

AUFSÄTZE

Sebastian Scheerer*

Entrümpelung und Entkriminalisierung

*Es ist der Grundfehler unserer Zeit,
die Strafgesetze zu vervielfältigen und
das kriminelle Gebiet zu weit auszudehnen.*

Carl J.A. Mittermaier, 1819

Es gibt Räume – nicht selten handelt es sich um Dachböden, Keller, Gartenhäuschen oder Garagen – in denen sich im Laufe der Jahre, Dekaden und Generationen zahllose Gegenstände ungeklärter Nützlichkeit ansammeln. Immer mehr kommt hinzu, wird gehortet, aber nicht wirklich gehegt und gepflegt – es wird auch kaum etwas aussortiert, weil man zuerst nicht weiß, wozu es vielleicht noch mal gut sein könnte, und weil man es dann vergisst. Bis es eines schönen Tages einfach alles zu viel wird.

Auch das Strafrecht können wir uns als einen solchen Raum vorstellen: laufend kommen neue Tatbestände und ganze strafrechtliche Nebengesetze¹ hinzu, ohne dass dem Strom des Zusätzlichen eine nennenswerte Subtraktion des Unbrauchbaren gegenübersteht. Und auch hier nähern wir uns dem Punkt, an dem einfach alles zu viel wird.

Die letzten größeren Entrümpelungsaktionen sind lange her.² Von eher zufallsgenerierten Tatbestands-Streich-Aktionen (§ 103) einmal abgesehen³ wird fast nur noch krimina-

* Überarbeitete Fassung meines gleichnamigen Beitrags in: Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigertages Münster 2.-4.3.2018, Berlin 2018, 433-453; für Anregungen und Kritik danke ich Tim Burkert, Monika Frommel, Felix Herzog und Christine Siegröt. – Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich Paragraphen-Angaben ohne Gesetzesangabe auf das StGB in der am 17. März 2019 geltenden Fassung.

1 Auf das Nebenstrafrecht kann hier kaum eingegangen werden; dabei hätte es mehr Aufmerksamkeit verdient; vgl. Ulfrid Neumann, Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform, KJ 2004, 432-441 (441).

2 Das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30.1.1946 hatte mit einem Schlag u.a. folgende Tatbestände aufgehoben: Hochverrat (§§ 80, 82-86 StGB in der Fassung vom 20. September 1945), Nötigung von Verfassungsorganen (§ 81), Landesverrat (§ 87), Mitgliedschaft in einem fremden Wehrdienst (§ 88), Sabotagehandlungen an Verteidigungsmitteln (§§ 89-91), Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 92), Verunglimpfung des Reichspräsidenten (§ 94), Hochverrat gegen einen ausländischen Staat (§ 102), Beleidigung von Organen oder Vertretern ausländischer Staaten (§ 103), Aufforderung zum militärischen Ungehorsam (§ 112), Verunglimpfung des Staates oder der NSDAP und seiner/ihrer Symbole (§§ 134a, 134b), Fahnenflucht (§§ 140, 140a, 140b), Anwerben für fremden Wehrdienst (§ 141a), Wehrpflichtentziehung (§ 142, 143, 143a), Verunglimpfung des Andenkens Gefallener (§ 189 Abs. 3), Zerstörung der Fruchtbarkeit auf Verlangen (§ 226b), Munitionsdiebstahl (§ 291), Bruch des Amts-

lisiert, nicht mehr entkriminalisiert. Die Prinzipien der Großen Strafrechtsreform sind weitgehend in Vergessenheit (wenn nicht in Verruf) geraten.³ Alles Mögliche wird kurzerhand zum Rechtsgut ernannt und die Drohung mit Strafe und allem, was dazugehört – einschließlich der telekommunikativen Überwachung des sozialen Nahraums – expandiert gewaltig, ohne dass sich Maß und Ziel so recht erschlossen oder irgend jemand zu sagen wüsste, wo das alles enden soll.

Der Mechanismus, der die Inflation der Strafgesetze für die Praxis handhabbar macht, heißt Informalisierung – ein prozessualer Notbehelf mit vielen Schattenseiten. Deshalb fordert Wolfgang Heinz schon seit langem, es nicht dabei zu belassen, sondern endlich auch materiellrechtliche Reformen in Angriff zu nehmen und – aufgepasst! – darüber hinaus sogar *außerstrafrechtliche Regelungsmechanismen ernsthaft in Erwägung zu ziehen*.⁴ Das wäre der richtige Weg – und ein guter erster Schritt bestünde in der Aufhebung dessen, was uns der Gesetzgeber gerade erst in den letzten Jahren (zweifellos in bester populistischer Absicht) an *overcriminalization* beschert hat.⁵ Oder auch zunächst einmal einer systematischen Identifizierung *entbehrlicher Tatbestände* seitens der Strafrechtswissenschaft im Dreischritt von *Dürfen wir nicht*, *Möchten wir nicht* und *Brauchen wir nicht*.⁶ Die 74 Tatbestände, die bei einer Umfrage in der Strafrechtswissenschaft genannt wurden, hätte man sich mit etwas Phantasie auch auf der Tagesordnung einer idealisierten Jamaika-Koalition vorstellen können. Doch seit diese von nostalgischen Erinnerungen an

geheimnisses (§ 353a) und Erwerb von Heeres- oder Marineuniformen (§ 370 Abs. 3). – Erwähnenswert auf jeden Fall auch die Abschaffung der Todesstrafe 1949 und vor allem (ab 1968) die Große Strafrechtsreform, die in den ersten Jahren immerhin mit der Abschaffung der Zuchthausstrafe, des Arbeitshauses und der strafrechtlichen Kategorie der Übertretungen Marksteine setzte. Als Startschuss für die „überfällige Entrümpelung des StGB“ (Hans J. Hirsch) und zur Entstaubung weiterer Abschnitte des StGB galt dann der Transfer vieler Verkehrsdelikte in das Ordnungswidrigkeitenrecht (EGOWiG 1968). Echte Liberalisierungen brachten auch noch das erste, dritte und vierte Strafrechtsreformgesetz von 1969, 1970 und 1973 mit der Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs und der Kuppelei, der Sodomie und der einfachen Homosexualität, der Reform des Demonstrationsstrafrechts und der Reorientierung der sog. Sittlichkeitsdelikte auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung; vgl. den Überblick bei Tim Busch, Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des Deutschen Strafrechts (1969–1998), Baden-Baden 2005.

Als der Tatbestand der Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103) mit Wirkung zum 1.1.2018 aufgehoben wurde, argumentierte man scheinbar edel mit dem angeblichen Anachronismus von „Majestätsbeleidigungen“, doch ging es wohl eher anlassbezogen um eine symbolische Ohrfeige für einen eh schon geschmähten ausländischen Staatspräsidenten – das erhellt schon daraus, dass § 90 (Verunglimpfung des Bundespräsidenten) völlig aus der Diskussion herausgehalten wurde (so auch Mandy Schultz, ‚Grußaugust, Wandervogel‘, Majestätsbeleidigung ist Bürgerpflicht, in: Freispruch Heft 10, März 2017, 1–3).

- 3 Vgl. Tobias A. Beck, Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975. Fortführung oder Aufgabe der Reformgrundsätze?, Berlin 2016, 271–277; auch: Thomas Vormbaum, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, Berlin 2011, 32.
- 4 Wolfgang Heinz, Der schöne Schein des Strafrechts, Konstanz 2010, 36. http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz_Schoener_Schein_StrafR.pdf; dass es „ohnehin an der Zeit“ sei, „überflüssigen Strafrechtsballast abzuwerfen“, findet auch Wolfgang Mitsch (Der unmögliche Zustand des § 130 StGB, KriPoZ 4 2018, 198–203; 198).
- 5 Arthur Kreuzer, Reformiert endlich das Strafrecht! DIE ZEIT 27.12.2017 <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kriminalpolitik-grosse-koalition-strafrecht-kriminologie>. Allgemein zur Überkriminalisierung: Douglas R. Husak, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law, Oxford 2009.
- 6 Elisa Hoven, Entbehrliche Straftatbestände, DRiZ 2017(b), 280–285; vgl. auch dies., Was macht Straftatbestände entbehrlich? Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB, ZStW 2017, 334–348.

eine rechtspolitisch sensible FDP genährte Hoffnung auf einen derartigen *institutionellen Umsetzer*⁷ vor einiger Zeit geplatzt ist, darf man sich vorläufig wieder dem Glasperlenspiel der Reflexion über das An-Sich-Mögliche und das Eigentlich-Wünschbare widmen: also der ganzen Bandbreite von der *Entrümpelung* über die *Entkriminalisierung* bis hin zur *Ersetzung* des Strafrechts durch Humaneres, Klügeres und Besseres.

In der Wissenschaft gibt es zwar eine gewisse Reformbereitschaft, doch in der Rechtspolitik – und in der Bevölkerung – findet sie keinen nennenswerten Widerhall. Wer will heute eigentlich noch ein liberales (und wer ein autoritäres) Strafrecht? Die Frage ist nicht neu.⁸ Die Antwort findet sich in der Kriminalpolitik. Und was in ihr wiederum schmerzlich vermisst wird, sind neue Gedanken über die Rolle des Strafrechts in Gegenwart und Zukunft.

I. Entrümpelung

Folgen wir der Kölner Vorgabe, dann sind zunächst einmal vier Fallgruppen in Augenschein zu nehmen, nämlich die sogenannten *toten Tatbestände*⁹ – und darunter vor allem jene, die keine Rolle mehr spielen, weil sie *durch politische oder technische Entwicklungen überholt* sind,¹⁰ dann die *irrelevanten Kuriositäten*, deren Abschaffung wir schon dem Respekt vor dem Gesetz schulden,¹¹ und nicht zu vergessen die *redundanten Tatbestände* und die *Bagatelldelikte*, wobei diese ein großes Ärgernis für die Praxis und jene vor allem theoretisch interessant sind.

Redundante Tatbestände

Manchmal verspüren definitionsmächtige Akteure das vielleicht tagespolitisch motivierte Bedürfnis, bestimmte Erscheinungsformen einer Straftat nach der Devise *doppelt genäht hält besser* noch einmal in Extra-Paragraphen zu gießen. Das war seinerzeit beim *räuberischen Angriff auf Kraftfahrer* der Fall – und das ist heute so, wenn bestimmte Formen der Nötigung und der Körperverletzung hervorgehoben werden sollen.

Ein solcher Überhang des symbolisch-kommunikativen Elements in der Strafgesetzgebung kommt nicht ohne Kosten und Nachteile aus. Aus einem allgemeinen Tatbestand eine Fallgruppe herauszunehmen und ihr einen eigenen Tatbestand zu widmen, um den Unrechtsgehalt gerade dieser Phänomene sozusagen bildhaft gerade für die damit gemeinte Personengruppe hervorzuheben, re-materialisiert das Formalrecht auf nicht unproblematische Weise: es läuft der Arbeitsteilung zwischen legislativer Bestimmung des

7 Zum Begriff vgl. Günther Schmid/Hubert Treiber, Bürokratie und Politik, München 1975, 184 f.

8 Vgl. Georg Dahm/Friedrich Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, Hamburg 1933.

9 Zum Begriff, aber auch zum Problem „toter“ sowie „scheintoter“ und trotz Nichtnutzung vielleicht doch nicht unbedingt deshalb schon abzuschaffender Straftatbestände vgl. Jörg Kinzig, „Tote Tatbestände“, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 129(2) (2017), 415–422.

10 Also etwa die Verschleppung (§ 234a) und die Politische Verdächtigung (§ 241a) einerseits und die Verletzung amtlicher Bekanntmachungen (§ 134) und die Variante des Scheckkartenmissbrauchs in § 266b andererseits.

11 Vgl. die Störung einer Bestattungsfeier (§ 167a), der unbefugte Gebrauch von Pfandsachen (§ 290), die Gefährdung von Schiffs-, Kraft- oder Luftfahrzeugen durch Bannware (§ 297), die Gefährdung einer Entziehungskur (§ 323b) und der Vertrauensbruch im öffentlichen Dienst (§ 353a).

Strafrahmens und dessen justizieller Ausfüllung im Einzelfall zuwider und stellt tendenziell die Gleichheit aller vor dem Gesetz in Frage.

Deshalb machen die allgemeinen Raub- und Tötungstatbestände (§§ 249 ff., 211 ff.) den § 316a (Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) entbehrlich und die §§ 224–226 und 240 die §§ 113, 226a und 237 (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte; Verstümmelung weiblicher Genitalien, Zwangsheirat). Das gebietet schon die in letzter Zeit etwas in Vergessenheit geratene *lex parsimoniae*.

Dagegen ließe sich zwar einwenden, dass von einer Aufhebung der fraglichen Vorschriften das falsche Signal ausginge. Das ist *prima facie* sicherlich der Fall. Aber erstens ist das nun einmal logischerweise die Kehrseite der erwünschten Propagandawirkung symbolischer Gesetzgebung. Wer Strafgesetzgebung in populistischer Absicht betreibt, riskiert in der Stunde der Rücknahme eines von vornherein entbehrlichen Schaufenstergesetzes den entgegengesetzten Schaufenstereffekt. Zweitens sollte man aber auch nicht so tun, als sei die Politik gegenüber den befürchteten „falschen Signalen“ völlig hilflos. Die Politik ist doch nicht dazu verdammt, einfach abzuwarten, wie die Aufhebung eines entbehrlichen Tatbestands verstanden oder missverstanden wird. Man kann sie doch diskursiv vorbereiten, argumentativ begleiten und sogar nachbereiten. Regierungen, Parlamente und Parteien verfügen über privilegierte Zugänge zu den Medien, um sich der Öffentlichkeit mitzuteilen. Mit Bildungsveranstaltungen politischer Stiftungen, Aufklärungskampagnen, Förderung entsprechender gesellschaftlicher Initiativen, Fernsehdiskussionen, Regierungserklärungen und vielem anderen mehr gibt es eine Vielzahl nicht-legislativer Optionen zur Volksbildung und Missverständnis-Prävention und -Ausräumung, bei denen durchaus auch auf die jeweilige Rechtslage verwiesen werden kann, ohne dass es zur besseren Verständlichkeit eines redundanten Tatbestands bedarf. Irgendwie klingt das Dauerargument von Reformgegnern, diese oder jene Aufhebung von objektiv überflüssigen oder kontraproduktiven Gesetzen könnte in der Öffentlichkeit falsch verstanden werden, wenig überzeugend: wer etwas Richtiges zu tun unterlässt, weil er glaubt, die anderen würden das eventuell falsch verstehen, hat meist andere Motive für seine Haltung, die er mit diesem Argument verschleiert – oder hat vielleicht selber etwas nicht verstanden.

Bagatellen

Wie wenig souverän unsere hiesige Gegenwartsgesellschaft mit ihren eher schwierigen und unangepassten Mitgliedern umgeht, mit störenden Zeitgenossinnen und Zeitgenossen, die bei näherer Betrachtung eher bemitleidenswert als strafwürdig erscheinen, das zeigt unsere Unfähigkeit, das Strafrecht auf die Ahndung schweren Unrechts zu beschränken und Bagatellen Bagatellen sein zu lassen. Dass die vielen Anläufe zur Entkriminalisierung in diesem Bereich regelmäßig scheiterten, ist durchaus erklärungsbedürftig, solange man gleichzeitig gebetsmühlenhaft vom Strafrecht als dem *schärfsten Schwert des Staates* spricht. Denn das Schwert ist ja nun einmal ein Instrument, das gerade nicht zur Beseitigung von bloßen Störungen oder zur Behebung irgendwelcher Gefährdungen eingesetzt zu werden pflegte, sondern der Ahndung schwersten Unrechts vorbehalten blieb. Das *schärfste Schwert des Staates* aber stattdessen (auch) gegenüber Kleinigkeiten einzu-

setzen ist Waffenmissbrauch gegenüber Wehrlosen und steht in einem merkwürdigen Gegensatz zum Grundsatz *de minimis non curat lex*.¹²

Das Schwert auf Ladendiebe und Schwarzfahrer niedersausen zu lassen, wirkt auch für diejenigen, die als Richterinnen und Richter dazu gezwungen sind, oft genug deprimierend, weil grotesk.¹³ Deshalb besteht bei allen Massendelikten mit typischerweise geringem Unrechtsgehalt dringender Entrümpelungsbedarf. So z.B. bei

- *Ladendiebstahl* und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§§ 242b, 246, 263)¹⁴
- *Schwarzfahren* (Beförderungserschleichung nach § 265a)¹⁵
- *Konsum von Cannabis und anderen Freizeitdrogen*¹⁶

12 Dass die Kriminalstrafe nur der Ahndung von Taten dienen darf, die „in besonderer Weise sozial-schädlich und für das geordnete Zusammenleben unter Menschen unerträglich“ sind (BVerfGE 88, 208, 257 f.), ergibt sich – in der Theorie zumindest – schon aus den bekannten strafrechtswissenschaftlichen Grundsätzen, die hinter den Stichworten vom fragmentarischen Charakter, von der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität des Strafrechts stehen und die allesamt in dem Gebot kulminieren, auf das Kriminalrecht erst zurückzugreifen, wenn alle anderen Mittel erschöpft sind und sich als wirkungslos erwiesen haben. – Für die Vorbeugung und Bearbeitung allgemeiner Risiken und Störungen im gesellschaftlichen Prozess gibt es das Zivil- und das Verwaltungsrecht mit seinem hochdifferenzierten und keineswegs zahnlosen Instrumentarium (von Auflagen, Betriebs-schließungen, Bußgeldern und der Rücknahme von Erlaubnissen und Genehmigungen über Schadensersatz, Schmerzensgeld und Störerhaftung bis zur Zwangsvollstreckung).

13 Überzeugend: Lena Dammann, *Entkriminalisierung und Entrümpelung des Strafrechts – aus Sicht einer Amtsrichterin, in: Räume der Unfreiheit. Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigtages* Münster 2.-4.3.2018, Berlin 2018, 429-432.

14 Peter-Alexis Albrecht u.a., *Strafrecht – ultima ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts*. Baden-Baden 1992(a); ders. u.a., *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Hessischen Kommission ‚Kriminalpolitik‘ zur Reform des Strafrechts*. Baden-Baden 1992(b); ders., *Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats*. KritV 1996, 330-339.

15 Das Schwarzfahren (Straftat!) ist im Hinblick auf den Aufwand an „krimineller Energie“, die für die Begehung erforderlich ist, durchaus vergleichbar mit dem bewussten Falschparken (Ordnungswidrigkeit!). Das privilegiert die Autobesitzer und diskriminiert die jungen erwerbs- und autolo-sen Menschen, die Armen und die Obdachlosen, die einerseits auf den öffentlichen Nahverkehr angewiesen sind, andererseits aber weder die Fahrscheine noch die erhöhten Beförderungsentgelte und die Geldstrafen zahlen können und dann in unserem angeblich so reichen Lande (immerhin zu Tausenden) in die Gefängnisse wandern. Ihr oft aus Persönlichkeitsstörungen und Überforderung generiertes Verhalten ist kein schweres Unrecht und mithin keine Kriminalität. Entkriminalisierung ist hier das Gebot der Stunde – und die für den Strafvollzug dysfunktionale und für die Gesellschaft doch eigentlich nur peinliche Institution der Ersatzfreiheitsstrafe könnte und sollte gleich mit abgeschafft werden; vgl. Johannes Feest, *Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe* (§ 43 StGB). Eine Petition mit Fußnoten, in: *Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, 2016, 491-494.

16 Der Freizeitgebrauch von psychoaktiven Substanzen sollte im Rechtsstaat erst dann zur Angelegenheit des Strafrechts werden, wenn dadurch Dritte auf eine bestimmte, strafrechtlich relevante Art geschädigt werden. Für Alkohol ist das im deutschen Recht angemessen geregelt, für die BtMG-Drogen überhaupt nicht. Vgl. Douglas Husak, *Drugs and Rights*, Cambridge 1992; Cornelius Nestler, *Das Verbot weicher Drogen*, ZStW 2017, 467-472; Lorenz Böllinger, *Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots*, Neue Kriminalpolitik 2018, 239-257. – Selbst wenn man unterstellt, dass es ein legitimes Ziel der Gesundheitspolitik sein kann, den Drogenkonsum in der Bevölkerung zu verringern (worüber sich streiten lässt), ist zu bedenken, dass das Strafrecht hier einen Bärendienst leistet, weil fünf Jahrzehnte Drogenbekämpfung nichts gebracht haben, während die nicht-strafrechtlichen Anti-Raucher-Kampagnen in derselben Zeit den Raucheranteil deutlich reduzieren konnten. Vgl. einerseits John P. Pierce et al., *Prevalence of Heavy Smoking in California and the United States, 1965-2007*. JAMA: The Journal of the American Medical Association, 2011; 305 (11): 1106; andererseits Dan Werb et al., *The temporal relationship between drug supply indi-*

- *Unfall- bzw. Fahrerflucht* (§ 142 Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort)¹⁷
 - Verletzung der Unterhaltungspflicht nach § 170¹⁸
 - Eigendoping (§ 4 Anti-Doping-Gesetz)¹⁹ und
 - Herunterladen von Musikstücken für den privaten Gebrauch (§ 106 Urheberrechtsgesetz).²⁰

Viele *Ärgernisse und Störungen der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung* erreichen heutzutage nicht mehr den für den Einsatz des Strafrechts erforderlichen Grad der Erheblichkeit. Deshalb gibt es hier viele Entrümpelungs-Kandidaten im Sinne einer (wenn schon nicht in jedem Fall legalisierenden, so doch zumindest) transformierenden Entkriminalisierung, d.h. einer Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit – man denke etwa an Doppelehe und doppelte Lebenspartnerschaft (§ 172), Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173), Exhibitionistische Handlungen (§ 183), Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a), Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184 f.), Tierpornographie (§ 184a 2. Alt.), Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b) und unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284).

Damit wollen wir die Vorschläge zur Entrümpelung dann aber auch schon vorläufig abschließen – freilich in dem Bewusstsein, dass es auch noch die *verfassungswidrigen*, die *systemwidrigen* und die *rechtsgutslosen* Tatbestände gibt, ganz zu schweigen von den *Lobby-Tatbeständen* und denen, die aus vergleichsweise niedrigen Beweggründen weit im *Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen* gleichsam künstlich zu Tatbeständen aufgepumpt wurden. In diesem Bereich ist nichts völlig geklärt und alles sehr komplex, führt die Pro-

cators: an audit of international government surveillance systems, in: BMJ Open 2013 <http://bmjopen.bmj.com/content/3/9/e003077>. Möglicherweise ist es also weniger die Intensität als die Intelligenz einer Drogenpolitik, die über den Erfolg entscheidet. Und das Schwert des Strafrechts ist hier, wie so oft im Bereich menschlichen Verhaltens, nicht die beste Wahl.

- 17 Der zivilrechtliche Zweck des § 142 ließe sich auch ohne Strafrecht erreichen. Dafür gibt es Vorbilder im europäischen Ausland – oder auch Konzepte wie das eines neutralen Online-Melderegisters, das das Verweilen am Unfallort entbehrllich macht und die Schadensregulierung einleitet, ohne dass der Verursacher sich entgegen dem *nemo tenetur* Grundsatz der Strafverfolgung aussetzen muss; vgl. Ziva Kubatta, Zur Reformbedürftigkeit der Verkehrsunfallflucht (§ 142 StGB), Göttingen 2008.
- 18 Wenn sich die Strafjustiz mit dem § 170 zum Büttel von Jugend- und Sozialämtern macht, hilft das noch lange nicht unbedingt den Unterhaltsberechtigten; die Bestrafung des Unterhaltspflichtigen kann eher noch alles weiter verkomplizieren.
- 19 Diese Vorschrift erfindet ein fragwürdiges Rechtsgut und ignoriert das Subsidiaritätsprinzip zugunsten einer vielleicht populären, aber praktisch folgenlosen Regelung; vgl. näher: Ingo Bott/Wolfgang Mitsch, Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings. KriPoZ 2016 H. 3, 159-168; auch: Anti-Doping-Gesetz: „Darf der Staat das überhaupt?“ Interview von Fabian Scheler mit Paul Lambert, ZEIT-online, 23.3.2016 <https://www.zeit.de/sport/2016-03/anti-doping-gesetz-kritik/komplettansicht>; kritisch bereits im Entwurfsstadium: Presseerklärung des Deutschen Richterbunds v. 2.3.2015, #7/15 Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport <https://www.drj.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/715/>. In der aktuellen Diskussion will man bloß kein „falsches Signal“ aussenden und setzt deshalb statt auf Rücknahme des Gesetzes lieber auf *more of the same*, so als könnte ein Mehr an Überwachung, Kronzeugen, Strafen usw., wenn man nur genügend eskalierte, die Konstruktionsfehler des Gesetzes neutralisieren. Vgl. Anno Hecker/Ralf Meutgens, Das Schicksal der Kronzeugen, FAZ 6.3.2019, 27.
- 20 Das war ein Fall der Überkriminalisierung durch ein von der Musikindustrie durchgedrücktes Lobby-Gesetz (Kinowerbungs-Kampagne: „Raubkopierer sind Verbrecher“). Vgl. Gregor Albach, Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet, Norderstedt 2015.

blematisierung dieser Fälle doch oft schnurstracks zu Grundfragen der (Kriminal-) Politik, (Straf-)Rechtstheorie und -Soziologie. Das zeigt allerdings auch schon, dass der Begriff der Entrümpelung hier nicht mehr so ganz trifft – weil es an dem notwendigen Grad von Evidenz der Entbehrlichkeit mangelt, der zum Begriff des Gerümpels nun einmal dazugehört.²¹

II. Entkriminalisierung

Kandidaten für eine Entkriminalisierung sind erstens alle Straftatbestände, die vom Unrechtsgehalt her nicht strafwürdig sind, zweitens solche mit illegitimen Regelungszielen und drittens solche, deren Regelungsziele zwar legitim sind, aber ebenso gut oder besser ohne Strafrecht erreicht werden können.

Diese drei Kriterien unterscheiden *liberal democracies* von anderen Regierungsformen. Nur wo man mit John Adams von einem *government of laws and not of men* sprechen kann, ist es möglich, die Existenzberechtigung von Strafgesetzen von deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne abhängig zu machen – und nur hier kann man auch darauf insistieren, dass der richtige Ort des Strafrechts nicht vor oder über anderen Regelungsformen, sondern unter und hinter ihnen ist (Subsidiarität). Nur hier ist das Strafrecht kein Steuerungsmittel wie jedes andere auch, sondern darf nur als *ultima ratio* zum Einsatz kommen: hat also dort nichts verloren, wo mildere Sanktionen genügen oder wo es überhaupt andere Mittel gibt, um ein legitimes Ziel ebenso gut oder sogar besser zu erreichen. Dass es sich *realiter* anders verhält, sollte von der Gesamten Strafrechtswissenschaft in den Blick genommen werden. Dann zeigen sich sogleich zwei starke Kandidaten für eine Entkriminalisierung: *polizeiwidriges Verhalten* und *private Unerwünschtheiten*.

1. Verschiedene Formen polizeiwidrigen Verhaltens

Die Tendenz zur Konstruktion großflächiger ökonomisch-ökologischer Rechtsgüter und zur Kriminalisierung ihrer (potentiellen) Gefährdung hat die Ausdehnung der *Sinnprovinz der Kriminalität*²² erheblich gefördert, ohne dass allerdings klar wäre, ob oder inwiefern ausgerechnet das Strafrecht hier bessere Steuerungsleistungen erbringen kann als etwa das Verwaltungsrecht. Ganz unabhängig von der Frage, welche strafrechtsbegründende oder -begrenzende Funktion dem Rechtsgutsbegriff selbst zukommt,²³ erscheint eine Entlastung des Strafrechts deshalb schon auf Grund des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes

21 So kann man zum Beispiel den Tatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217) aus gutem Grund für einen Verstoß gegen die Menschenwürde und die allgemeine Handlungsfreiheit (Artikel 1 und 2 GG), für einen Verstoß gegen die Akzessoritätsregeln (strafbare Beihilfe zu strafloser Haupttat) und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, für verfassungswidrig und entbehrlich halten. Das heißt aber nicht, dass es keine gewichtigen Gegenargumente gäbe; vgl. z.B. Johannes Fischer, Aktive und passive Sterbehilfe, Zeitschrift für Evangelische Ethik, Band 40, 2014, Heft 1, 110–127.

22 Vgl. Henning Schmidt-Semisch/Henner Hess (Hrsg.), Die Sinnprovinz der Kriminalität. Zur Dynamik eines sozialen Feldes, Wiesbaden 2014.

23 Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u.a. 2002; Luis Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 234–238; Armin Engländer,

angezeigt²⁴ – und dabei wäre dann an sehr unterschiedliche Tatbestände zu denken, die vom Gesetzesmonster der Begehung von Straftaten aus Gruppen (§ 184j)²⁵ über den Kapitalanlagebetrug (§ 264a) und verbotene Kraftfahrzeugrennen (§ 315d) bis zur Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete (§ 329) reichen.²⁶

Ähnliches gilt für die zu Straftaten erklärten Verhaltensweisen, bei denen es sich der Sache nach eher um *politische Polizeiwidrigkeiten* handelt. Dass die Kriminalisierung politisch unerwünschter Phänomene im „Vorfeld des Vorfelds“ von Rechtsgutsverletzungen auf eine lange (präkonstitutionelle) Tradition zurückblicken kann, sollte ebenso wie die Systemwidrigkeit mancher Vorschriften in diesem Bereich (und die Wortakrobatik zu ihrer Legitimierung) aufhorchen lassen. Man denke an Vorschriften wie

- das Verbreiten von Propagandamitteln (§ 86) und das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a)²⁷
- die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat (§ 89a), die Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Straftat (§ 89b) und die Terrorismusfinanzierung (§ 89c)²⁸
- die öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§ 111)²⁹
- die Tatbestände betreffend kriminelle und terroristische Vereinigungen im Inland und im Ausland (§§ 129, 129a, b) einschließlich ihrer prozessualen Anhängsel³⁰ und
- die Volksverhetzung (§ 130), die Anleitung zu Straftaten (§ 130a), das „Klimaschutz-Gesetz“ der Gewaltdarstellung (§ 131) sowie die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166).³¹

Das Bewusstsein, in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat zu leben, in dem alle ihre sehr unterschiedlichen eigenen Meinungen auch frei äußern können, ist heute nicht so ausgeprägt, wie es sein könnte und in einer freien Gesellschaft auch sein sollte. Diesem

Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 137 (2015), 616–634.

24 Vgl. Wolfgang Naucke, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, 199–217.

25 Vgl. Joachim Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht, NJW 2016, 3553–3558.

26 Für einen Seitenblick auf das Wirtschaftsstrafrecht vgl. Michael Kubiciel, Was wird aus dem Strafrecht? Koalitionsregierung und Kriminalpolitik – die Wissenschaft muss mit der Betrachtung der Wirklichkeit beginnen und ihre Leitbilder anpassen, FAZ 15.2.2018, 6; ders., Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände, ZStW 129 (2017), 473–491.

27 Vgl. zu den Schwachstellen dieser Vorschriften: Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt a.M. 2005; Dirk Reuter, Verbotene Symbole. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zum Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a StGB, Baden-Baden 2005; Christian Becker, Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzrecht, Bucerius Law Journal 2012, 113–118.

28 Vgl. Thomas Uwer, Strafbare Möglichkeiten. Zu § 89 a,b,c StGB, in: Freispruch, Heft 7, September 2015, 9–12.

29 Vgl. Dagmar Kolbe, Strafbarkeit im Vorfeld und im Umfeld der Teilnahme (§§ 88a, 110, 111, 130a und 140 StGB), Berlin 2011, 181–183.

30 Vgl. Das Sonderrechtssystem des § 129a StGB (2007) <http://delete129a.blogspot.de/images/Sonderrechtssystem.pdf>; kritisch zum Rechtsgut des § 129b – „die öffentliche Sicherheit einschließlich des allgemeinen Rechtssicherheitsgefühls“ auf der ganzen Welt“ (Hervorh. i. O.) – Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl. München 2018, § 129b Rn. 3.

31 Nicht alles, was grob anstößig ist, bzw. was groben Anstoß erregen kann, muss bzw. darf deswegen auch zum Einsatz des o.g. schärfsten Schwertes führen; pars pro toto: Markus Becker, Warum Blasphemie dazugehört, Spiegel-online 9.1.2015 <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/komm-entar-zu-charlie-hebdo-mehr-blasphemie-bitte-a-1011941.html>.

Defizit könnte abgeholfen werden, wenn man dafür Sorge trüge, dass es aufgrund einer engeren Fassung und größeren Bestimmtheit entsprechender Äußerungsdelikte keinen so starken *chilling effect* des Staatsschutzrechts mehr gäbe.³² Gerade dort, wo der Staat in eigener Sache Strafgesetze erlässt, sollte er sich an seine eigenen Grundsätze der Bestimmtheit, der Allgemeinheit, der Verhältnismäßigkeit halten, sollte das strafbewehrte Moralisieren nach Möglichkeit vermeiden und etwas stärker als in jüngster Zeit auch bei der Gesetzgebung einmal *in dubio pro libertate* entscheiden.³³

Potentielle Gefährdungsdelikte von der Art des § 166 sind typisches Polizeirecht. Hier geht es auch nicht um das Persönlichkeitsrecht, sondern um das mehr oder weniger aus dem Hut gezauberte Rechtsgut des *öffentlichen Friedens*, bzw. dessen mögliche Gefährdung, der mit dem Strafrecht begegnet werden soll. Sieht man das kriminelle (!) Unrecht in so etwas wie einer drohenden Trübung der Sicherheitserwartung der Bevölkerung, dann bleibt das als Unrechtsbegründung immer noch zirkulär (soll diese doch nur durch eine Unrechtsstat eintreten können, die deswegen als Unrechtsstat gilt, weil sie für die Veranlassung einer solchen Eintrübung geeignet ist). Es gälte aber, den Unrechtsgehalt der Äußerung selbst zu begründen und ihn nicht durch den vermeintlichen Unrechtsgehalt des potentiellen Gefährdungserfolgs zu substituieren. Die Bemühtheit der Konstruktionen, die hier vorgeschlagen werden, zeigt schon, dass solche potentiell anstoßerregenden mündlichen oder schriftlichen Äußerungen im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen besser als Polizeiwidrigkeiten aufgefasst würden. Zumal die jeweilige inkriminierte Äußerung erst dann und dadurch in den Status einer Straftat erhoben wird, nachdem sie bereits getätigt wurde und daraufhin die Einschätzung erlaubt, dass sie den öffentlichen Frieden gefährden oder stören könnte. Dies wiederum kann gut und gerne mehr mit externen Bedingungen und beschwerdemächtigen Akteuren als mit der beanstandeten Äußerung selbst zu tun haben. Die berühmt-berüchtigte Kategorie des „öffentlichen Friedens“ ermöglicht also aus sich selbst heraus gar keine Abgrenzung zwischen strafbarem und nicht strafbarem Verhalten.

A fortiori müssten die gegen § 166 sprechenden Argumente auch für den Fall des seit 1960 wiederholt erweiterten und verschärften § 130 (Volksverhetzung) gelten. Wo mit einem Einzelfallgesetz das Bezweifeln oder Bestreiten ganz bestimmter historischer Vorgänge strafbedroht ist (§ 130 III), ist das Grundrecht auf Meinungsfreiheit eingeschränkt.³⁴ Bei *overcriminalization* im Meinungsbereich aber sind dann auch *prisoners of conscience* nicht weit.³⁵ Von den zusätzlichen Problemen des seinerzeit aus rein polizeit-

32 Zum Terminus *chilling effect* vgl. EGMR 27.3.1996 App. No. 17488/90, Rn. 39; Goodwin <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62533>.

33 Vgl. Thomas Fischer, Strafrechtsgesetz mit Nebengesetzen, 65. Aufl. München 2018, § 130a Rn. 4.

34 Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist der Schutzbereich von Art. 5 GG mangels Meinungseigenschaft nicht berührt (vgl. Beschluss vom 22. Juni 2018 – 1 BvR 673/18) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1bvr067318.html; im internationalen Vergleich erscheint das eher idiosynkratisch; für eine klassisch-liberale Sicht vgl. z.B. Flemming Rose, Zuckerberg was right about how to handle Holocaust deniers, Washington Post 30 July 2018; https://www.washingtonpost.com/news/worldpost/wp/2018/07/30/facebook/?noredirect=on&utm_term=.2ca021493068.

35 Vgl. dazu z.B. Ursula Haverbecks Einlassung in Bezug auf die Anklage wegen Volksverhetzung in der Begehungsform der Leugnung des Holocaust vor dem Amtsgericht Bad Oeynhausen (5 Ds 46 Js 485/03-256/04) in der Hauptverhandlung vom 18. Juni 2004 <https://ecitydoc.com/download/tat-sachen-ursula-haverbeck.pdf>.

aktischen Motiven entstandenen § 130 IV ganz zu schweigen.³⁶ Jedenfalls wäre Rechtsgüterschutz, Meinungsfreiheit und Demokratie durch einen Rückbau des § 130 auf einen Tatbestand gedient, der diejenigen erfasst, die „in einer angeblichen ‚Meinung‘ nichts anderes verbergen als Verleumdung von Opfern und Gewalthetze gegen solche, die sie als zukünftige Opfer bedrohen wollen“³⁷ – der aber nicht darüber hinaus auch noch zahlreiche³⁸ Personen stigmatisiert und/oder strafend aus dem Raum sozialer Kommunikation ausschließt, die weit davon entfernt sind, derartige Absichten zu verfolgen.³⁹

2. Private Unerwünschtheiten

Dass der Kernbereich individueller Lebensgestaltung frei sein muss von strafrechtlicher Steuerung ist zwar von der Verfassungsrechtsprechung irgendwie erkannt, aber nicht immer befolgt worden.⁴⁰ Dennoch ist der Grundgedanke klar. Der Staat kann sich zum Beispiel zum Ziel setzen, den Fleischkonsum der Bevölkerung (aus Gründen des Umwelt- und des Gesundheitsschutzes) zu senken und kann dafür alle möglichen Aktivitäten der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, des Umweltbundesamtes usw. finanzieren, aber er darf keine strafbewehrten Schnitzel- und keine Frikadellenverbote erlassen. Dasselbe gilt im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat natürlich auch für die Selbstbestimmung in Bezug auf das persönliche Erscheinungsbild (Kleidung, Frisur etc.), Freizeitaktivitäten (Chillen oder Motocross), die sexuelle Orientierung (homosexuell, heterosexuell, bisexuell etc.) und die Religionszugehörigkeit.⁴¹ Hier soll der Staat die Freiheit schützen, ohne selbst zu moralisieren.⁴² Dasselbe müsste für die freie Gestaltung des eigenen Lebensendes gelten, hat doch jeder Mensch eine spezielle, persönliche Haltung zum Sterben, zum Tod und zum Diesseits wie zum Jenseits – einschließlich der Frage, ob und gegebenenfalls welche Hilfe er in Grenzsituationen in Anspruch nehmen möchte.

36 Die Einfügung dieses Absatzes erfolgte seinerzeit zur erleichterten polizeilichen Verhinderung ungewollter Veranstaltungen zum 60. Jahrestag der Kapitulation am 9.5.2005; vgl. BT-DS 15/5051, 6.

37 Thomas Fischer, Über das Hetzen und Lügen, ZEIT-online 3.11.2015 <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-11/volksverhetzung-oeffentlicher-friede-auschwitzluege-strafrecht-fischer-im-recht/komplettansicht>.

38 Nachdem die Zahl der polizeilich registrierten Volksverhetzungs-Fälle seit dem Jahr 2000 jeweils um die 3000 schwankte, oszillierte sie in den Jahren 2015-2017 eher um die 5000 (2015: 4513, 2016: 6514, 2017: 4763). <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157434/umfrage/polizeilich-erfasst-e-faelle-von-volksverhetzung-seit-1996/> Eine präzisere Fassung des Tatbestands im Sinne der von Thomas Fischer erwähnten Kriterien könnte diese Zahlen womöglich wieder deutlich verringern und damit die schädliche Ausstrahlung des Gesetzes auf benachbarte Bereiche des legalen Diskurses – seinen *chilling effect* – abmildern.

39 Vgl. schon Stefan Huster, Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1996, 487-491.

40 Vgl. Luis Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 234-238.

41 Letzteres gab es natürlich zur Zeit des Augsburger Religionsfriedens (1555) noch lange nicht (*cuius regio eius religio*), aber auch Vorletzteres gibt es noch nicht lange (noch 1957 galt die Kriminalisierung der Homosexualität als vereinbar mit dem Grundgesetz – siehe BVerfGE 6, 389).

42 Vgl. zur problematischen Grenzverschiebung im Sexualstrafrecht, insbesondere zu § 177 (Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung; Vergewaltigung): Maximilian Amos, Interview mit Elisa Hoven und Thomas Fischer, „Wir erleben eine Moralisierung des Rechts“, LTO 31.10.2016 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sexualstrafrecht-reform-elisa-hoven-thmoas-fischer/>.

Wenn es richtig ist, dass der Gesetzgeber – wie er behauptet – mit § 217 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) genau dieses Ziel verfolgte, nämlich die Selbstbestimmung am Lebensende vor ungewollter Beeinflussung zu bewahren, dann hat er sich irrtümlich eines dazu völlig ungeeigneten Mittels bedient. Denn mittels dieser Vorschrift wird hier gerade die Realisierung der Hilfe, die das mündige Individuum am Lebensende ausdrücklich erbittet, verhindert. Außerdem widerspricht es der Logik und dem System des Strafrechts, eine Hilfeleistung für strafwürdig zu erklären, wenn die Handlung, zu der diese Hilfe geleistet wird, selbst nicht strafbar ist. Drittens soll das Kriterium der Geschäftsmäßigkeit wohl andeuten, dass hier etwas gegen unseriöse Geschäftemacherei unternommen wird. Aber geschäftsmäßig handeln auch alle seriösen Ärzte, solange sie nicht auf jedes Honorar verzichten. Warum gilt auch ihnen die Strafdrohung? Zur Verhinderung unseriöser Praktiken würden Vereins- und Gewerberecht vollauf genügen – und wären auch schneller und effektiver. Besser wäre ein legislativer Weg wie in Holland.⁴³ Dagegen spricht es Bände, dass man in Deutschland die Öffentlichkeit mit der Mitteilung beruhigen zu müssen glaubt, dass für Palliativmedizinerinnen, die wegen ihres Berufes wiederholt dem Wunsch von Sterbenden nach Assistenz beim Suizid nachkommen wollen, „unter Umständen auch noch die mehrfache Begleitung eines Suizids straffrei sein (kann)“.⁴⁴

Die scheinbar so erfreulich niedrigen deutschen Suizidraten (im Vergleich zu Holland seit der dortigen Sterbehilfe-Gesetzgebung)⁴⁵ verbergen wahrscheinlich nichts anderes als den wenig tröstlichen Umstand, dass hierzulande ein inhumaner Zwang zum Weiter-Leiden gegen den Willen der sterbewilligen und eigentlich sterbeberechtigten Grundrechtsträger an ihrem Lebensende regiert.

Auch mit § 218 und § 219a kolonialisiert der strafende Staat einen privaten Bereich der Lebensgestaltung. Auch wenn die Schärfe der Auseinandersetzung seit der Herabstufung der Abtreibung zum Vergehen (1969) und seit der Fristenlösung (1994) abgenommen hat, so bleibt doch eine prinzipielle Ungerechtigkeit gegenüber schwangeren Frauen bestehen. Denn während die Befolgung des strafrechtlichen Unterlassungsgebots (etwa: zu rauben oder zu stehlen) üblicherweise keine langdauernden und lebensverändernden Folgen für Identität und Lebensperspektive der Normadressaten und -adressatinnen hat, hat die Befolgung des Abtreibungsverbots für die Schwangeren sehr wohl lebensverändernde Folgen, die den Kern der Selbstbestimmung darüber betreffen, *wie* und *als wer überhaupt* sie leben möchten. Das ist der Grund, warum – bevölkerungspolitisches Staatsinteresse und religiöse Dogmen hin oder her – kein Strafgesetz eine Person zur Austragung der Schwangerschaft zwingen sollte. Auch nicht unter dem Vorwand, dass Embryonen das Recht auf Geborenwerden hätten. Ganz abwegig wäre die Idee einer Pflicht des Staates, ein solches vorgebliches Recht auch noch mittels des Strafrechts gegen Abtreibung zu

43 Artikel 293 II und 294 II nStGB sind klare Vorgaben, die darauf ausgelegt sind, das Recht der sterbewilligen und hilfsbedürftigen Person zu respektieren und zugleich Missbrauch durch die Einschaltung von Ärzten, eine Hinterfragung des Suizid-Entschlusses unter Erörterung von Alternativen, Kontrolle des gesamten Prozesses durch eine ansonsten nichtbeteiligte Person usw. zu verhindern.

44 Oliver Tolmein/Lukas Radbruch, Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Balanceakt in der Palliativmedizin, Deutsches Ärzteblatt 114 (2017), 627-634, 630.

45 Theo A. Boer, Dialectics of lead: fifty years of Dutch euthanasia and its lessons. International Journal of Environmental Studies, 25.1.2018.

schützen – als bestünde der Zweck von Grundrechten nicht in der Beschränkung, sondern geradezu in der Legitimierung und Erweiterung der strafenden Staatsgewalt.

Das als Werbeverbot getarnte Informationsverbot des § 219a soll das Unrecht der Abtreibung unterstreichen. Selbst wenn man die Prämissen vom Unrecht der Abtreibung und vom Recht eines weltanschaulich neutralen Staates zur Übernahme dieser Wertung akzeptierte, wäre damit noch lange nicht die Nutzung (ausgerechnet) des Strafrechts zur Verbreitung dieser Botschaft ausgesagt, fände ein solches Recht des Staates auf Werte-Propagierung doch seine Grenze am Grundrecht auf freie Information über ärztliche Leistungsangebote. Marktschreierische und irreführende Werbung ist Ärztinnen und Ärzten aufgrund allgemeiner Regeln sowieso untersagt. Dafür bedarf es dieses StGB-Paragraphen nicht.⁴⁶ Die Strafdrohungen der §§ 218 bis 219a aber: sie sind mehr als nur einfach entbehrlich.

Zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört auch die sexuelle Orientierung. Das ist für die Homosexualität zwar mittlerweile geklärt, bedarf aber einer Neu-Thematisierung im Bereich der pädosexuellen Veranlagung (sog. Kernpädophilie). Hier gibt es Menschen, deren Veranlagung nun einmal da ist und die als Teil ihrer Persönlichkeit auch zu respektieren ist – die sie aber andererseits nicht leben dürfen (§ 176 Sexueller Missbrauch von Kindern). Ob der komplexe Knoten dieses Dilemmas kommunikativ-helfend und betreuend aufgelöst werden kann oder am besten doch mit dem scharfen Schwert des Strafrechts durchschlagen werden sollte, ist Gegenstand eines *culture war*⁴⁷ – also einer Form der (kriminal-)politischen Auseinandersetzung, bei der seitens dominanter Kräfte von der Wissenschaft eigentlich nur erwartet wird, dass sie sich entweder gefällig oder aber sonst gar nicht zu Worte melde.⁴⁸

III. Ersetzung

Beschränkt man sich darauf, das Strafrecht Tatbestand für Tatbestand durchzumustern, dann verliert man leicht den Überblick und kommt vor allem womöglich nie zu den Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Wieso verschwendet eigentlich niemand mehr einen Gedanken auf die Frage, ob es vielleicht etwas gibt, das „besser als Strafrecht, das sowohl klüger als auch menschlicher als das Strafrecht wäre“?⁴⁹ Dabei gäbe es für eine prinzipielle Kritik der strafenden Vernunft genügend Ansatzpunkte:

46 Julia Bähr, Straffrei, aber geächtet. Wie scheinheilig die Debatte um § 219a geführt wird, FAZ 24.2.2018, 11.

47 James Davison Hunter, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, New York 1991.

48 Theodorus Sandfort et al., *Male intergenerational intimacy*, New York 1991; Rüdiger Lautmann, *Die Lust am Kind. Porträt des Pädophilen*, Hamburg 1994; Bruce Rind et al., *A Meta-Analytic Examination of Assumed Properties of Child Sexual Abuse Using College Samples*, *Psychological Bulletin* Vol. 124/1 (1998), 22-53; Heather M. Ulrich et al., *Child Sexual Abuse: A Replication of the Meta-analytic Examination of Child Sexual Abuse by Rind, Tromovitch, and Bauserman* (1998). *The Scientific Review of Mental Health Practice: objective investigations of controversial and unorthodox claims in clinical psychology, psychiatry and social work* (SRMHP), 4 (2) June 2005. – Grundsätzlich zum Spannungsverhältnis von Jugendschutz und Selbstbestimmung vgl. Hannah Lenz, *Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen*, Baden-Baden 2017.

49 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1932: 403. – Vielleicht ist es die Angst vor der Antwort, die uns zurückhält. Im Erfolgsfall hätten wir ja nach unseren eigenen Prinzipien gar keine

- Der erste ist ein diskurstaktischer und gewissermaßen strafrechtspolitischer. Er besteht in der Erkenntnis, dass es eines Gegenpols zur tendenziell unbegrenzt strafwilligen Kriminalpolitik bedarf, und dass dieses Gegengewicht (nur) eine an Freiheit und Gerechtigkeit orientierte Strafrechtswissenschaft sein kann. Aufgabe der Wissenschaft ist die Kritik, nicht die Förderung staatlichen Strafs: „In der Sache bedeutet dies eine abolitionistische Perspektive, also eine Perspektive der Entkriminalisierung.“⁵⁰
- Der zweite ist ein historisch-genealogischer. Das System peinlicher Strafen und damit „unser“ Strafrecht mit der Freiheitsstrafe und in manchen Staaten auch mit der Todesstrafe – entstand aus dem Umgang mit Sklaven und anderen Unfreien.⁵¹ Im frühen Mittelalter war so etwas für Freie noch undenkbar. Unter freien Menschen gab es als Reaktion z.B. auf Tötungen keine Eingriffe in Leib, Leben oder Bewegungsfreiheit des Täters. Die Folge von Unrecht bestand in Sühneverträgen und Sühneleistungen zwischen den beteiligten Sippen. Es gab also Verpflichtungen, die zu erfüllen waren, und wenn die Leistungen erbracht waren, gab es wieder Frieden, wobei die leistende Partei per „Gleichheitseid“ zum Ausdruck brachte, dass die erbrachte Leistung im umgekehrten Fall auch ihr selbst genügen würde: „Umarmung und Friedenskuss konnten den Sühnevorgang beschließen.“⁵² Erst im Hochmittelalter kam es zur Ausdehnung des Sklavenrechts auf Freie, die dadurch allmählich zu Untertanen einer sich absolutistisch gebärdenden Herrschaft wurden. Untertanen blieben die Menschen dann bis zur Etablierung demokratischer Verhältnisse. Zur vollständigen Emanzipation gehört auch die Überwindung des Strafrechts durch ein menschenwürdiges System von Unrechtsfolgen.
- Der dritte ist ein soziologischer. Strafrecht trifft noch heute vor allem die Armen, die Angehörigen von Minderheiten, die Benachteiligten, die Unterdrückten, die Zurückgebliebenen, die Gestörten und die anwaltlich unzulänglich Vertretenen. Gegen diese Menschen holt die Gesellschaft mit der Strafe nach, was sie für sie zu tun versäumte. Man macht sich keine Vorstellung von der Art, wie mit den vielen Millionen Häftlingen, die es heute weltweit gibt, faktisch umgegangen wird – eher wie mit Tieren oder Sachen und jedenfalls bei Weitem nicht so, wie es die Menschenwürde und die von den Vereinten Nationen beschlossenen Mindeststandards für die Behandlung von Gefangenen – die seit Dezember 2015 so genannten Nelson Mandela Rules – fordern.
- Der vierte ist ein politikwissenschaftlicher. Das Strafrecht ist klassisches Subordinationsrecht. Für die Steuerung gesellschaftlicher Prozesse durch Befehl und Gehorsam ist der Staat in einer Demokratie aber nur noch sehr begrenzt legitimiert und befähigt. Der Wandel vom autoritären Subordinations- zum kooperativen Verhandlungsstaat wird auch vor der Rahmung und Regelung von Konflikten nicht haltmachen.
- Der fünfte ist ein rechtssoziologischer. Die aktuelle Entwicklung des Strafrechts zeigt zugleich die Grenzen seiner Modernisierbarkeit. Versuche, das Strafrecht von kondi-

andere Wahl, als unverzüglich eine umfassende Entkriminalisierung in Gang zu setzen. Dieser Prozess wäre nicht auf einzelne Strafbestimmungen begrenzt, sondern es ginge ums Ganze. Und der Gedanke ist dann doch ein bisschen unheimlich.

50 Thomas Vormbaum, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, Berlin 2011, 41.

51 Thorsten Sellin, Slavery and the Penal System. New York/Oxford 1976, 29, 178; vgl. auch Barbara Esposito/Lee Wood, Prison Slavery, Washington D.C., 1982.

52 Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1983, 24.

tionaler auf Zweckprogrammierung umzustellen und es durch den Einbau von Rückkoppelungsmechanismen (reflexives Recht) zu einem hochflexiblen Steuerungsinstrument zu machen, sind mit der freiheitsschützenden und strafbegrenzenden Funktion des liberalen Strafrechts unvereinbar. Besser geeignet wäre hier ein Koordinationsrecht, das auf der Rechtsfolgenseite dann nicht mit Strafe, sondern mit *smart sanctions* und *soft power* arbeitet.

- Der sechste ist ein ideengeschichtlicher. Im liberalen Rechtsstaat sind alle Eingriffe in die Freiheitsphäre der Bürger so gering wie möglich zu halten. Der Satz Cesare Beccarias,⁵³ dass jeder Akt der Herrschaft eines Menschen über einen Menschen, der nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, tyrannisch ist, gilt auch und gerade für die Normen des Strafrechts. Was nicht unbedingt erforderlich ist, ist nicht verhältnismäßig, ist nicht *ultima ratio*, ist nicht verfassungsgemäß, ist nicht erlaubt und nicht zu tolerieren.
- Der siebte ergibt sich aus der Krise des Gefängnisses. Sollte sich eines Tages die Erkenntnis Bahn brechen, dass es sich bei diesen Gebäuden tatsächlich um „steingewordene Riesenirrtümer“ (Eberhard Schmidt) handelt und die Freiheitsstrafe im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat einen verfassungswidrigen Anachronismus darstellt und deshalb abgeschafft gehört,⁵⁴ dann wäre damit womöglich implizit auch die Frage nach der Notwendigkeit des Strafrechts beantwortet. Denn da es letztlich nur noch die Freiheitsstrafe ist, die das Strafrecht wesentlich von anderen Rechtsgebieten und deren Sanktionen unterscheidet, könnte man davon ausgehen, dass ein Strafrechtssystem, das sich vom Gefängnis befreit hätte, „das eigentliche Odium des öffentlichen Strafens bereits abgestreift haben wird und die Verschmelzung dieses Systems mit anderen Systemen, welche um Zweckrationalität und Gewährleistung von Autonomie im staatlich-gesellschaftlichen Umgang mit schweren Interessenverletzungen bemüht sind, kein Problem mehr sein wird.“ – „Die zu Ende gedachte Aufklärung könnte also zur Abschaffung der Strafe schlechthin führen.“⁵⁵
- Der achte ist ein utopisch-gedankenexperimenteller und lautet in den Worten, die einst Gerhard Mauz⁵⁶ ganz ohne Furcht vor ein wenig Pathos formulierte: "Es muss nicht bis zum Ende aller Tage angeklagt und verurteilt werden. Über die Verstöße gegen unsere Vereinbarungen, die wir Gesetze nennen, als hätten wir sie wie Moses vom Berge herabgebracht, kann auch solidarisch verhandelt, sie können auch leidenschaftslos ausgetragen werden (so jedenfalls, dass nicht noch mehr Leid entsteht, so schon gelitten wird). – Es setzt dies nur voraus, dass wir darauf verzichten, über Menschen zu befinden; dass wir uns dazu entschließen, mit ihnen, für sie und damit auch für uns nach Lösungen zu trachten. – Eine Utopie? Eine Utopie ist wohl eher die Vorstellung, es könne unsere Mühe um den Austrag der Konflikte, die im Zusammenhang mit unseren Vereinbarungen entstehen, für alle Zeit im Anklagen und Ver-

53 Cesare Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen* (ital. Orig. Livorno 1764), Frankfurt a.M. 1966, 52.

54 Vgl. Massimo Pavarini/Livio Ferrari (Hrsg.), *No Prison*, Capel Dewi 2018 und Sebastian Scheerer, *Abschaffung der Gefängnisse*, KrimJ 2018, 167-177.

55 Klaus Lüderssen, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a.M. 1995, 415; vgl. zur Vision der Quäker, die Freiheitsstrafe durch nicht-punitive, lebensbejahende und versöhnende Reaktionen zu ersetzen: *Minute on Prison Abolition* (1981) Approved by Canadian Yearly Meeting of the Religious Society of Friends in 1981 <http://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2011/05/CYM-Minute-on-Prison-Abolition.pdf>.

56 Gerhard Mauz, *Das Spiel von Schuld und Sühne. Die Zukunft der Strafjustiz*, Düsseldorf 1975, 7.

urteilen am Ziel sein – in einem Recht, das über uns richtet. Eine Utopie ist doch wohl eher die Vorstellung, wir könnten für alle Zeit damit am Ziel sein, dass wir strafen."

- Der neunte ergibt sich aus der Tatsache der Existenz von radikalen Alternativen zum Strafen, die bereits ihr Funktionieren unter Beweis gestellt haben. *Restorative* und *Transformative Justice* zeitigen meist bessere Ergebnisse als der traditionelle Gang des Strafrechts.⁵⁷ Es gibt eben auch andere *reordering rituals* als nur den Strafprozess: alle mit ihren Problemen und Unzulänglichkeiten, aber alle auch mit ihren Vorteilen, und weitere könnten erfunden werden. Täter-Opfer-Ausgleich, *Restorative* und *Transformative Justice* können uns viel lehren, können selbst noch viel lernen, aber auf jeden Fall transportieren sie auf überzeugende Weise eine Botschaft, die nicht vergessen werden sollte: es geht auch anders. Nicht immer muss die Reaktion eng und autoritär sein, indem sie von allem anderen abstrahierend nur nach dem Normbruch, dem Schuldigen und der Strafe sucht. Opfer können im Mittelpunkt stehen. Wiedergutmachung und eine Zukunftsperspektive könnten wichtiger werden als Leidzufügung. Täter könnten einbezogen werden, nichts müsste ihnen auferlegt werden. An ihnen müsste auch nichts „vollzogen“ werden – schon gar keine Strafe. Es müsste gar nicht um Rache oder Vergeltung gehen, sondern um *restoration* und *transformation* durch Übereinkunft.⁵⁸

Strafgesetze entstehen aus einem von vielen Akteuren beeinflussten Prozess selektiver Thematisierung, einem Prozess des Sortierens, Assoziierens, Hervorhebens, Weglassens und Dramatisierens, wodurch das Phänomen, das man bekämpfen will, in gewisser Weise erst seine passende Form, wenn nicht sein Wesen, erhält. Diese Rahmung ist nicht alternativlos, so wie die kriminelle Karriere eines Individuums nicht alternativlos ist, sondern ebenfalls durch eine andere Rahmung eine andere Richtung nehmen könnte.

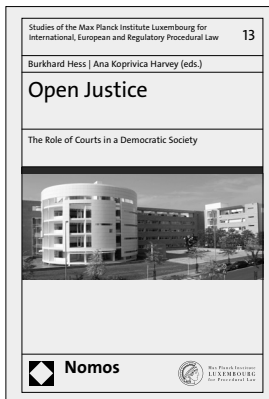
Nach einer Phase der Anbetung des Staates und seines Strafrechts im neunzehnten und einer Zeit der diesbezüglichen Desillusionierung im zwanzigsten Jahrhundert ist es an

57 Vgl. Lawrence W. Sherman et al., Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review, *Journal of Quantitative Criminology* 31/1 (2015), 1-24; ders. et al., Twelve experiments in restorative justice: the Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences, *Journal of Experimental Criminology* 11/4 (2015), 501-540. Vgl. auch John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York 2002.

58 Das funktioniert nur bei Freiwilligkeit von Tätern und Opfern. Will man weder die einen noch die anderen zu solchen *reordering rituals* nötigen, dann bliebe für die übrigen Fälle das Hinüberwechseln in ein traditionelles Gerichtsverfahren. Dort könnte, weil es nur wenige Fälle wären, die es in Anspruch nähmen, endlich (wieder) rechtsstaatlich gearbeitet werden, ohne Deals und ohne Eile. – Wolfgang Naucke (Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, Wiesbaden 1985), Klaus Lüderssen (Abschaffen des Strafrechts?, Frankfurt 1995) und Winfried Hassemer (Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer, Berlin 2009) waren wesentlich skeptischer gegenüber der Ersetzung staatlichen Strafrechts durch eine originär gesellschaftliche Konfliktregelung als etwa Alessandro Baratta (Prinzipien des minimalen Strafrechts, in: Günter Kaiser et al. [Hrsg.], *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*, Freiburg 1988, 513-541) und Nils Christie (Conflicts as Property, *British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behaviour* 17/1 [1977], 1-15). Aber auch Baratta plädierte (ähnlich wie Naucke) für ein Minimalstrafrecht, und selbst Christie war in späteren Jahren als *ultima ratio* dafür zu erwärmen; vgl. Nils Christie, Fünf drohende Gefahren für Restorative Justice, *TOA-Magazin* 1, 4-9; zu allem auch John Braithwaite, *Principles of restorative justice*, in: Andrew v. Hirsch et al. (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford 2003, 1-20.

der Zeit, sich wieder verstärkt mit Grundfragen sozialer Ordnung und Kontrolle auseinanderzusetzen. Dass sich dabei ausgerechnet die Institution des Strafrechts (geschweige denn des Gefängnisses) als wegweisend für die Zukunft herauskristallisieren wird, darf nicht nur bezweifelt, es sollte auch verhindert werden.

Open Justice: eine aktuelle und vergleichende Analyse



Open Justice

The Role of Courts in a Democratic Society

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess

und Ana Koprivica Harvey


2019, 316 S., geb., 84,— €

ISBN 978-3-8487-5585-1

(Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Bd. 13)

nomos-shop.de/40737

Das Buch bietet eine aktuelle und vergleichende Analyse des Open Justice-Konzepts. Das Konzept basiert auf dem Prinzip, nicht nur gerechte Entscheidungen zu erwirken, sondern darüber hinaus Gerechtigkeit prozessual ‚sichtbar‘ zu machen. Diese Idee wird vor dem Hintergrund der aktuellen gesellschaftlichen, technologischen und politischen Entwicklungen neu untersucht und bewertet.

 Nomos
eLibrary nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter www.nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos