

Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung

Ivó Coca-Vila, Barcelona & Freiburg

Seit einigen Jahren stellt eine bedeutende und wachsende Zahl von Stimmen in der Literatur die klassischen kriminalpolitischen Ambitionen der Strafrechtswissenschaft in Frage. Deren Bemühungen, einen materiellen Verbrechensbegriff zu entwickeln, um dem Gesetzgeber Grenzen zu setzen, würde von einem radikalen Mangel an demokratischer Sensibilität zeugen. Ziel meines Beitrages ist es zu zeigen, dass die Kritik auf einem Missverständnis der Ansprüche der wissenschaftlichen Kriminalpolitik beruht und dass die Strafrechtswissenschaft weiterhin die Legitimität von Strafgesetzen jenseits verfassungsrechtlicher Grenzen hinterfragen sollte. Damit maßen sich die Strafrechtswissenschaftler nicht eine Macht an, die ihnen nicht zusteht, sondern leisten einen entscheidenden Beitrag zur demokratischen Praxis der Strafgesetzgebung.

I. Einleitung

Herkömmlich hat sich die Strafrechtswissenschaft auf drei Hauptaufgaben konzentriert: erstens auf die Pflege der Rechtsdogmatik, das heißt auf die Erfassung und Auslegung von geltenden Gesetzesrestexten sowie gerichtlichen Entscheidungen, also auf die hermeneutische Arbeit. Zweitens umfasst die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft auch die materielle Grundlagenforschung, etwa die Ausarbeitung von Theorien der Allgemeinen Verbrechenslehre und der Funktion von Strafe. Schließlich – und im Gegensatz zu sonstigen rechtswissenschaftlichen Disziplinen – hat sich die Strafrechtswissenschaft intensiv auch der Rechtspolitik gewidmet. Dabei geht es um die Suche nach materiellen, dem Strafgesetzbuch vorgelagerten Kriterien, um zu bestimmen, wie ein Verhalten beschaffen sein muss, damit der Staat berechtigt ist, es unter Strafe zu stellen.¹ Die Entwicklung des sogenannten

1 Vgl. z. B. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2020, § 2 Rn. 1 (zitiert als: Roxin/Greco, StrafR AT I); Robles Planas, Zur Dogmatik der Kriminalpolitik, in:

„materiellen Unrechtsbegriffs“ – man denke im deutschsprachigen Diskussionsraum vor allem an den Rechtsgutsbegriff – wie auch komplementärer, einschränkender Prinzipien des *ius puniendi* (zum Beispiel des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes) ist das Produkt der von der Strafrechtswissenschaft betriebenen Bemühungen zur Bestimmung der inhaltlichen Qualität strafbaren Handelns.

Dem Anspruch, dem Gesetzgeber einen kriminalpolitischen, also metarechtlichen Maßstab dafür an die Hand zu geben, was er bestrafen darf und was straflos bleiben soll, liegt das Anliegen der Strafrechtswissenschaft zugrunde, die Grenzen der Strafgesetzgebung so eng wie möglich zu setzen.² Im Gegensatz zu anderen Rechtswissenschaftlern geht der Strafrechtler traditionell in der Regel davon aus, dass die Strafe immer ein (qualitativ besonderes) Übel ist,³ das erhebliche Legitimationsbemühungen erfordert⁴ – nicht nur wegen seiner rechtsverletzenden Kraft in faktischer Hinsicht, sondern auch wegen seiner damit verbundenen stigmatisierenden Wirkung.⁵ Wegen des massiven (stigmatisierenden) Grundrechtseingriffs, den eine Strafe mit sich bringt, ergibt sich die Notwendigkeit, diese erst beim Vorliegen besonders anspruchsvoller Bedingungen anzudrohen und zuzufügen. Genau der Feststellung dieser Bedingungen sollte sich die Strafrechtswissenschaft in ihrer kriminalpolitischen Aufgabe widmen.⁶

Freund et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin, 2013, S. 115 f. (zitiert als: *Robles Planas*, in: FS Frisch).

- 2 Siehe z.B. Vormbaum, „Politisches“ Strafrecht, ZStW 1995, 744 f., 747: die Kriminalwissenschaft als „Strafbegrenzungswissenschaft“, die „gegenüber staatlicher Dispositionsfreiheit über das Strafrecht einen Gegenpol bilden [sollte].“
- 3 Siehe nur Schünemann, Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Tübingen, 2021, S. 259, 269: „Denn das staatliche Reaktionsmittel der Strafe ist im Kern unverhältnismäßig.“
- 4 So *Robles Planas*, Das Wesen der Strafrechtsdogmatik, ZIS 2010, 357, 363, 365: Die Legitimitätsfrage sei für die Strafrechtsdogmatik spezifisch und identitätsstiftend.
- 5 Zur Kriminalstrafe als sozialethischem Vorwurf siehe Frisch, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NSZ 2016, 16, 19; Silva Sánchez, Tadel als *public policy*? Der strafrechtliche Vorwurf und die Arten von Straftaten, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Festschrift für Cornelius Prittowitz, Baden-Baden, 2023, S. 193: „[D]as Strafrecht [ist] nicht nur ein scharfes, verletzendes Schwert [...], sondern auch und vor allem ein glühendes Eisen, das denjenigen, die es trifft, das Zeichen der Schande aufdrückt.“
- 6 Siehe dazu Roxin/Greco, StrafR AT I, § 2 Rn. 1. Ähnlich Noltenius, Strafbegründung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Jaeckel/Zabel/Zimmermann (Hrsg.), Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft, Tübingen, 2015, S. 93, 102 f. Dass ein wichtiger Teil der modernen wissenschaftlichen Kriminalpolitik eher pönalisierungsfordernd ist, wird allerdings gezeigt bei Kölbel, Die dunkle Seite des Strafrechts. Eine

Seit einigen Jahren stellt jedoch eine bedeutende und wachsende Zahl von Stimmen in der Literatur die kriminalpolitische Arbeit der Strafrechtswissenschaft als Ganzes in Frage. Die Kritik setzt auf zwei Ebenen an. Auf der einen Seite werden die praktischen Ergebnisse der wissenschaftlichen Kriminalpolitik in Abrede gestellt: Weder der Rechtsgutsbegriff noch andere Begrenzungskonzepte wie das *Ultima-Ratio*-Prinzip seien in der Lage, die quantitative Expansion und qualitative Degradiierung des Strafrechts einzudämmen.⁷ Die wichtigsten Errungenschaften der Rechtsgütertheorie, etwa die Entkriminalisierung großer Teile des Sexualstrafrechts, seien in Wirklichkeit auf eine Veränderung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen.⁸ Noch mehr: Die heutige Strafrechtswissenschaft – *Kubiciel* zufolge – verfüge „nicht über ein Theorierepertoire, mit dessen Hilfe sie die Gesetzgebung anleiten könnte“⁹ Ihre Bemühungen, so *Burchard*, seien sogar kontraproduktiv: Argumente der Strafrechtslimitation mutieren zum Motor der Strafrechtsexpansion.¹⁰ Dieses praktisches Versagen habe darüber hinaus dazu geführt, dass die Strafrechtswissenschaft sich zunehmend in ihren Elfenbeinturm zurückgezogen habe und sich in der Regel damit begnüge, eine dauerhafte Fundamentalkritik gegen die

kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik, NK 2019, 249, 254 f.

- 7 So z. B. *Kubiciel/Weigend*, Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik, KriPoZ 2019, 35; *Walter*, Die Vergeltungsidée als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, 649, 651 f.; *Jahn/Brodowski*, Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, ZStW 2017, 363. Grundlegend dazu bereits *Silva Sánchez*, Die Expansion des Strafrechts, Frankfurt a.M., 2003 (zitiert als: *Silva Sánchez*, Expansion).
- 8 Eingehend *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, Tübingen, 2012, S. 135 (zitiert als: *Pawlik*, Unrecht); *Frisch*, NStZ 2016, 16, 22; *Stuckenberg*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 2017, 349, 361.
- 9 *Kubiciel*, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, JZ 2018, 171, 173. Ähnlich *Stuckenberg*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, 653, 659. Dass der Einfluss der Strafrechtswissenschaft auf die Strafgesetzgebung gering ist, wird auch von *Kölbl*, NK 2019, 249, 251, festgestellt.
- 10 So *Burchard*, Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion, in: *Kuhli/Ascholt* (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, Baden-Baden, 2017, S. 21, 26 ff., 28 ff.; *ders.*, Criminal Law Exceptionalism as an Affirmative Ideology, and its Expansionist Discontents, Criminal Law and Philosophy 2021, 17, 21.

Irrationalität des „modernen Strafrechts“ zu formulieren, der es aber an jeglicher Fähigkeit mangle, den heutigen Gesetzgeber zu beeinflussen.¹¹

Auf der anderen Seite propagieren zahlreiche Kritiker seit einigen Jahren einen noch grundsätzlicheren, zweiten Einwand gegen die traditionell von der Strafrechtswissenschaft gepflegte Kriminalpolitik. Ihre Bemühungen, mithilfe eines materiellen Verbrechensbegriffs dem Gesetzgeber Grenzen zu setzen, zeugten von einem radikalen Mangel an demokratischer Sensibilität.¹² Der Mainstream der deutschen Strafrechtstheorie, so Gärditz, fremde „oft mit herkömmlichen Formen demokratischer Zweckhaftigkeit: mit inhaltlicher Kontingenz, mit gesellschaftlicher Instrumentalität und mit der Gestaltbarkeit durch Mehrheiten“.¹³ Im Rahmen eines demokratischen Staates sei es aber Sache des Volkes (oder ihrer demokratisch gewählten Vertreter), die im Wesentlichen politische Frage zu entscheiden, was kriminalisiert werden sollte – und nicht die einer „aristokratischen Wissenschaft“¹⁴ die höchst arrogant immer noch glaube, eine „strafrechtspolitische

-
- 11 In diesem Sinne Kubiciel, JZ 2018, 171, 177; ders., Die Strafrechtswissenschaft als kritische Wissenschaft, in: Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München, 2018, S. 143, 150 f. (zitiert als: Kubiciel, in: FS Fischer); ders., Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, Frankfurt a.M., 2013, S. 16 f.; Höffler, „Evidence based“ Kriminalpolitik?, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Baden-Baden, 2018, S. 225, 230 f. Fn. 32; Gärditz, Juristenkultur(en), Politik und demokratische Herrschaftsform, in: Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München, 2018, S. 963, 974 (zitiert als: Gärditz, in: FS Fischer); Hörnle, Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen, 2018, S. 220 f.
- 12 Dazu frühzeitig Appel, Verfassung und Strafe, Berlin, 1998, S. 329; Vogel, Europäische Kriminalpolitik europäische Grundrechtsdogmatik, GA 2002, 517, 534; Donini, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform, Berlin, 2006, S. 11 ff.; Stratenwerth, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Knut Ameling zum 70. Geburtstag, Berlin, 2009, S. 355, 363. Ebenso Stuckenberg, ZStW 2017, 349, 349; ders., GA 2011, 653, 659; Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 2010, 331, 334 ff., 351 ff.; ders., Staat und Strafrechtspflege, Paderborn, 2015, S. 39 ff.; ders., Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, 641, 648 f.; Pawlik, Unrecht, S. 102 ff.; ders., Normbestätigung und Identitätsbalance, Baden-Baden, 2017, S. 42 f. (zitiert als: Pawlik, Normbestätigung); Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrechts?, ZStW 2015, 616, 618 ff.; Burchard, Strafverfassungsrecht: Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Baden-Baden, 2016, S. 27, 41 ff.; Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, Tübingen, 2017, S. 116 f.
- 13 Gärditz, Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen, 2022, S. 15, 22.
- 14 Donini, S. 7 f.

Wahrheit“ besser zu kennen. Als Modus der Politik, so *Vogel*, sollte die Kriminalpolitik nicht Gegenstand strafrechtswissenschaftlicher Behandlung sein.¹⁵

Ziel meines Beitrages ist es, zu zeigen, dass die „demokratisierende Kritik“ sowie das sich daraus ergebende Verständnis der Rolle der Strafrechtswissenschaft bei der Gesetzgebung in ihrem Kern unberechtigt ist. Die Kritik beruht auf einem Missverständnis der Leistungsfähigkeit und der Ansprüche der wissenschaftlichen Kriminalpolitik. Die aktuelle Diskussion läuft aus meiner Sicht Gefahr, zu einer Diskussion über ein Scheinproblem zu werden. Wie ich im Folgenden zeigen werde, soll es auch innerhalb eines demokratischen Rechtssystems Platz für eine Strafrechtswissenschaft geben, die sich weiterhin mit den vorpositiven (sogar aus einer vorkonstitutionellen Zeit übertragenen) Legitimationsbedingungen des materiellen Strafrechts beschäftigt und diese prominent in den Gesetzgebungsprozess einbindet.

Zu diesem Zweck habe ich meinen Aufsatz in drei Teile gegliedert. Im anschließenden zweiten Teil (II) werde ich den sogenannten „demokratisierenden Ansatz“ im Detail darlegen. Auf der Grundlage eines absoluten Werterativismus bzw. -nihilismus und eines streng formalistischen Demokratiebegriffs (1) zielt er darauf ab, Kriminalisierungsentscheidungen auf das – von materiellen Gründen befreite – Spiel der Politik zu reduzieren (2). Im dritten Teil (III) werde ich erörtern, warum diese Kritik zwar zu Recht einige Schwächen der klassischen Kriminalwissenschaft aufgezeigt hat (1), im Ergebnis aber unzutreffend ist. Weder führt der Pluralismus der heutigen Gesellschaft zwangsläufig zu einem absoluten Werterativismus bei Kriminalisierungsfragen, noch ist es überzeugend, die Demokratie auf einen bloßen Akt der Mehrheitsmacht reduzieren zu wollen (2). Auch wenn der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, sich an strafrechtswissenschaftliche Konzepte zu halten, nur weil sie gut begründet oder zwischen Strafrechtslehrern gut vertreten sind, kann und soll die wissenschaftliche Kriminalpolitik – auch bei wertenden Fragen – eine wichtige Rolle spielen (3). Der Beitrag schließt mit einem knappen Ausblick (IV).

15 So *Vogel*, Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft – Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre, in: Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001, S. 105 Fn. 2 (zitiert als: *Vogel*, in: FS Roxin). Tendenziell auch *Burchard*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), S. 35 f.; *Wilfert*, S. 174.