. R. d. §§ 89 ff. OWiG die Pflicht, die einmal festgesetzte (≡ kommunizierte) Geldbuße durch Beitreibung (§ 95) zu vollstrecken; das Opportunitätsprinzip greift insoweit nicht, statt aller *Krenberger/Krumm*, *OWiG*⁶, § 89 Rn. 20. Zur Ausnahme des § 95 Abs. 2 OWiG siehe dort § 95 Rn. 6.

49 Auch darüber könnte man auf Grundlage des hier entwickelten Schadensverständnisses trefflich streiten.

50 So treffend *Geiger*, S. 229, der die Unterscheidung von Verfall u. Strafe – ohne die hier entwickelte Terminologie – dadurch vornimmt (S. 230), dass ersterer die Gleichstellung mit u. letztere die Schlechterstellung des Täters gegenüber dem vortatlichen Zustand bezwecke.

bewusst solche Freiheiten,⁵¹ die er nicht aus der Tat erlangt hat,⁵² sondern die ihm schon vor Tatbegehung – sprich: zum Zeitpunkt der Sanktionsandrohung – zur Verfügung standen. Dadurch steht der Täter nach Aufdeckung der Tat und Vollstreckung der Strafe schlechter, als er ohne die Tatbegehung stünde; er erleidet ein wirkliches und als solches gewolltes Übel.

Anm. 7.10: Zur Vermeidung von Missverständnissen: Selbstverständlich gibt es Taten, aus denen der Täter keinen Vorteil erlangt. Weil dann mangels Tatertrags kein Resitutionsbedürfnis besteht, mag auch der Begriff des trans-restitutiven Übels insoweit missverständlich erscheinen. Gleichwohl ist es auch hier zutreffend, von der Strafe als einem trans-restitutiven Eingriff zu sprechen. Denn die Restitution ist von der Strafe streng zu unterscheiden. Sie hat „mit dem Grundgedanken der [Tagessatz-]Geldstrafe nichts zu tun“.⁵³ Deshalb musste sie bei Einführung des Tagessatzsystems im (Kriminal-)Strafrecht in ein eigenständiges Instrument ausgelagert werden.⁵⁴ Im Ordnungswidrigkeitenrecht ist sie – wie bei der früheren Geldsummenstrafe⁵⁵ – über § 17 Abs. 4 OWiG noch heute in die kombinierte Sanktion der Geldbuße integriert, wo sie aber nur neben den in der Sanktionsnorm angedrohten Ahndungsteil treten kann.⁵⁶ Ob es als Antwort auf ein begangenes Delikt zusätzlich der Restitution bedarf, hängt allein davon ab, ob der Täter aus der Tat einen Gewinn gezogen hat. Ist ihm dieser durch Abschöpfungsinstrumente

51 Die Freiheitsstrafe entzieht ersichtlich die Fortbewegungsfreiheit. Geldstrafe u. -buße bezwecken nicht etwa den Geldverlust an sich, sondern beschränken die Freiheit durch erzwungenen u. zeitlich befristetem Konsumverzicht. Siehe für diese allg. Auff. nur *Albrecht*, in: *NomosKomm-StGB*,⁵ § 40 Rn. 7; *Radtke*, in: *MünchKomm-StGB*,⁴ § 40 Rn. 11 u. v. *Selle*, S. 75 ff. jew. m. w. N. Weitere Details bei *Meier*, Sanktionen,⁵ 2.1.1 (S. 16).

52 Anderenfalls würde die Strafe keine schmerzhaftende Wunde in das Fleisch des Täters schlagen, sondern schlicht das schützende Polster der Taterträge treffen u. als Schmälerung des Tatertrages wahrgenommen. Bevor also die Strafe wirken kann, muss dem Täter genommen werden, was er aus der Tat erlangt hat. Diese Aufgabe übernehmen die reaktiv-retrospektiven u. restitutiven Maßnahmen, sprich: der zivilrechtliche Schadenersatz, das Bereicherungsrecht u. die Institute der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung.

53 *Gallas*, in: *NdSchr. GrStrKomm*, Bd. I,⁸ S. 179 (re. Sp.).

54 Siehe dazu noch § 9 B. III. 2. (S. 300).

55 Siehe § 27c Abs. 2 StGB i. d. F. des Art. I der Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen v. 6. 2. 1924 (VermStrafen-VO), *RGBl.* I,⁷ S. 44 (44): „Die Geldstrafe soll das Entgelt, das der Täter für die Tat empfangen, und den Gewinn, den er aus der Tat gezogen hat, übersteigen.“ — Abs. 3: „Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so darf es überschritten werden.“

56 Die Einziehung des Tatertrages nach § 29a OWiG sieht in Abs. 1 gerade vor, dass wegen der Tat eine Geldbuße gegen Täter nicht festgesetzt worden ist. Die isolierte Restitution setzt danach den Verzicht auf oder die Unmöglichkeit der Strafe i. w. S. voraus.

entzogen worden, steht er, wie er vor Tatbegehung stand – sprich: gleich dem Täter einer Gewinn-neutralen Tat. In dieser Situation führt die Zufügung eines beliebigen Übels dazu, dass sich seine Rechtsstellung gegenüber dem ursprünglichen Zustand verschlechtert. Unabhängig von dem Hinzutreten einer restitutiven Maßnahme ist deshalb jede Strafe trans-restitutiv.

4. Zwischenergebnis

Die Zufügung von Strafe ist danach eine Maßnahme, die reaktiv-retrospektiv und trans-restitutiv in die Rechtsstellung Täters eingreift. Wer dies mit nur minimalem Verlust an Genauigkeit in deutsche Worte fassen möchte, kann von einer zurückschlagenden ($\cong$ reaktiv-restitutiven) Zufügung eines (trans-restitutiven) Übels sprechen. Damit ist zugleich erfasst, was der Begriff der Repression – in vermeintlicher Abgrenzung zur Prävention – sagen möchte. Mit diesem Begriffsverständnis lässt sich nun nachvollziehen, wie das Strafrecht im weiteren Sinne zum Güterschutz beiträgt.

II. Sanktionsandrohung und Sanktionszufügung

Die spezifisch ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionsnorm stellt zur Erfüllung der Aufgabe des Güterschutzes verschiedene Mittel zur Verfügung. Je nachdem, wie kleinteilig man dabei vorgeht, lassen sich in der zeitlichen Abfolge verschiedene Ebenen unterscheiden. Für die Zwecke dieser Untersuchung genügen hier zwei Ebenen:¹ Die Androhung der Geldbuße einerseits und die Zufügung des androhten Bußgeld Übels andererseits.

Wenn Strafe² aber – wie eben gezeigt – die zurückschlagende Zufügung eines Übels ist, stellt sich die Frage, wie eine nachträgliche Übelszufügung zum – logisch nur präventiv denkbaren – Güterschutz soll beitragen können. Als Reaktion auf die zurückliegende Verletzung eines Rechtsgutes käme die Sanktion zum Schutze des Rechtsgutes notwendig zu spät.³ Dem Übel der Rechtsgutsverletzung durch den Täter würde das Sanktionsübel beim Täter

1 Wer etwa wie *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴, Vor § 38 Rn. 28 bei der Übelszufügung zwischen Festsetzung u. Vollstreckung des Übels unterscheidet, erreicht drei Ebenen. Wer weiter die Verfolgung u. die Aufklärung der begangenen Tat als eigene potentielle Grundrechtseingriffe deuten möchte, käme zu noch feineren Untergliederungen.

2 Auch hier u. im Folgenden ist mit dem Begriff der Strafe die Strafe i. w. S. u. damit auch die Geldbuße gemeint.

hinzugefügt,⁴ ohne dass das verletzte Rechtsgut dadurch wiederhergestellt würde.⁵

Zur Beantwortung dieser Frage ist es notwendig, zwischen der Androhung und der Zufügung des Sanktionsübels zu unterscheiden und deren jeweiligen Zweck klar zu benennen. Dabei soll den unzähligen Darstellungen⁶ um den Jahrtausende-alten und etwas unglücklich bezeichneten⁷ Streit um Strafzwecke und Strafzwecktheorien hier keine weitere hinzugefügt werden. Die insoweit wesentlichen Fragen hat *Greco* in seinem monumentalen Werk so beeindruckend und präzise beantwortet,⁸ dass das Ergebnis seines ohnehin kaum zu überbietenden Gedankenganges hier nur kurz wiedergeben und der Untersuchung im Folgenden zu Grunde gelegt werden soll.⁹

Anm. 7.11: Wertvoll ist die Unterscheidung bei *Greco* zwischen Zwecken erster Ordnung ($\cong$ Endzwecken)¹⁰ und Zwecken zweiter Ordnung ($\cong$ mittleren Zwe-

3 *Freund/Rostalski*, Strafr-AT³, § 1 Rn. 29: „Wenn Strafe verhängt wird, ist das Kind schon in den Brunnen gefallen“.

4 Vgl. nur *Jakobs*, Strafr-AT², 1. Abschn., Rn. 3 u. *Roxin*, AT I⁴, § 3 Rn. 8.

5 *Freund/Rostalski*, Strafr-AT³, § 1 Rn. 29: „Die Bestrafung des Mörders macht das Opfer nicht wieder lebendig. Durch die Bestrafung des Täters einer Sachbeschädigung wird die zerstörte Vase nicht wieder heil.“

6 So anspruchsvoll wie herausragend die Darstellung bei *Greco*, S. 202 ff., die auch in Zukunft nur schwer zu überbieten sein dürfte. Kürzere Abhandlungen etwa bei *Jakobs*, Strafr-AT², 1. Abschn., Rn. 17 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafr-AT⁵, § 8 II (S. 66 ff.); *Meier*, Sanktionen⁵, 2.1.2 (S. 17 ff.) u. *Roxin*, AT I⁴, § 3 Rn. 2 ff.

7 Siehe etwa *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴, Vor § 38 Rn. 28, der mit Recht bemängelt, dass „die übliche Rede- und Schreibweise von den ‚Strafzwecken‘ und den ‚Straf(zweck)theorien‘ vor dem Hintergrund der Güterschutzaufgabe des Strafrechts „das eigentliche Gemeinte nicht“ treffe. Vielmehr sei die „über ‚Strafzwecke‘ oder ‚Straftheorien‘ geführte Diskussion [...] eine solche über die Wirkungsweise der Kriminalstrafe.“ Herv. im Original durch Fettdruck. Auch *Greco*, S. 203 kritisiert, dass „Begriffe wie Sinn, Zweck, Grund oder Aufgabe ohne nähere Bestimmung ziemlich unverbindlich nebeneinander benutzt“ werden „und auch bei der Diskussion einzelner Lehren, wie der Vergeltungs- oder der Resozialisierungstheorie, [...] keineswegs von vornherein klar“ sei, „was man unter diesen Begriffen zu verstehen“ habe.

8 Siehe *Greco*, S. 354 ff. zum Zweck der Strafandrohung u. S. 420 ff. zum Zweck der Strazzufügung.

9 Die Wiedergabe kann freilich nur in äußerst verkürzter Form erfolgen. Soweit naheliegende Einwände im Folgenden erkannt werden, sei auf die entsprechende Stelle bei *Greco* verwiesen. Gleichwohl führt kaum ein Weg daran vorbei, den ohnehin lesenswerten Gedankengang *Greco*s anhand des Originals nachzuvollziehen.

10 Die Redeweise von einem Endzweck oder einem Zweck erster Ordnung des Strafrechts ist insoweit ungenau, als das Strafrecht seinerseits kein Selbstzweck ist. Viel-

cken).¹¹ Endzweck des Strafrechts bzw. Zweck erster Ordnung ist der – auch hier¹² entwickelte – Schutz von Rechtsgütern durch Deliktsvermeidung.¹³ Das bedeutet, dass auch Sanktionsandrohung und -zufügung als Einzelinstrumente des Strafrechts nur diesem Zweck dienen können.¹⁴ Wenn deshalb nach dem Zweck der Sanktion selbst – sprich: der Sanktion, die im konkreten Einzelfall verhängt und vollstreckt wird – gefragt wird,¹⁵ so kann damit nur ein anderer Zweck, ein solcher zweiter Ordnung gemeint sein. Hier geht es nicht um den „Endzweck, sondern [um den] Weg dahin – die Frage also, ob Rechtsgüter über eine Einwirkung auf die Allgemeinheit oder auf den zu bestrafenden Täter zu schützen sind.“¹⁶ Wer also nach den Zwecken von Sanktionsandrohung und -zufügung fragt, stellt in diesem Sinne die Frage nach den Zwecken zweiter Ordnung.¹⁷

1. Zweck der Sanktionsandrohung

Den Zweck der Strafandrohung sieht *Greco* in der allgemeinen Abschreckung.¹⁸ Dabei ist Abschreckung nicht im psychologischen Sinne *Feuer-*

mehr ist die Deliktsvorbeugung ihrerseits Mittel zum übergeordneten (End-)Zweck der Sozialkontrolle, die – unmittelbar oder mittelbar – ihrerseits Mittel zum (wirklichen) Endzweck der Rechtsordnung selbst ist. Gleichwohl hilft die Unterscheidung u. soll sie – den genannten Vorbehalt vor Augen – im Folgenden beibehalten werden.

11 Diese Terminologie wird bei *Greco*, S. 303 f. eingeführt. Er verweist dabei (Fn. 433) u. a. auf *Roßhirt*, S. 20 f., der seinerseits zwischen (End-)Zweck, Rechtsgrund u. Maßstab der Strafe unterschied. Auch *Appel*, Verfassung u. Strafe, S. 73 sieht die „sogenannten Strafzwecke [...] nicht als eigenständige Ziele, sondern lediglich als Zwischenziele (Mittel) zu dem letztendlichen Ziel des Rechtsgüterschutzes.“

12 Zur Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts als Strafrecht i. w. S. bereits oben § 9 B. III. 2. (S. 300).

13 Vgl. *Greco*, S. 354.

14 Treffend *Appel*, Verfassung u. Strafe, S. 73 m. zahlr. Nw. (Fn. 65 f.) zur Rspr. des BVerfG: „Ist Aufgabe [...] des Strafrechts [...] der Schutz“ von Rechtsgütern, „kann Strafe nicht nur kein Selbstzweck sein“, sondern „darüber hinaus von vornherein [nur] im Dienst des letztendlich angestrebten Rechtsgüterschutzes“ stehen.

15 Siehe statt vieler *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 1: „Von der Aufgabe des Strafrechts [...] ist der Zweck der im konkreten Fall zu verhängenden Strafe zu unterscheiden.“ Zutr. weist auch er darauf hin, dass der Zweck der Strafe „freilich – was oft nicht genügend beachtet wird – immer auf den dahinter stehenden Zweck des Strafrechts bezogen bleiben muss.“

16 *Greco*, S. 354. Ganz in diesem Sinne auch *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴ Vor § 38 Rn. 28.

17 Siehe auch die entsprechenden Abschnittsüberschriften bei *Greco*, S. 354 u. S. 420.

18 Siehe *Greco*, S. 354 ff. mit einem Fazit auf S. 419. Namhafte Mitstreiter für eine auf dem Abschreckungsgedanken u. deshalb der negativen Generalprävention be-

bachs zu verstehen.¹⁹ Es geht nicht darum, durch Erregung von Furcht vor einem künftigen Übel auf die moralische Gesinnung des Täters über Recht und Unrecht einzuwirken. Zwar ist die moralische Gesinnung der Bürger dem staatlichen Zugriff nicht vollends entzogen.²⁰ Wohl aber ist es dem Staat verwehrt, durch den Einsatz von Strafe – als der intensivsten Form des Zwanges – auf sie einzuwirken.²¹ Solange der einzelne Bürger sein Verhalten an den Maßstäben des Rechts ausrichtet, darf er – frei nach *Schillers* Don Carlos²² – moralisch für richtig halten und denken, was er will. Will der Staat mit Zwang auf rechtskonformes Verhalten seiner Bürger hinwirken, so ist er darauf beschränkt, andere Gründe nicht-moralischer Art vorzulegen.²³

Zutreffend ist deshalb der von *Greco* entwickelte funktional-prudentielle Abschreckungsbegriff.²⁴ Abschreckung ist danach die „allgemeine Bekanntmachung von klugheitsbezogenen [...] Gründen für rechtmäßiges Verhalten“. ²⁵ In maximaler Verkürzung geht es um die Bildung der „Maxime [...], das Gesetz aus Klugheit nicht zu verletzen.“²⁶ Der Allgemeinheit – als der Summe potentieller Täter – wird ein Grund (an-)gegeben, sich (nicht) auf eine bestimmte Art und Weise zu verhalten. Nicht die moralische Richtigkeit der gewünschten Verhaltensweise steht im Vordergrund, sondern die Tatsache, dass bei abweichendem Verhalten mit unerwünschten Konsequenzen gerechnet werden muss. Wer sich bezogen auf das Strafrecht unklug – sprich: trotz Androhung des Übels nicht rechtskonform – verhalten will, muss mit „Ärger mit der Polizei“²⁷ oder gar der Zufügung des angedrohten Übels rechnen. Ob

ruhende Strafandrohungstheorie im In- u. Ausland hat er auf S. 354 f. (Fn. 673 ff.) zusammengestellt.

19 *Greco*, S. 356 ff. zu den Gründen, die gegen einen psychologischen Abschreckungsbegriff sprechen.

20 Zweifellos sei es dem Staat erlaubt, durch Plakatwerbung auf die Unzulässigkeit des Schwarzfahrens hinzuweisen, *Greco*, S. 389 f.

21 In aller Deutlichkeit *Greco*, S. 401: „Die Moralität der Bürger geht den Staat nichts an“.

22 3. Akt, 10. Auftritt – Der Marquis von Posa zum König: „Geben Sie Gedankenfreiheit.“

23 Dazu u. zum Vorstehenden *Greco*, S. 357 f.

24 *Greco*, S. 358 f. u. ö.

25 *Greco*, S. 361. Die zitierte Stelle ist im Original kursiv hervorgehoben. Ähnlich auch zuvor auf S. 359.

26 So *E. Klein*, ArchCrimR 2⁴ (1802), S. 56 (111), dem *Greco*, S. 357 „meisterhaft[e] Kürze“ attestiert.

27 Gestützt auf die Alltagserfahrung weist *Greco*, S. 432 darauf hin, „dass schon der Gedanke, ‚Ärger mit der Polizei‘ zu vermeiden, als Klugheitsgrund, keine Straftat zu begehen, häufig genau so stark wirkt wie der Gedanke, Strafe zu vermeiden.“

das erwartete Verhalten dann an den Tag gelegt wird, weil es moralisch für richtig erachtet wird oder weil die unangenehmen Konsequenzen vermieden werden sollen, ist irrelevant.²⁸

Auf Grundlage des so verstandenen Abschreckungsbegriffs lässt sich der Zweck der Strafandrohung leicht erklären:²⁹ Das Strafrecht soll als Endzweck den Schutz von Rechtsgütern erreichen (Güterschutz). Deshalb müssen bestimmte Handlungen, die solche Rechtsgüter verletzen oder gefährden, unterbunden werden (Deliktsvermeidung). Weil die zu diesem Zwecke aufgestellten primären Verhaltensnormen „in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind“,³⁰ nicht von allen und nicht von sich aus eingehalten werden, muss ihnen durch sekundäre Sanktionsnormen Nachdruck verliehen werden. In diesen wird der Allgemeinheit durch die Androhung eines Übels deutlich gemacht, dass es jedenfalls unklug wäre, die aufgestellten Verhaltensregeln zu missachten. Denn durch die Sanktionsnorm wird allgemein bekanntgegeben,³¹ dass auf eine solche Missachtung mit der Zufügung des angedrohten Übels reagiert werden wird. Diese Androhung eines unerwünschten Übels soll – in einem funktionalen Sinne – abschreckend wirken und der Begehung von Delikten vorbeugen.

2. Zweck der Sanktionszufügung

Die Sanktionsandrohung hat danach den Zweck, der Allgemeinheit zu verdeutlichen, dass die Nichteinhaltung der rechtlichen Vorgaben unklug wäre. Dem liegt die nachvollziehbare Erwartung zugrunde, schon die Angabe solcher klugheitsbezogener Gründe werde die Anzahl der begangenen Delikte verringern. Gleichwohl wird es in der menschlichen „Gemeinschaft unvoll-

28 Siehe hierzu u. zum Vorstehenden *Greco*, S. 359.

29 In diesem Absatz wird die Begründung bei *Greco*, S. 362 wiedergegeben. Er hat sie in der Folge gegen alle nur denkbaren empirischen (S. 363 ff.) u. normativen (S. 377 ff.) Einwände verteidigt u. schließlich nachgewiesen (S. 396 ff.), dass auch die positive Generalprävention – als aussichtsreichste straftheoretische Gegenkandidatin der h. M. – kein tauglicher Stafandrohungszweck ist.

30 So *Schultz*, JZ 1966⁴ S. 113 (114), für den Strafe in dieser Gemeinschaft „kein metaphysisches Geschehen, noch ein Verwirklichung der Sittlichkeit, sondern eine bittere Notwendigkeit“ ist.

31 Voraussetzung für die Abschreckungswirkung des Klugheitsappells ist freilich, dass die Sanktionsandrohung allgemein bekannt gemacht wird. Auf diese Notwendigkeit hat *Greco*, S. 360 f. hingewiesen u. darauf gestützt eine „Mahnung an den Staat“ formuliert, „sich um die Bekanntmachung der Gesetze zu bemühen.“

kommener Wesen“³² immer dazu kommen, dass – der Übelsandrohung zum Trotz – Delikte begangen werden.³³ Das führt zu der Frage, ob und weshalb in diesen Fällen das angedrohte Übel auch tatsächlich zugefügt werden soll.³⁴

Die Antwort ist seit *Feuerbach* so überzeugend wie einfach.³⁵ Das Übel muss im Einzelfall zugefügt werden, schon um deutlich zu machen, dass man es mit der Androhung im Allgemeinen ernst gemeint hat und auch künftig ernst meinen wird. Die Übelszufügung beweist insoweit die Wirklichkeit der Übelsandrohung.³⁶

Die Gegenprobe verdeutlicht dies:³⁷ Würde das für den Fall der Zuwiderhandlung angedrohte Übel im Falle der Zuwiderhandlung nicht zugefügt, so würde sich die Androhung als leere Drohung erweisen. Das Versprechen, auf unerwünschtes Verhalten mit unerwünschten Konsequenzen zu reagieren, würde nicht eingehalten. Schon die Alltagserfahrung lehrt, was geschieht, wenn Versprechen wiederholt nicht eingehalten und die Androhung von Konsequenzen sich wiederholt als leere Drohung erweist. Langsam aber sicher wird sich erst die Erkenntnis und später die Gewissheit durchsetzen, dass es

32 *Schultz*, JZ 1966⁴ S. 113 (114).

33 Den naheliegenden Einwand, wegen der tatsächlichen Begehung von Delikten trotz Sanktionsandrohung ließe sich die Abschreckungswirkung empirisch widerlegen, hat *Greco*, S. 372 ff. überzeugend u. erschöpfend entkräftet.

34 Diese Fragen stellt u. beantwortet *Greco*, S. 420 f.

35 In seinen eigenen Worten *Feuerbach*, Revision I, S. 50: „Damit die Drohung des Gesetzes eine wirkliche Drohung sey; so muß sie, wenn der bedingte Fall eintritt, wirklich ausgeführt, das Uebel wirklich vollzogen werden.“ Ähnlich auch in: *Anti-Hobbes*, S. 226. Ausf. Auswertung der Originaltexte m. zahlr. Nw. bei *Greco*, S. 45 f.

36 Siehe *Greco*, S. 421, der den so verstandenen Zweck der Strafzufügung erschöpfend u. überzeugend gegen alle denkbaren empirischen Einwände verteidigt hat (S. 421 ff.). Darüber hinaus konnte er ebenso überzeugend zeigen, dass sich die Zufügung des Sanktions Übels nicht mit den spezialpräventiven Zwecken von Besserung u. Resozialisierung (S. 435 ff.) oder der Unschädlichmachung (S. 449 ff.), noch mit der positiven Generalprävention (S. 453 ff.), noch mit einer wie auch immer verstandenen Vergeltung (S. 458 ff.) begründen lässt. Die Ablehnung dieser Theorien als normative Rechtfertigung der Strafe bedeutet freilich nicht, „dass sie nicht als deskriptive Theorie der Beschreibung und Erklärung der Strafe funktionieren können“, *Greco*, S. 458 zur positiven Generalprävention.

37 Siehe – auch zum Folgenden – *Greco*, S. 420. Ganz in diesem Sinne auch *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (461): Wenn „der abstrakten Mißbilligung durch das Gesetz und dem konkreten sozial-ethischen Unwerturteil nicht wenigstens im Regelfall das persönliche Strafübel folgt, müssen Zweifel an Ernst und Endgültigkeit der Strafe die Verbindlichkeit der Norm [...] gefährden.“ Zust. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴ S. 145 (149).

mit dem Versprochenen und der Bereitschaft zur tatsächlichen Übelszufügung nicht allzu weit her ist.

Wird die Übelsandrohung aber als zahnloser Tiger wahrgenommen, weil mit dem angedrohten Übel nicht wirklich zu rechnen ist, so hätte das fatale Auswirkungen: Die leere Drohung mit einem Übel wäre kein klugheitsbezogener Grund mehr, die primäre Verhaltensnorm einzuhalten. Denn so klug es sein mag, zur Vermeidung eines wirklich zu befürchtenden Übels auf einen rechtswidrigen Sondervorteil zu verzichten, so unklug wäre dieser Verzicht, wenn das angedrohte Übel mit Sicherheit nicht zugefügt wird. Der – konstante³⁸ – Verzicht auf Übelszufügung würde deshalb die Abschreckungswirkung der Sanktionsandrohung abschwächen, wenn nicht gar zunichte machen.

3. Zusammenspiel von Androhung und Zufügung

Kurzum: Die Übelsandrohung will verdeutlichen, dass es unklug wäre, künftig gegen die Verhaltensnorm zu verstoßen. Dann muss die Gelegenheit des begangenen Verhaltensnormverstoßes genutzt werden, um durch die Zufügung des Übels zu zeigen, dass das konkrete Verhalten tatsächlich unklug war. Die Zufügung des Übels ist damit das Rückgrat der Übelsandrohung. Es wird zugefügt, um die Zwecke zu *bewirken*, die mit seiner Androhung *verfolgt* werden.³⁹

Anm. 7.12: Der so verstandene Zweck der Sanktionszufügung dürfte auch dann anschlussfähig sein, wenn man den Zweck der Übelsandrohung nicht in der negativen, sondern der positiven Generalprävention erblicken oder einer wie auch immer gearteten Vereinigungstheorie den Vorzug geben mag. Worin auch immer der Zweck der Androhung besteht: Er wird verfehlt, wenn die Übelsandrohung mangels Übelszufügung eine leere Drohung bleibt.⁴⁰ Differenzen hinsichtlich der zugrundeliegenden Straftheorie dürften deshalb vorwiegend die Ebene der Sanktionsandrohung, nicht aber der – für die Regressfrage letztlich entscheidenden – Sanktionszufügung betreffen.

38 Die naheliegenden Einwände, dass es zur Gewährleistung der Abschreckungswirkung genügen würde, die Sanktion nicht immer, sondern nur gelegentlich zuzufügen, u. dass die Unmöglichkeit der Ahndung in den Dunkelziffer-Fällen die Abschreckungswirkung empirisch widerlegen müsste, hat *Greco*, S. 421 ff. u. S. 425 ff. aufgegriffen u. erschöpfend entkräftet.

39 Vgl. *Geiger*, S. 28.

40 Vgl. die Einschätzung bei *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (461), „daß jeder denkbar legitime Strafzweck empfindlich litte, wenn nach dem Urteil nichts mehr dafür bürgte, daß den Verurteilten die Strafe höchstpersönlich trifft.“

III. Prävention durch Repression

Damit lässt sich auch die oben aufgeworfene Frage beantworten. Die nachträgliche Übelszufügung kann sehr wohl zu dem logisch nur vorbeugend denkbaren Güterschutz beitragen. Das erfordert das ineinandergreifende Zusammenspiel von Verhaltens- und Sanktionsnorm, sowie bei letzterer das ineinandergreifende Zusammenspiel von (proaktiver) Androhung und (reaktiver) Zufügung des Sanktionsübels.

Die primäre Verhaltensnorm will Rechtsgüter schützen, indem sie (proaktiv) güterschützende Ge- und Verbote aufstellt. Damit diese primären Verhaltensnormen Beachtung finden, werden sie durch sekundäre Sanktionsnormen abgesichert. Im Falle des Strafrechts im weiteren Sinne drohen diese (proaktiv) an, dass auf den künftigen Verhaltensnormverstoß mit der Zufügung eines Übels reagiert wird. Diese Androhung soll verdeutlichen, dass es unklug wäre, die Verhaltensnorm nicht einzuhalten. Wird gleichwohl gegen ein Verhaltensverbot verstoßen, so muss die Rechtsordnung Farbe bekennen: Das Übel muss nachträglich (reaktiv) zugefügt werden, um zu beweisen, dass der begangene Verstoß tatsächlich unklug war. Damit wird durch die Zufügung eines nachträglichen und zurückschauenden Übels verdeutlicht, dass die vorausschauende und vor Begehung der Tat ausgesprochene Übelsandrohung tatsächlich ernst gemeint war und ist. Die Übelszufügung stärkt folglich den Glauben in die Wirklichkeit der Übelsandrohung. Die Zufügung des Übels im Einzelfall verleiht der Androhung des Übels im Allgemeinen den Biss, der nötig ist, damit die Übelsandrohung der primären Verhaltensnorm Nachdruck verleihen kann. Auf diesem Wege trägt die nachträgliche Übelszufügung zum vorbeugenden Güterschutz bei.

D. Ergebnis

Die Aufgabe des Ordnungswidrigkeitenrechts besteht demnach im subsidiären Schutz von Rechtsgütern. Es kommt zum Einsatz, wenn und soweit sich der Güterschutz nicht mit weniger eingriffsintensiven gesetzgeberischen Instrumenten gewährleisten lässt. Die Bewehrung einer Verhaltensnorm mit einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsnorm – sprich: einer solchen, die Ahndung mit Geldbuße androht – ist danach das Reaktionsmittel für menschliches Fehlverhalten, dem wegen seiner Gefährlichkeit für das geschützte Rechtsgut zum Schutz der öffentlichen Ordnung mit einer hoheitlichen reaktiv-retrospektiven und trans-restitutiven Sanktion begegnet

werden muss, ohne dass es den hohen Grad an Verwerflichkeit aufweisen würde, der eine Kriminalstrafe erfordern würde oder wenigstens rechtfertigen könnte.⁴¹

Die Wirkungsweise des Ordnungswidrigkeitenrechts beruht auf dem ineinandergreifenden Zusammenspiel zweier Normensysteme, von denen das Ordnungswidrigkeitenrecht die sekundäre Ebene betrifft. Die Verhaltensnormen des primären Normsystems legen fest, welche Rechtsgüter geschützt werden sollen, indem sie gewisse Verhaltensweisen ge- oder verbieten. Zur Einhaltung dieser primären Ordnung drohen die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsnormen für den Fall der Zuwiderhandlung die Ahndung mit einer Geldbuße an. Der Allgemeinheit soll verdeutlicht werden, dass der Verstoß gegen die Verhaltensnorm unklug wäre, weil dann mit dem unerwünschten und zwangsweise auferlegten Übel der Geldbuße gerechnet werden muss. Damit sich diese Androhung nicht als leere Drohung erweist, muss das angedrohte Übel im Fall der Zuwiderhandlung tatsächlich auch zugefügt werden. Die zurückschlagende Übelszufügung verdeutlicht insoweit die Wirklichkeit der Übelsandrohung. Am Beispiel des einzelnen Täters wird ein Exempel statuiert, um zu zeigen, dass man es mit der Sanktionsnorm ernst meint. Es wird der Nachweis erbracht, dass der begangene Verhaltensnormverstoß tatsächlich unklug war und künftig sein wird, weil das angedrohte Übel auf dem Fuße folgt. In diesem Sinne bewirkt die nachträgliche Übelszufügung präventiven Güterschutz, weil sie die Abschreckungswirkung der Sanktionsandrohung gewährleistet, die ihrerseits der Einhaltung der primären Verhaltensnormen den nötigen Nachdruck verleiht. Kurzum: Die Zufügung des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsübels durch Vollstreckung der Geldbuße bewirkt präventiven Güterschutz durch Repression.

41 In Anlehnung an *Jescheck/Weigend*, *StrafR-AT*⁵, § 7 V 3 b) (S. 58 f.), die damit Ordnungswidrigkeiten von Straftaten abgrenzen.