

# Punitivität und Rechtsgutslehre

## Skeptische Anmerkungen zu einigen Leitbegriffen der heutigen Strafrechtstheorie

Eric Hilgendorf

### I. Einleitung

In den rechtspolitischen Debatten der letzten Jahre stößt man häufig auf den Vorwurf überzogener „Punitivität“.<sup>1</sup> Er richtet sich gegen Personen oder Gruppen von Personen sowie gegen Institutionen (wie den parlamentarischen Gesetzgeber), wird aber auch verwendet, um bestimmte (echte oder bloß vermeintliche) Trends in der Strafgesetzgebung, Strafzumessung oder dem Strafvollzug zu kennzeichnen. Richtet er sich gegen Personen, so zielt der Vorwurf der Punitivität auf ein nach Meinung des Sprechers überzogenes Strafbedürfnis bzw. auf die Forderung nach Schaffung neuer, als überflüssig eingestufte Straftatbestände. Bezieht er sich auf Trends der Gesetzgebung, der Strafzumessung oder des Strafvollzugs, so sind damit in aller Regel Tendenzen in Richtung auf „zu viel Strafrecht“ oder „zu harten Strafen“ gemeint. Die Rede von „Punitivität“, „punitiver Gesinnung“ oder einer „punitiven Gesetzgebung“ ist, wie das Gesagte schon andeutet, über den klar erkennbaren negativen Wertakzent hinaus meist eher vage, so dass unklar bleibt, was genau als „punitiv“ missbilligt wird, was mit diesem Vorwurf ausgedrückt werden soll und worauf sich die negative Wertung stützt.<sup>2</sup>

Die Debatten um Punitivität sind eng verknüpft mit den Diskussionen um die besonderen Erscheinungsformen des „modernen Strafrechts“, dem Kritiker vorwerfen, seine rechtstaatlichen Bindungen zunehmend abzustreifen und sich hin zu einem „Sicherheitsstrafrecht“, verstanden als Teil eines umfassenden, präventiv ausgerichteten Sicherheitsrechts zu entwickeln.<sup>3</sup> Kennzeichen eines in diesem Sinne „modernen Strafrechts“ sollen sein: die Ausweitung des Strafrechts in immer neue Bereiche, also Neukriminalisierung statt Entkriminalisierung, ferner die Flexibilisierung traditioneller rechtstaatlicher Bindungen (wie der Wortlautgrenze, des Analogieverbots, der juristischen Argumentationsstandards), die Abkehr vom ultima-ratio-Prinzip, die Schaffung weiter, ausdeutungsfähiger neuer Rechtsgüter, insbesondere Universalrechts-güter, eine umfassende Vorfeldkriminalisie-

rung durch Erfassung von Versuchs- und Vorbereitungshandlungen, aber auch durch die weit ausgreifende Einführung von konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten, schließlich die Abschwächung der Trennung zwischen Straf- und Polizeirecht durch einseitige Betonung der präventiven Strafzwecke.<sup>4</sup>

Es besteht kein Zweifel, dass die meisten der aufgezeigten Entwicklungen tatsächlich stattfinden. Feststellbar ist insbesondere eine deutliche Ausweitung des materiellen Strafrechts in Deutschland spätestens seit Anfang der 80er Jahre.<sup>5</sup> Freilich ist es fraglich, ob ein vom skizzierten Modell des „modernen Strafrechts“ unterscheidbares „klassisches Kernstrafrecht“ jemals existiert hat oder ob es sich nicht bloß um eine Fiktion handelt. Für ein Ausgreifen des Gesetzgebers spricht, dass infolge der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung neue Formen sozial-schädlichen Verhaltens entstanden sind, deren strafrechtliche Regelung zumindest nicht von vornherein abwegig erscheint.<sup>6</sup> In diesen Zusammenhang gehören etwa Umwelt- und Computerdelikte sowie die Finanzmarktkriminalität. Hinzu kommt, dass für ein Ausgreifen des Strafgesetzgebers über „klassische“ Deliktgruppen wie Körperverletzung und Tötung hinaus in den Bereich des „white-collar-crime“ auch Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und sozialen Gleichheit sprechen können.<sup>7</sup> Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die Flexibilisierung rechtsstaatlicher Bindungen und die Verwischung von Straf- und Polizeirecht in einem weit ausgreifenden „Sicherheitsrecht“ freiheitsgefährdend ist.<sup>8</sup> Punitive Tendenzen in der Gesetzgebung verdienen deshalb auch dann Aufmerksamkeit, wenn man das Ausgreifen des Strafrechts nicht per se für verwerflich hält.

In der kriminologischen Literatur finden sich unterschiedliche Umschreibungen von „Punitivität“. *Lautmann* und *Klimke* unterscheiden folgende Bedeutungsebenen: „Punitiv“ im Wortsinne“ verhalte sich „eine Person oder Institution, welche das Handeln einer anderen Person oder Institution unter normativen Gesichtspunkten als vom Nor-

malen abweichend bezeichnet und sich für eine negative Sanktion ausspricht.“<sup>9</sup> „Punitivität“ definieren sie demgemäß als „die verallgemeinerte Haltung oder Tendenz, mit belastenden Sanktionen auf wahrgenommene Normabweichungen zu reagieren.“<sup>10</sup> Für die Kriminaltheorie geben *Lautmann* und *Klimke* einer engeren Begriffsverwendung den Vorzug: Der „Begriff des Punitiven“ verweise „auf die Tendenz, vergeltende Sanktionen vorzuziehen und versöhnende zu vernachlässigen“. Die Autoren sprechen auch von einem „Kontinuum punitiv – permissiv“.<sup>11</sup>

Es wurde vorgeschlagen, drei Dimensionen von Punitivität zu unterscheiden: die Strafmoralität bzw. das Strafbedürfnis einzelner Personen, Punitivität im gesamtgesellschaftlichen Diskurs, v.a. in den Medien, und Punitivität im Handeln des Justizapparates. Dementsprechend lässt sich von individueller, gesellschaftlicher und justizieller Punitivität sprechen.<sup>12</sup> Als zusätzliche Perspektive sollte ein Phänomen berücksichtigt werden, das man als „legislative Punitivität“<sup>13</sup> bezeichnen könnte. Gemeint damit ist eine übertriebene Strafneigung oder gar Straflust<sup>14</sup> des Staates, die sich im Erlass neuer Strafbestimmungen ausdrückt.

Eine in diesem Sinne „übertriebene“ und damit unangemessen punitive Strafnorm wäre etwa eine neue Bestimmung, die das Ausspucken auf öffentlichen Straßen und Plätzen mit hoher Freiheitsstrafe bedrohte. Wegen des Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre eine derartige Norm wohl sogar als verfassungswidrig einzustufen. Nicht alle Fälle sind jedoch so eindeutig. Gerade im Kontext neuer Techniken neigt der Gesetzgeber dazu, relativ rasch Strafrecht als Ordnungsmittel einzusetzen, ohne dass die dafür vorgebrachten Gründe stets ohne Weiteres von vornherein von der Hand zu weisen sind. In diesen Zusammenhang gehört etwa der neue § 202c StGB, aber auch schon das Embryonenschutzgesetz aus dem Jahr 1990, welches Klonierungstechniken unter Strafe stellte, die zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht durchführbar waren.<sup>15</sup> Ein anderes Beispiel bil-

det § 13 des Stammzellgesetzes, der bloßes Verwaltungsunrecht unter Strafe stellt. Auch das strafbewehrte Verbot der Holo-kaustleugnung (§ 130 Abs. 4 StGB) und das Verbot des Insiderhandels (§ 14 i.V.m. § 38 WPHG) werden von manchen als Ausdruck überzogener Punitivität gedeutet.

De lege ferenda könnten als punitiv eingestuft werden etwa der (alte) Ruf nach einer Pönalisierung nicht nur des vorsätzlichen, sondern auch des fahrlässigen Schwangerschaftsabbruchs oder nach einer Bestrafung von Körperverletzungen, die vorsätzlich oder fahrlässig an werdendem menschlichen Leben im Mutterleib verübt werden. Beispiele aus dem Bereich des Internet sind die Forderung einer neuen Qualifikation des § 185 StGB für Beleidigungen im Internet, nach einer besonderen Strafnorm für das „phishing“ oder für das Anbahnen sexueller Kontakte mit Minderjährigen im Internet, schließlich der Gedanke an die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für Internetnutzer, die ein Minimum an Selbstschutzmaßnahmen unterlassen und so die Verbreitung von Schadsoftware im Internet erst ermöglichen. Wie die letzten Beispiele zeigen, liegt der Vorwurf der Punitivität besonders im Kontext der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung neuer Technologien nahe.

In allen diesen Fällen lautet die entscheidende Frage: Gibt es eine feste Grenze für die legitime Ausübung der staatlichen Strafgewalt? Wo wandelt sich sinnvoller und gerechtfertigter Rechtsgüterschutz zu unangemessener „Punitivität“? Bemerkenswerterweise scheint es dazu bislang keine klar ausgearbeiteten Konzepte zu geben. Im Folgenden soll es nicht um den empirischen Nachweis oder die Widerlegung punitiver Tendenzen gehen,<sup>16</sup> ebenso wenig um die Frage nach der Entstehung punitivistischer Haltungen.<sup>17</sup> Im Mittelpunkt soll vielmehr das Problem stehen, ob und ggf. wie sich aus der Perspektive des materiellen Strafrechts punitiv von nicht punitiven Strafbestimmungen eindeutig abgrenzen lassen.

## II. Wo liegt die Grenze zwischen einer „punitiven“ und einer „nicht-punitiven“ Strafgesetzgebung? – Ein Ausflug in die Strafrechtsphilosophie

Die Frage nach einer Grenzziehung zwischen „angemessenen“ und „punitiven“ Strafgesetzen und Strafen zielt auf die Möglichkeit einer rationalen Begrenzung der staatlichen Strafgewalt. Es ist bemerkenswert,

dass diese Problemstellung in der deutschen Strafrechtstheorie bislang kaum umfassend und systematisch behandelt wurde;<sup>18</sup> die einschlägigen Probleme wurden vor allem im Rahmen der Auseinandersetzung um die Möglichkeit einer strafbarkeitsbegrenzenden Rechtsgutskonzeption<sup>19</sup> angesprochen. Zu Recht hat *Roxin* darauf hingewiesen, dass auch das deutsche Bundesverfassungsgericht bislang „für eine Begrenzung der staatlichen Strafgewalt kein Konzept entwickelt hat“.<sup>20</sup> In dieser Situation liegt es nahe, zunächst einen Blick über den Tellerrand der Rechtswissenschaft hinaus in die praktische Philosophie zu werfen, wo Fragen der Begrenzung der staatlichen Gewalt schon lange diskutiert werden.

Ein erster Ansatzpunkt zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt könnte in vertragstheoretischen Überlegungen zur Legitimation des Staates gesehen werden. Nach dem der Staatsphilosophie der frühen Neuzeit entstammenden Vertragsmodell überträgt das Volk dem Staat seine ursprünglichen Rechte (darunter auch die Strafgewalt), weil nur der Staat die Interessen des Volkes wirkungsvoll schützen kann. Sobald der Staat darüber hinausgeht, handelt er illegitim und verstößt (nach neuerer Terminologie) gegen das Übermaßverbot.<sup>21</sup>

Es handelt sich beim Vertragsmodell um eine Fiktion, die erdacht wurde, um die Staatsmacht einerseits zu legitimieren, andererseits aber auch zu begrenzen.<sup>22</sup> Das Schwerkgewicht liegt bald auf der einen, bald auf der anderen Seite des Vertragsmodells, welches sich daher nicht ohne weiteres einem liberalen Staatsverständnis zuordnen lässt. *Thomas Hobbes*, einer seiner Hauptvertreter, konstruierte bekanntlich auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags den Staat als allmächtigen Leviathan.<sup>23</sup> Zwischen dem Vertragsmodell und der Vorstellung einer Begrenzung der staatlichen Strafgewalt auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter besteht geistesgeschichtlich kein zwingender Zusammenhang. In seinen liberalen Varianten (z.B. der von *John Locke*<sup>24</sup>) wird man das Vertragsmodell zwar so deuten können, dass die Strafgewalt des Staates auf den Schutz der Interessen des Volkes beschränkt ist. Der Begriff des „Interesses“ ist freilich sehr weit. Eine klare Grenzziehung zwischen schutzwürdigen und nicht mehr schutzwürdigen Interessen und damit zwischen legitimen und illegitimen Strafnormen lässt sich aus dem Vertragsmodell nicht herleiten.

Ein zweiter Ansatzpunkt zur theoretischen Begrenzung staatlicher Strafgewalt kann in

der liberalen Staatsphilosophie des 19. Jahrhunderts gesehen werden. *John Stuart Mill* behandelte im vierten Kapitel seines Werks „Über die Freiheit („On Liberty“) die Grenzen der Autorität der Gesellschaft über den Einzelnen“.<sup>25</sup> Er fasst seine Ausführungen in zwei Kerngedanken zusammen:

1) „dass das Individuum der Gesellschaft für seine Handlungen nicht verantwortlich ist, soweit diese lediglich seine Person betreffen.“ In diesem Fall seien „Rat, Unterweisung, Überredung und Vermeidung des Umgangs mit ihm, insofern die anderen dies zu ihrem eigenen besten für notwendig halten, ... die einzigen Maßnahmen, durch die die Gesellschaft ihr Missfallen oder die Missbilligung seines Verhaltens auszudrücken berechtigt ist.“<sup>26</sup>

2) „dass für Handlungen, die den Interessen anderer nachteilig sind, das Individuum verantwortlich ist und gesellschaftlicher oder gesetzlicher Anordnung unterliegt, wenn die Gesellschaft sich davon überzeugt, dass die eine oder die andere Maßnahme zu ihrem Schutze notwendig ist.“<sup>27</sup>

Die Freiheit des Einzelnen soll also da aufhören, wo Interessen anderer betroffen sind. Das „einzige Ziel, um dessentwillen rechtmäßig Macht über irgendein Mitglied der menschlichen Gesellschaft ausgeübt werden kann“, ist *Mill* zufolge, „Unheil für andere zu verhüten“.<sup>28</sup> In der angelsächsischen Rechtsphilosophie nennt man dieses Prinzip das „harm principle“. Es taucht bis heute regelmäßig in den angelsächsischen Debatten um die Begrenzung der staatlichen Strafgewalt auf.<sup>29</sup>

Auch dieser Ansatz ist jedoch kaum geeignet, zwischen einem „angemessenen“ Gebrauch der staatlichen Strafgewalt einerseits und einer „punitiven“ Strafgesetzgebung und Strafzumessungspraxis andererseits eine hinreichend klare und eindeutige Grenze zu ziehen. Die Schwelle, ab der die Interessen anderer betroffen sind, ihnen Unheil oder Schaden („harm“) zugefügt wird, ist nicht klar definiert. Negativ „betroffen“ kann der Bürger nicht nur dann sein, wenn sein Leben, sein Körper oder sein Vermögen geschädigt werden, sondern etwa auch dann, wenn seine Gefühle, seine religiösen Überzeugungen oder seine Moralvorstellungen verletzt werden.<sup>30</sup> Derartige psychisch oder emotional vermittelten Schädigungen können sogar als wesentlich intensiver empfunden werden als körperliche oder finanzielle Schäden. Es überrascht daher nicht, dass auch im angelsächsischen Rechtskreis unter

der Herrschaft des „harm principle“ die Begrenzung staatlicher Strafgewalt umstritten blieb und auch das „harm-principle“ selbst immer wieder Gegenstand von Kritik geworden ist.<sup>31</sup>

Im Ergebnis wird man festhalten müssen, dass sich aus der praktischen Philosophie keine zwingenden Vorgaben für eine Begrenzung der staatlichen Strafgewalt gewinnen lassen. Es finden sich zwar eine Vielzahl von Gesichtspunkten, Argumenten und Begründungsansätzen, die für die Strafrechtstheorie und Strafrechtswissenschaft fruchtbar gemacht werden könnten;<sup>32</sup> eine einfache und bequem zu handhabende Meßlatte zur Erkennung „punitiver“ Strafgesetze sucht man jedoch vergebens.

### III. Verfassungsrechtliche Vorgaben

In dieser Situation liegt es nahe, nach verfassungsrechtlichen Kriterien für das Vorliegen punitiver Gesetze zu fragen. Fest steht, dass auch Strafgesetze den allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen eines Gesetzes genügen müssen. Dies bedeutet u.a., dass der Gesetzgeber zum Erlass der Norm zuständig sein muss, dass ein ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren einzuhalten ist und dass die Norm nicht gegen höherrangiges Recht, v.a. nicht gegen Grundrechte, verstößen darf.<sup>33</sup>

#### 1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Strafgesetze haben, wie andere Gesetze auch, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, d.h. sie müssen ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. sein. Sie müssen also insbesondere das mildeste mögliche Mittel darstellen, um das gesetzgeberische Ziel zu verwirklichen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt die staatliche Strafgewalt daher jedenfalls insofern, als zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels ungeeignete Gesetze nicht zulässig sind. Des Weiteren müssen aus dem Kreis der geeigneten gesetzgeberischen Maßnahmen diejenigen ausgewählt werden, die am wenigsten die Interessen der Rechtsunterworfenen beeinträchtigen. Bei der Eignung und Erforderlichkeit handelt es sich im Kern um empirische Fragen, bei deren Beurteilung dem Gesetzgeber aber ein Einschätzungsspielraum zuzugestehen ist.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sagt nichts über die Ziele aus, die der Gesetzgeber verfolgt oder verfolgen sollte. Aus der

Bindung an höherrangiges Recht ergibt sich aber, dass die gesetzgeberischen Ziele mit dem Grundgesetz, und insbesondere den Grundrechten, übereinstimmen müssen. Ist dies nicht der Fall, so sind die Ziele von vornherein nicht nur illegitim, sondern verfassungswidrig. Darüber hinaus lassen sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber keine Zielvorgaben für den (Straf-)Gesetzgeber herleiten.

#### 2. Das ultima-ratio-Prinzip

In der Strafrechtswissenschaft werden noch weitere Anforderungen an „gute“ oder „legitime“ Strafgesetze genannt. So sollen Strafgesetze dem „ultima-ratio-Grundsatz“ genügen, d.h. sie sollen das letzte Mittel des Staates sein, wenn alle anderen staatlichen Mittel versagen oder zu versagen drohen. Insbesondere, so die Befürworter des ultima-ratio-Grundsatzes, darf die entsprechende gesetzgeberische Zielsetzung nicht ebenso gut mit den Mitteln des Zivil- oder des Verwaltungsrechts erreicht werden können. Das ultima-ratio-Prinzip lässt sich aus der liberalen Vorstellung begründen, dass das Strafrecht als schärfste Form des staatlichen Eingriffs in die Rechtssphäre der Bürgerinnen und Bürger erst dann zum Einsatz kommen soll, wenn alle anderen Mittel sichtslos erscheinen. Kritiker sehen schon heute vielfache Verstöße gegen den ultima-ratio-Grundsatz und werfen dem Gesetzgeber vor, das Strafrecht nicht als ultima, sondern als prima und teilweise sogar als sola ratio zu (miß-)brauchen.<sup>34</sup>

Der ultima-ratio-Grundsatz lässt sich als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstehen, wonach stets nur das mildeste unter den geeigneten Mitteln eingesetzt werden darf. Da Strafrecht das schärfste Instrument des Staates zum Rechtsgüterschutz darstellt, folgt daraus, dass strafrechtliche Mittel nur als „ultima ratio“ eingesetzt werden dürfen. Der Einsatz von Strafrecht ist also gegenüber anderen Handlungsformen des Staates grundsätzlich subsidiär.<sup>35</sup> Übertragen auf das Problem der Punitivität bedeutet dies: Setzt der Gesetzgeber strafrechtliche Mittel ein, ohne sich vorher zu überzeugen, dass andere Möglichkeiten des Rechtsgüterschutzes nicht greifen, so verstößt er gegen den ultima-ratio-Grundsatz und zieht den Vorwurf einer punitiven Gesetzgebung auf sich.

#### 3. Das Schuldprinzip und der Gesetzlichkeitsgrundsatz

Indiz einer in besonderer Weise punitiven Haltung und demgemäß einer punitiven Strafgesetzgebung oder Strafzumessungspraxis kann auch sein, dass tradierte rechtsstaatliche Prinzipien wie das Schuldprinzip oder der Gesetzlichkeitsgrundsatz verletzt werden. Das Schuldprinzip besagt, dass persönliche Schuld Strafe sowohl begründet als auch begrenzt.<sup>36</sup> Ohne Schuld darf keine Strafe verhängt werden, und die persönliche Schuld begrenzt die Höhe der Strafe. Man hat das Schuldprinzip als „das zentrale und seit Kant und Hegel fast als sakrosankt geltende Mittel zur Begrenzung der Strafgewalt“ bezeichnet.<sup>37</sup>

Definiert man Schuld als (persönliche) Vorwerfbarkeit,<sup>38</sup> so bedeutet dies, dass strafrechtliche Normen stets auch moralisch bedeutsam sein sollten. Das Schuldprinzip verknüpft also Strafrecht und Moral.<sup>39</sup> Die Ausweitung des Strafrechts in moralisch weniger relevante Bereiche hinein führt freilich dazu, dass diese Verknüpfung abgeschwächt wird. Eine wirksame Schranke für die Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt liegt in der Koppelung mit moralischen Ver- oder Geboten nicht, da die moralischen Regeln gerade in neuen Handlungsbereichen wie dem Internet, der modernen Apparatemedizin oder der biotechnologischen Forschung noch strittig sind. Es wird stets zumindest eine ethische Position formuliert werden können, auf die sich der Gesetzgeber stützen kann. Die strafbarkeitsbegründende Funktion von Schuld ist deshalb kaum geeignet, dem Gesetzgeber eindeutige Schranken zu setzen.

Das Schuldprinzip vermag aber auch die Strafzumessung nicht eindeutig zu begrenzen. Selbst wenn es sinnvoll sein mag, die Höhe der Strafe durch die Größe der Schuld zu begrenzen, bleibt „Schuld“ nicht messbar, erst recht nicht quantifizierbar. Allenfalls relationale Urteile wie „As Schuld ist größer als die Bs“ scheinen akzeptabel.<sup>40</sup> Auch ist es unter der Geltung des Schuldprinzips grundsätzlich nicht möglich, hohe Strafdrohungen trotz geringer Schuld mit rein präventiven Überlegungen zu rechtfertigen. Die damit angedeuteten Schranken sind jedoch leicht zu manipulieren und vermögen die staatliche Strafgewalt nicht wirksam einzuzugrenzen.

Der strafrechtliche Gesetzlichkeitsgrundsatz enthält vier Teilprinzipien:<sup>41</sup> Strafrecht muss geschriebenes Recht sein (nullum crimen, nulla poena sine lege scripta), es muss klar

und hinreichend bestimmt sein (nullum crimen, nulla poena sine lege certa), rückwirkende Strafgesetze sind verboten (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia) und auch eine analoge Anwendung von Strafgesetzen ist nicht erlaubt (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta). Ein punitives Strafrechtsdenken, so lässt sich argumentieren, liegt dann vor, wenn diese Prinzipien missachtet oder zumindest in erheblichem Maße strapaziert werden, um Strafbedürfnisse zu befriedigen. Eine eindeutige Grenze der staatlichen Strafgewalt lässt sich allerdings auch hieraus nicht herleiten.

#### 4. Die Menschenwürde als Grenze der staatlichen Strafgewalt

Eine Grenze findet der Strafgesetzgeber in der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG. Jeder Eingriff in die individuelle Menschenwürde ist per se verfassungswidrig, kann also auch nicht durch andere, als übergeordnet dargestellte Gesichtspunkte gerechtfertigt werden. Problematisch ist freilich, dass der Begriff „Menschenwürde“ unscharf und ausdeutungsfähig ist;<sup>42</sup> er lässt sich daher argumentativ nicht bloß zur Abwehr staatlicher Strafansprüche verwenden, sondern auch zu deren Begründung.<sup>43</sup> Auch bleibt – über einen historisch entstandenen und weitgehend unstrittigen Kernbereich (z.B. Folter, Sklaverei) hinaus – oft unklar, ob eine staatliche Maßnahme tatsächlich die Menschenwürde der von ihr Betroffenen verletzt. Um den Zugriff des Strafgesetzgebers wirksam zu begrenzen, muss der Begriff „Menschenwürde“ deshalb präzisiert werden. Eine Möglichkeit besteht darin, „Menschenwürde“ als ein Ensemble von subjektiven Rechten auf ein materielles Existenzminimum, auf autonome Selbstentfaltung, auf Freiheit von extremen Schmerzen, auf Wahrung der Privatsphäre, auf geistig-seelische Integrität, auf grundsätzliche Rechtsgleichheit und auf minimale Achtung zu definieren.<sup>44</sup> Jeder Eingriff des Staates in eines dieser Rechte ist unzulässig. Eine derartige Konzeption setzt allerdings voraus, dass der Schutzbereich der Menschenwürde und damit auch der genannten Rechte sehr eng verstanden wird. Dies bedeutet, dass die Menschenwürde dem Strafgesetzgeber nur eine äußerste Grenze setzt.

### IV. Das Konzept des „Rechtsguts“ im Strafrecht

#### 1. Das Inzesturteil des BVerfG und die strafbarkeitsbegrenzende Rechtsgutslehre

Mit Beschluss vom 26.2. 2008 hat das BVerfG die Strafbarkeit des Inzests erwachsener Geschwister (§ 173 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 StGB) für verfassungsmäßig erklärt.<sup>45</sup> Diese Entscheidung hat in der deutschen Strafrechtswissenschaft für erhebliche Unruhe gesorgt. Grund hierfür ist nicht das – isoliert betrachtet rechtspolitisch nicht besonders wichtige – Problem der Strafbarkeit des Inzests, sondern die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung dem Konzept des strafbarkeitsbegrenzenden Rechtsguts, das in der Strafrechtslehre seit vielen Jahren prominent vertreten wurde und wird<sup>46</sup>, eine Absage erteilt hat.

Kerngedanke der Vertreter eines strafbarkeitsbegrenzenden Rechtsgutskonzepts ist, dass Strafnormen nur dann legitim sind, wenn sie dem Schutz von Rechtsgütern dienen. Was ein „Rechtsgut“ ist, darüber herrscht allerdings nach wie vor Streit.<sup>47</sup> In den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts wurde versucht, den Rechtsgutsbegriff durch den Rechtspflichtbegriff zu ersetzen. Verbrechen sollten nicht mehr als Rechtsgutsverletzung, sondern als Verletzung einer Rechtspflicht verstanden werden.<sup>48</sup> Verwandt damit, aber nicht ganz so weitgehend war *Welzels* Ansicht, Strafrecht richte sich in erster Linie auf die Abwendung von der gebotenen Rechtsgesinnung und bewirke so allenfalls mittelbar Rechtsgüterschutz. Nicht der Erfolgswert, sondern der Handlungswert müsse im Mittelpunkt des Strafrechts stehen. Da aus dieser Perspektive das Unrecht in erster Linie personal gesehen wird, spricht man auch von einem „personalen Unrechtsbegriff“.<sup>49</sup> Weder die Lehre von der Rechtspflichtverletzung noch die Auffassung vom personalen Unrechtsbegriff haben sich jedoch durchsetzen können.

Zu praktischer Wirksamkeit gelangte die Vorstellung einer strafbarkeitsbegrenzenden Funktion des Rechtsguts vor allem in den Reformen des Besonderen Teils ab Mitte der 70er Jahre, etwa in den Debatten um die Reform des Sexualstrafrechts, wo es sozusagen zum guten Ton gehört(e), zu betonen, dass Strafrecht nur zum Schutz von Rechtsgütern, nicht aber zum Schutz „bloß moralischer Vorstellungen“ eingesetzt werden dürfe. Auch in der Gegenwart spielt das Konzept des Rechtsguts im Rahmen der

Rechtspolitik eine besondere Rolle, etwa wenn „bloßen Gefühlen“ der Rang eines Rechtsguts versagt und damit die Möglichkeit eines Rechtsgüterschutzes ausgeschlossen wird.<sup>50</sup>

Daran wird deutlich, dass das Konzept einer strafbarkeitsbegrenzenden Funktion des Rechtsguts eng mit liberalen Vorstellungen verknüpft ist, wonach Strafrecht nur zurückhaltend und ausnahmsweise eingesetzt werden soll. Es überrascht deshalb nicht, dass gerade die Entkriminalisierungsbewegung der später 60er und 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts die strafbarkeitseinschränkende Rechtsgutskonzeption auf ihre Fahnen geschrieben hatte.

#### 2. Gibt es dem Strafgesetzgeber vorgelagerte Rechtsgüter?

Aber gibt es tatsächlich Rechtsgüter, die der Entscheidung des Gesetzgebers vorgelagert sind? Wenn der Gesetzgeber durch seine Entscheidung die Rechtsgüter erst schafft, können diese Rechtsgüter seine Freiheit nicht einschränken; die Rechtsgüter entstehen ja erst durch den Entscheidungsakt der Legislative. Vorgegeben sind dem Gesetzgeber bestimmte (individuelle wie gesellschaftliche) Interessen sowie deren reale Gefährdung. Der Gesetzgeber reagiert darauf, indem er nach seinem Ermessen Interessen (straf-)rechtlich schützt und diese Interessen so in den Rang von (Straf-)Rechtsgütern erhebt. Nicht der Gesetzgeber ist an Rechtsgüter gebunden, sondern umgekehrt die Rechtsgüter an die Tätigkeit des Gesetzgebers. Diese für das Konzept einer strafbarkeitsbegrenzenden Rechtsgutslehre entscheidende Problemstellung wurde von seinen Vertretern bislang nicht überzeugend aufgelöst.

Auch wenn man die Aufgabe des Strafrechts darin sieht, „die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz zu versehen“,<sup>51</sup> bleibt zu bestimmen, was genau diese Bereiche sind bzw. um welche Interessen es sich tatsächlich handelt. Die Frage lässt sich nicht ohne Weiteres mit dem Hinweis auf angeblich vorgegebene Rechtsgüter beantworten. Deshalb formuliert das Bundesverfassungsgericht in der eingangs erwähnten Entscheidung zum Inzest zu Recht, es bleibe dem Gesetzgeber überlassen, „ebenso wie die Strafzwecke ... auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen.“ Diese Befugnis könne „nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ‚anerkannt

te' Rechtsgüter eingeengt werden. Sie findet ihre Grenze vielmehr ... nur in der Verfassung selbst, wenn und so weit diese ... die Verfolgung eines bestimmten Zweckes von vornherein ausschließt.<sup>52</sup>

Die Entscheidung des BVerfG ist in der Strafrechtstheorie allerdings ganz überwiegend abgelehnt worden.<sup>53</sup> *Roxin*, der wohl prominenteste Vertreter des strafbarkeitsbegrenzenden Rechtsgutskonzepts, führt aus, dem Gericht fehle die Einsicht, dass die Verfassungsmäßigkeit einer Strafvorschrift nicht allein davon abhängt, „ob sie zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Auch das Ziel selbst bedarf, wenn es mit strafrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden soll, einer verfassungsrechtlichen Legitimation.“ Diese Legitimation könne sich nur daraus ergeben, dass die Aufgabe des Strafrechts allein im Rechtsgüterschutz bestehe, nicht im Schutz der Moral, historischer Überlieferungen oder gesellschaftlicher Ansichten.<sup>54</sup>

Es ist allerdings noch nicht hinreichend geklärt, woher die dem Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsgüter stammen sollen, die den Einsatz strafrechtlicher Mittel begrenzen. In rechtstheoretischer Perspektive handelt es sich um einen Sonderfall der Frage nach der Existenz vorgegebener Werte oder „Güter“, ein Problem, mit dem sich die praktische Philosophie seit über 2500 Jahren herumschlägt, ohne ein definitives Ergebnis erreicht zu haben. Als Begründungsinstanzen wurden so unterschiedliche Faktoren wie der Wille eines Gottes, überzeitliche Ideen, die Natur, die Vernunft, Glücksmehrung oder widerspruchsfreie Verallgemeinerbarkeit herangezogen, doch keiner dieser Begründungsansätze konnte auf Dauer überzeugen.<sup>55</sup>

Man könnte daran denken, die dem Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsgüter der Verfassung zu entnehmen.<sup>56</sup> Dieser Ansatz stößt aber auf das Problem, dass die im Grundgesetz und vor allem in den Grundrechten niedergelegten Werte und Rechtsgüter relativ vage und unbestimmt formuliert sind und deshalb weite Interpretationsspielräume eröffnen. Hinzu kommt, dass in der Grundrechtsdogmatik, aber auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch Neuinterpretation von Grundgesetzbestimmungen und ihre Kombination untereinander und mit älteren Ansätzen fortwährend neue Rechtsgüter „entdeckt“ oder besser: entwickelt werden. Beispiele bilden das Grundrecht auf informationelle

Selbstbestimmung<sup>57</sup> oder das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.<sup>58</sup> Der Leitwert der deutschen Verfassung, die Menschenwürde, ist schließlich in den vorherrschenden Interpretationen so unbestimmt, dass sich mit ihr fast beliebige Strafrechtsnormen legitimieren lassen, man denke nur an die unklaren und teilweise miteinander in Widerspruch stehenden Schutzgüter des Embryonenschutzgesetzes.<sup>59</sup> Insgesamt scheint es deshalb sehr zweifelhaft, ob aus dem Grundgesetz tatsächlich hinreichend klare und eindeutige Strafrechtsgüter herleitbar sind. Überzeugender ist der Ansatz des BVerfG, das eine Grenze ex negativo erst dann annimmt, wenn das Grundgesetz „die Verfolgung eines bestimmten Zweckes von vornherein ausschließt.“<sup>60</sup> Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Rechtsgüterlehre in ihrer bisherigen Fassung im Hinblick auf eine Einschränkung des Strafgesetzbüchers über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht hinausführt.<sup>61</sup>

### 3. Was bleibt von der Rechtsgutslehre?

Die Kritik an einer genuin strafbarkeitsbegrenzenden Funktion der Rechtsgutslehre bedeutet nicht, dass dem Konzept „Rechtsgut“ für Strafrechtspolitik und Strafrechtswissenschaft keine Bedeutung zukäme. Folgende Funktionen der Rechtsgutslehre lassen sich unterscheiden<sup>62</sup>:

(1) Nur wenn bei der Schaffung neuer Strafbestimmungen ein Rechtsgut benannt wird, dessen Schutz die gesetzgeberische Tätigkeit leitet, wird die neue Bestimmung z.B. hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit überprüfbar. Dies ermöglicht sowohl eine Eigenkontrolle wie die Fremdkontrolle des Gesetzgebers (vor allem durch die Wissenschaft). Man könnte insofern von einer *Rationalisierungsfunktion* des Rechtsgutskonzepts sprechen.

(2) Des Weiteren ist die Verknüpfung von Strafnormen mit bestimmten Rechtsgütern für die Systematik des Rechts, und damit auch für die dogmatischen Bemühungen der Rechtswissenschaft, von größter Bedeutung. Die Rechtsgüterlehre hilft, Normgruppen zu bilden, die auf bestimmte Rechtsgüter hin bezogen sind. Hierin liegt die *Systematisierungsfunktion* der Rechtsgutslehre.

(3) Unmittelbar damit verbunden ist die Lehrbarkeit des Strafrechts, welches eben nicht nur ein Konglomerat miteinander unverbundener und allenfalls historisch

miteinander verknüpfter Strafnormen darstellt, sondern durch die jeweils geschützten Rechtsgüter eine innere Ordnung und Struktur erhält. Darin ist eine wichtige *didaktische Funktion* des Rechtsgutskonzepts zu sehen.

(4) Des Weiteren kommt dem Rechtsgutskonzept auch bei der Auslegung des Rechts und seiner Anwendung eine sehr wesentliche Bedeutung zu: Da die Wortlautinterpretation sehr häufig unterschiedliche, rein sprachlich zumindest vertretbare Norminterpretationen zu Tage fördert, kann mit Blick auf das geschützte Rechtsgut jene Interpretation ausgewählt und der Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden, die das gesetzgeberische Ziel (also den Schutz des Rechtsguts) am besten ermöglicht. Derartige Erwägungen lassen sich am ehesten im Rahmen der teleologischen Interpretation des Rechts anstellen. Des Weiteren führt der Rekurs auf das jeweils geschützte Rechtsgut zu einer gewissen Konsistenz der Gesetzesauslegung, die ansonsten wegen des ausdeutungsfähigen Gesetzeswortlauts zu unbestimmt wäre.<sup>63</sup> Man könnte insofern von der *argumentativen Funktion* des Rechtsguts sprechen.

(5) Schließlich hat das Rechtsgutskonzept auch eine wichtige *anwendungsbezogene Funktion*, etwa in der Konkurrenzlehre bei der Abgrenzung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz<sup>64</sup> oder in der Rechtfertigungslehre bei den Voraussetzungen einer rechtfertigenden Einwilligung.<sup>65</sup>

## V. Zur Bedeutung empirischen Wissens

Es ist bemerkenswert, dass im bisher erarbeiteten strafbarkeitsbegrenzenden Prüfprogramm empirisches Wissen eine große Rolle spielt: Welche gemeinschaftlichen Interessen in der Gesellschaft als besonders wichtig angesehen werden,<sup>66</sup> welche Einrichtungen und Normen zum Schutz dieser Interessen geeignet und erforderlich sind<sup>67</sup> – alles dies sind empirische Fragen, die in den Zuständigkeitsbereich der empirischen Sozialwissenschaften fallen. Ähnliches lässt sich für die Strafzumessung feststellen: Welche Strafen oder sonstige Maßnahmen tatsächlich spezial- oder generalpräventiv wirken, ist eine empirische Frage, die übrigens bis heute keineswegs als geklärt gelten kann. Strafgesetzgebung und Strafzumessung sind also auf empirisches Wissen angewiesen, wenn das oben skizzierte Prüfprogramm ernsthaft durchgeführt werden soll.

Daraus lässt sich eine weitere wichtige Faustregel zur Feststellung punitiver Gesetzgebung und Strafzumessung ableiten: Punitiv verfährt, wer Strafbedürfnisse befriedigt, ohne sich empirisch abzusichern. Anders ausgedrückt: eine nicht wissenschaftlich angeleitete und kontrollierte Strafgesetzgebung und Strafzumessung läuft Gefahr, zum bloßen Vehikel irrationaler Strafbedürfnisse zu werden.

## VI. Zusammenfassung

Die obigen – zugegebenermaßen skizzenhaften – Ausführungen lassen sich in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. „Punitivität“ ist ein hochgradig unscharfes Konzept. Eine klare Grenzziehung zwischen einer punitiven und einer nicht punitiven Strafgesetzgebung ist nicht möglich. Dennoch – vielleicht auch: gerade deswegen – kommt dem Konzept der Punitivität eine Schlüsselrolle in den gegenwärtigen kriminalpolitischen Debatten zu.

2. Die Ausweitung des materiellen Strafrechts in den vergangenen 30 Jahren lässt sich nicht ohne weiteres als illegitim, weil „punitiv“, verwerfen. Es gibt vielmehr vertretbare Gründe dafür, neue Formen sozial-schädlichen Verhaltens unter Strafe zu stellen, wenn sie das friedliche Zusammenleben bedrohen. Die Entscheidung darüber obliegt in einer parlamentarischen Demokratie dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber.

3. Strafrechtliche Grundprinzipien wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das ultima-ratio-Prinzip, das Gesetzlichkeitsprinzip und das Schuldprinzip können den Strafgesetzgeber nur teilweise einschränken; eine feste Grenze der staatlichen Strafgewalt definieren sie nicht.

4. Es ist nicht möglich, unter Berufung auf vorgegebene Rechtsgüter die staatliche Strafgewalt zu beschränken, da der Gesetzgeber Rechtsgüter nicht vorfindet, sondern durch seine Rechtsetzungsakte erst schafft. Er orientiert sich dabei an empirisch vorfindbaren Schutzinteressen und Gefährdungslagen.

5. Eine feste Grenze der staatlichen Strafgewalt bildet erst die Menschenwürde, in die auf keinen Fall eingegriffen werden darf. Im Übrigen bilden der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das ultima-ratio-Prinzip, das Gesetzlichkeitsprinzip und der Schuldgrundsatz ein strafbarkeitsbegrenzendes Prüfprogramm, anhand dessen sich die staatliche Strafgewalt kontrollieren lässt und Strafgesetze überprüfbar werden.

6. In diesem Prüfprogramm spielt empirisches Wissen eine wichtige Rolle. Ob ein Gesetz geeignet und erforderlich ist, stellt letztlich eine empirische Frage dar. Dasselbe gilt grundsätzlich für die Frage, welche Interessen von so überragender Bedeutung für das soziale Zusammenleben sind, dass sie strafrechtlichen Schutz verdienen, auch wenn dem Gesetzgeber hierbei ein Ermessensspielraum zukommt.

7. Angesichts dieser Bedeutung empirischen Wissens für eine rationale und den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügende Strafgesetzgebung ist zu fordern, dass sich der Gesetzgeber nicht mit Alltagswissen zufrieden geben darf. Vielmehr sollte eine rationale Gesetzgebung die Ergebnisse der empirischen Sozialwissenschaften, vor allem der Kriminologie, künftig noch stärker berücksichtigen als bisher.

8. Die Rechtsdogmatik steht vor der dringenden Aufgabe, notorisch umstrittene Probleme der traditionellen Rechtsgüterlehre (wie die begriffliche Fassung von „Rechtsgut“ und die Frage nach der Herkunft bzw. Begründung von Rechtsgütern) zu lösen. Dabei dürften interdisziplinäre Kontakte, etwa zur modernen praktischen Philosophie und zur Rechtstheorie, weiterführend sein.

9. Alles in allem scheint es nicht möglich, der staatlichen Staatsgewalt durch Begriffe oder angeblich vorgeordnete Güter wirksam Schranken zu setzen. Dies ändert nichts daran, dass die Auseinandersetzung mit potentiell freiheitsbedrohenden punitiven Tendenzen, wie sie in den Massenmedien immer wieder auftauchen, eine wichtige politische Aufgabe bleibt.

*Der Autor ist Professor für Strafrecht und Rechtstheorie der Universität Würzburg*

### Fußnoten:

- 1 Repräsentativ Lautmann, Klimke und Sack (Hrsg.), *Kriminologisches Journal*, 36. Jg., 8. Beiheft 2004 mit dem Titel „Punitivität“; vgl. auch Cremer-Schäfer, Steinert, Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie, 1998.
- 2 Zu Recht betont deshalb Wolfgang Heinz, es verbiete sich, undifferenziert über „Punitivität“ zu sprechen – „die Punitivität“ gebe es nicht. Vgl. ders., Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken, in: *Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen?* Jenaer Symposium 9.-11. September 2008, veranst. vom Bundesministerium der Justiz, 2009, S. 29, 33. Vgl. ferner seinen Beitrag, der in NK 1/2011 abgedruckt werden wird (Punitivität).
- 3 Statt aller Naucke, *KJ* 2010, S. 129 ff., der allerdings zu Recht betont, dass es sich hierbei

nicht um eine neue Entwicklung handelt; vgl. auch Gusy, ebenda, S. 111 ff.

- 4 Die im Vorstehenden skizzierte Kritik wurde insbesondere von Autoren im Umkreis der „Frankfurter Strafrechtsschule“ formuliert, etwa von Naucke, *KritV* 93, 135 ff., Hassemer, *ZRP* 92, 378 ff. und *StV* 95, 483 ff. sowie Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, passim. Speziell für den Bereich des Computerstrafrechts S.-H. Hong, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, online erreichbar unter <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-9542>. Zusammenfassend (vor allem als Materialsammlung brauchbar) Hesel, *Untersuchungen zu Dogmatik und den Erscheinungsformen des „modernen Strafrechts“*, 2003, der a.a.O., S. 426 zu Recht vor einer zu pauschalen Bewertung der angesprochenen Entwicklungstendenzen warnt.
- 5 Eingehend Hilgendorf, *Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975 – 2000*, in: Vormbaum/Welp (Hrsg.), *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*, Supplementband I, 2004, S. 258 ff., bes. S. 374 f. Vgl. auch Silva Sanchez, *Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften*, 2003. Dagegen scheint es in Deutschland, anders als in den USA, bei der Strafzumessung und im Strafvollzug keine vergleichbaren Verschärfungen gegeben zu haben, vgl. Heinz (Fn. 1).
- 6 Schünemann, *GA* 1995, 201, 209 f; ders., in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 15, 27.
- 7 So bereits Baumann, *JZ* 1983, 935, 937.
- 8 Hilgendorf, *Strafrechtentwicklung* (Fn. 5), S. 380.
- 9 Lautmann, Klimke, *Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie*, in: *Punitivität* (Fn. 1), S. 9.
- 10 Ebenda.
- 11 A.a.O., S. 10.
- 12 Kury, Kania und Oberfell-Fuchs, *Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen? Versuch einer konzeptionellen und empirischen Begriffsbestimmung*, in: *Punitivität* (Fn. 1), S. 51, 52 f.
- 13 Die legislative Punitivität wird von den in Fn. 12 erwähnten Autoren zwar auf S. 54 angesprochen, aber nicht näher behandelt.
- 14 Hassemer, *Die neue Lust auf Strafe*, in: *Frankfurter Rundschau* Nr. 296 vom 20. Dezember 2000, S. 16.
- 15 Umfassend zum Einsatz des Strafrechts im Bereich der Humanbiotechnologie Beck, *Stammzellforschung und Strafrecht*. Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie, 2006.
- 16 Dazu etwa die in Fn. 2 und 5 genannten Arbeiten.
- 17 Dazu Hilgendorf, *Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts 1975 – 2005*, in: ders./Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, S. 191, 205 ff.
- 18 Vgl. aber immerhin Hirsch, *Moderne Strafgesetzgebung und die Grenzen des Kriminalstrafrechts*. In: ders., *Strafrechtliche Probleme Band II*, hg. von Lilie, 2009, S. 21 – 36; Schmidt-Jortzig, *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, 2001, S. 505 – 525, zusammenfassend *Wrage, Grenzen der staatlichen Strafgewalt: Überlegungen zu einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffs*, 2009.
- 19 Dazu unten IV.
- 20 Roxin, *StV* 2009, 544, 545.
- 21 So etwa Roxin, *StV* 2009, 544, 545.

- 22 Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2010, § 3 Rn. 1 ff.
- 23 Thomas Hobbes, Leviathan (1651), ed. by MacPherson, 1985.
- 24 John Locke, Second Treatise on Government, in: ders., Two Treatises on Government (1690), ed. by Laslett, 1991.
- 25 John Stuart Mill, Die Freiheit (On Liberty, 1859). Übersetzt und mit Einleitung und Kommentar herausgegeben von Grabowsky, 1945, 4. Aufl. 1973, S. 212 – 236.
- 26 Mill, Freiheit (Fn. 25), S. 237.
- 27 Ebenda.
- 28 Mill, Freiheit (Fn. 25), S. 131.
- 29 Dazu vor allem Feinberg, The Moral Limits of Criminal Law, Vol. 1, Harm to Others, 1984; Vol. 2, Offense to Others, 1985; Vol. 3, Harm to Self, 1986; Vol. 4, Harmless Wrongdoing, 1988.
- 30 Hilgendorf, Glück und Recht. Vom „pursuit of happiness“ zum Recht aus Selbstbestimmung, in: Kick (Hrsg.), Glück. Ethische Perspektiven – aktuelle Glückskonzepte, 2008, S. 47, 57 ff.
- 31 Vgl. etwa Harcourt, The Journal of Criminal Law and Criminology 90 (1999), 109 ff.; Jacobson, Philosophy and Public Affairs 29 (2000), 276 ff.
- 32 Vgl. etwa Stepanians, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 14 (2009), 129 ff.
- 33 Umfassend Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; auf der Grundlage der österreichischen Rechtsordnung Lewisch, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung, 1993.
- 34 Dieses schöne Wortspiel stammt von Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, 2. Aufl. 1996, S. 8.
- 35 Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 19.
- 36 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 37 I (S. 407).
- 37 Roxin, FS Lampe, 2003, S. 423, 435.
- 38 BGHSt 2, 194, 200; differenzierend Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, AT (Fn. 35), § 18 Rn. 13.
- 39 Jescheck/Weigend, AT (Fn. 36), § 38 I (S. 418 f.) weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass diese Verknüpfung nicht durchgängig gilt.
- 40 Auch dies gilt nur unter der Prämisse, dass die Bewertung auf der Grundlage eines einheitlichen und konsistenten Moralsystems erfolgt.
- 41 Jescheck/Weigend, AT (Fn. 36), § 15 (insbes. S. 134 ff.).
- 42 Hilgendorf, Jahrbuch für Recht und Ethik 1999, 137 ff.
- 43 Überzeugende Kritik daran bei Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 20 ff.
- 44 Dazu näher Hilgendorf, Jahrbuch für Recht und Ethik 1999, 137, 148; vgl. auch Birnbacher, in: Aufklärung und Kritik, Sonderheft 1/1995, 4, 6.
- 45 BVerfGE 120, 224 – 255 mit abweichendem Votum Hassemer.
- 46 Vgl. nur Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechenens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutstheorie, 1973; den Diskussionsstand vor der Inzest-Entscheidung des BVerfG zusammenfassend Hefendehl/A. von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Staates oder dogmatisches Gasperlenspiel? 2003.
- 47 Eine Übersicht über verschiedenen Konzeptionen von „Rechtsgut“ gibt Stratenwerth, Zum Begriff des „Rechtsguts“, in: FS Lenckner 1998, S. 377 – 391, bes. S. 398. Weigend bemerkt in LK, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 8, der „schillernde Begriff des Rechtsguts“ bringe „mehr Verwirrung als Klarheit“.
- 48 So etwa Gallas, FS Gleispach 1936, S. 50, 67 f.
- 49 Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, AT (Fn. 35), § 3 Rn. 16.
- 50 Dazu Hörnle, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Die Rechtsgutstheorie (Fn. 46), S. 268 ff.; ausf. dies., „Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005.“
- 51 Weber, in Baumann/Weber/Mitsch, AT (Fn. 35), § 3 Rn. 10.
- 52 BVerfGE 120, 224, 242.
- 53 Bottke, FS Volk 2009, S. 93 ff.; Cornils, ZJS 2009, 85 ff.; Greco, ZIS 2008, 234 ff.; Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.; Hufen/Jahn, JuS 2008, 550; Noltenius, ZJS 2009, 15 ff.; Roxin, StV 2009, 544 ff.; Zabel, JR 2008, 453 ff.; Ziethen, NStZ 2008, 614.
- 54 Roxin, StV 2009, 544, 549.
- 55 Hilgendorf, Recht und Moral, in: Aufklärung und Kritik 2001, 72 ff. Roxin, AT Bd. 2, § 2 Rn. 63 betont deshalb zu Recht die Wandelbarkeit des Rechtsgutsbegriffs
- 56 BVerfGE 120, 224, 243 ff stellt auf den Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG), den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und auf gegensätzliche Gesichtspunkte ab.
- 57 BVerfGE 65, 1 ff.
- 58 BVerfG NJW 2008, 822.
- 59 Schroeder, FS Miyazawa, 1995, S. 533 ff.
- 60 BVerfGE 120, 224, 242.
- 61 So im Ergebnis auch Appel, Verfassung und Strafe, 1997, S. 357 ff.
- 62 Walter, in: LK, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 8 unterscheidet eine systemkritische oder Legitimierungsfunktion von Rechtsgütern (hier „strafbarkeitsbegrenzende Funktion“ genannt), eine auslegungsleitende Funktion, eine Systematisierungsfunktion, eine konkurrenzdogmatische Funktion und eine Einwilligungsfunktion).
- 63 Ein Beispiel ist § 185 StGB, dessen Interpretation ohne die Berücksichtigung des geschützten Rechtsguts „Ehre“ kaum möglich wäre.
- 64 BGHSt 28, 11, 15; 31, 380 f.
- 65 Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, AT (Fn. 35), § 17 Rn. 99.
- 66 Vgl. oben IV. mit Fn. 51.
- 67 Vgl. oben III.

# „weil er gefährlich ist“ – die Handhabung der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung im Spiegel der Strafrechtspflegestatistiken<sup>1</sup>

Wolfgang Heinz

## I. Reaktion auf „Gefährlichkeit“ durch den Gesetzgeber

Einige Aufsehen erregende Sexualmorde an Kindern haben seit 1998 den Gesetzgeber veranlasst, die Möglichkeiten der Sicherung vor rückfallgefährdeten Tätern weiter auszubauen, insbesondere durch Sicherungsverwahrung als „eine der letzten Notmaßnahmen der Kriminalpolitik“<sup>2</sup>. Durch das SexualdelBekG von 1998 wurden die Mindeststrafen bei Sexualdelikten erhöht sowie die Strafaussetzung und die bedingte Entlassung aus dem Straf- und Maßregelvollzug (für alle Straftäter) erschwert. Ferner wurden die formellen Voraussetzungen für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wieder gesenkt, freilich ohne Beschränkung auf schwere Sexualdelikte, die Höchstdauer von 10 Jahren bei erstmaliger Unterbringung in Sicherungsverwahrung wurde aufgehoben. 2002 wurde die vorbehaltenen (§ 66a StGB), 2004 die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) eingeführt. 2007 wurde die Möglichkeit geschaffen, auch für sog. „Altfälle“ künftig nachträglich Sicherungsverwahrung anzuordnen. In den letzten Jahren wurden Formen der Sicherungsverwahrung auch im Jugendstrafrecht etabliert, zuletzt die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch Jugendlichen gegenüber. Durch die EGMR-Entscheidungen<sup>3</sup> ist freilich ein Teil dieser Reformen hinfällig. Das Gesetzgebungsverfahren zur Neuregelung ist eingeleitet.<sup>4</sup>

Als direkte Folge dieser Reformen sind sowohl eine Zunahme der Unterbringungsanordnungen (UAO) gem. § 66 StGB zu erwarten als auch längere Unterbringungszeiten im gesamten Maßregelvollzug infolge einer restriktiver werdenden Entlassungspraxis. Dieser Effekt dürfte verstärkt werden durch eine dem Zeitgeist geschuldete stärkere Betonung sowohl kollektiver Sicherheitsinteressen als auch des Schutzes potenzieller Opfer. Denn dieses Sicherungdenken erhöht zum einen die Bereitschaft, freiheitsentziehende Maßregeln anzuordnen, zum anderen den Erwartungsdruck sowohl auf die Anstalten als auch auf die Gutachter, keine fehlerhaften Lockerungsentscheidungen und Prognosen