

Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012

Stefan Schick, Regensburg

I. Inwiefern das Prinzip der Rechtsgutslehre, demgemäß das Strafrecht nur solche Handlungen pönalisieren darf, die in ein fremdes Rechtsgut eingreifen, für den Gesetzgeber bindend ist, ist umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner sogenannten Inzestentscheidung ausdrücklich verneint: Strafnormen ließen sich „nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten“.¹ Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber sei in der Ausgestaltung des Strafrechts nicht an eine bestimmte „überpositive“ Strafrechtstheorie gebunden, sondern nur an verfassungsrechtliche Grundsätze. Zunächst einmal scheint es jedoch evident, dass jedes staatliche Zwangsrecht einer Legitimation bedarf, die über die bloße Dezision des Gesetzgebers oder eine Mehrheitsentscheidung hinausgeht. Denn vermittels des Rechtszwangs greift der Staat in die Freiheitssphäre des Rechtssubjekts ein. Für das Strafrecht als *ultima ratio* gilt das noch mehr, zumal Strafe auch noch Schuld voraussetzt. Die Rechtsgutslehre begründet diese Legitimation von Zwang und Strafe im Schutz von Rechtsgütern. Allerdings ist der Begriff des „Rechtsgutes“ nicht nur seinem Inhalt nach umstritten, sondern auch unterbestimmt. *Claus Roxins* Definition des Rechtsgutes als „für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems“ notwendige „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen“ macht diesen Mangel an Bestimmtheit mehr als deutlich.² Ein weiterer und äußerst gewichtiger Einwand gegen die Rechtsgutslehre wurde 1985 von *Günther Jakobs* in seiner Untersuchung „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung“ vorgebracht: Gerade die Rechtsgutslehre, die nach gängiger (Selbst-)Deutung ein „liberales“ Strafrecht und damit eine kritische Limitierung des Strafrechts intendiert, ermöglicht durch den Gedanken des Rechtsgüterschutzes eine grenzenlose Vorverlagerung der Strafbarkeit von Handlungen zum Zwecke der Sicherung von Rechtsgütern. Dabei werde der Täter vom Handlungssubjekt zur bloßen Gefahrenquelle.³ Der Begründung von Strafe durch Rechtsgüterschutz setzt *Jakobs* deshalb seine eigene Theorie der Strafe als Mittel zur Aufrechterhaltung von Normgeltung entgegen. Strafe sei die „Reaktion auf einen Normbruch.“⁴ Diese Reaktion mache deutlich, „daß an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll.“⁵ Insofern sei Strafe die „Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen.“⁶

¹ BVerfGE 120, 224 (241).

² *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2.

³ *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZStW 97 (1985), 751 (753).

⁴ *Jakobs*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 5.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, 6.

Nun zeichnet es kritisches Denken bekanntlich aus, Positionen nicht einfach zu negieren, sondern in die eigene Theorie zu integrieren. In seiner Akademieabhandlung „Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts“ macht *Jakobs* nun eben dies mit der Rechtsgutslehre.

II.1. *Jakobs* entwickelt sein systematisches Anliegen (Legitimation des Strafrechts) aus einer historischen Analyse: der Analyse historischer Begründungen von Strafe. Dabei ist die Geschichte dieser Begründungen für ihn nicht eine historische Abfolge von Meinungen, sondern hat selbst systematischen Charakter. Es geht *Jakobs* also nicht um die Einbettung eines systematischen Gedankens in einen historischen Hintergrund, sondern um die Klärung seines Problems vermittels der historischen Genese von selbigem.

Ihren Ausgang nimmt *Jakobs'* Genese der neuzeitlichen Strafrechtsbegründung von der bis zum Ende des Heiligen Römischen Reiches (1806) gültigen Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. (1532). In dieser wurde die Straftat als „Störung einer christlich-theokratischen Ordnung verstanden“ (S. 7). Strafe wurde also theologisch legitimiert. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass bei der Beschreibung der Verbrechen unmittelbar gegen Gott gerichtete Verbrechen wie Gotteslästerung „an der Spitze“ (S. 7) standen.

Mit der Legitimierung des Staates durch einen Gesellschaftsvertrag (sei dieser nun als real oder ideal gedacht) wird die theokratische Begründung der Strafe obsolet. Auch wenn, so *Jakobs*, die Idee des Gesellschaftsvertrages nur „dürftig begründet“ (S. 9) sei, ändere dies nichts an der durch sie herbeigeführten Änderung der Legitimation von Strafe. Legitimationsgrund der Strafe wird das friedliche Miteinander im Staat, also die Garantie der Sicherheit und Wohlfahrt der Rechtsgemeinschaft, die sich vertraglich zum Zwecke der Sicherheit zusammengeschlossen hat, so etwa im *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794 (S. 9 f.).

Paul Johann Anselm von Feuerbach geht noch einen Schritt weiter: Unmittelbarer Schutzzweck der Strafgesetze ist nicht mehr das Gemeinwesen und nur vermittelt durch dieses die einzelne Person, sondern der Einzelne und seine persönlichen Rechte. Zweck der Vergemeinschaftung ist dabei nicht mehr nur Sicherheit oder Wohlfahrt, sondern (wie bei *Kant* und *Hegel*) die Freiheit (Freiheit ist der alleinige Inhalt des allgemeinen Willens). Die Gesellschaft hat keine Rechte, der Staat hat sie nur vermittels seines Zwecks, die Freiheits- und Rechtssphären der ihm unterworfenen Subjekte zu sichern. Grund für Strafe sind Rechtsverletzungen. Insofern der Gesellschaft und ihren Institutionen (etwa: Ehe) als vermittelnder Instanz zwischen Staat und Individuum bei *Feuerbach* aber keine Rechte zugestanden werden, gibt es auch keine ihre Rechte verletzenden Kriminaldelikte. Da jedoch auch *Feuerbach* den Bestand dieser Institutionen sichern muss – immerhin müssen sie als gesellschaftliche Institutionen zwischen Staat und Individuum vermitteln – ersetzt er nach *Jakobs* die gegen sie gerichteten Kriminaldelikte durch „Polizey-Delikte“, ohne dies innerhalb seiner Theorie adäquat legitimieren zu können (S. 13). Mit dieser Kritik an *Feuerbach* wird bereits *Jakobs'* Intention deutlich, die Gesellschaft selbst zum Mittelpunkt der Strafrechtsbegründung zu machen.

2. 1834 ersetzt *J.M.F. Birnbaum* das Konzept der Rechtsverletzung durch das der Güterverletzung. Mit ihm beginnt die Geschichte der Rechtsgutslehre, die sich allerdings erst im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts durchsetzen kann. Der Erbschaden der Rechtsgutslehre, ihre pathologische Unterbestimmtheit bzw. die

Konturlosigkeit des Rechtsgutsbegriffes, tritt dabei nach *Jakobs* bereits bei ihren ersten wirkmächtigen Vertretern (*Karl Binding* und *Franz von Liszt*) zutage: Bei *Binding* etwa kann so ziemlich alles zum Rechtsgut und damit schützenswert werden, sogar die „Freude“ an Singvögeln“ (S. 14). Aber noch in dieser Unterbestimmtheit herrscht Uneinigkeit: Für *Binding* sind Rechtsgüter allgemeine Güter, die „durch ein Werturteil der Rechtsgemeinschaft konstituiert“ werden (S. 14). Rechtsgut ist, was der Gesetzgeber zum Rechtsgut erklärt. Für *Liszt* hingegen sind Rechtsgüter durch das Recht geschützte Gemeinschafts- und Individualinteressen, die im Leben bereits bestehen. Der Gesetzgeber hat sie deshalb nicht zu konstituieren, sondern zu befördern (S. 15). Auf Grund dieser Unbestimmtheit und „chamäleonhaften Wandelbarkeit“ (S. 16) taugt die Rechtsgutslehre nicht als regulative oder gar konstitutive Idee des Rechts und damit auch nicht zur Legitimierung von Strafe. Auf Grund der „desaströsen Leere“ des Rechtsgutsbegriffes (S. 22) lasse sich in einer entsprechenden Gesellschaft schlicht alles zum Rechtsgut erheben – bis hin zum Leben des Führers. Insofern ist es für *Jakobs* „wie ein Wunder“ (S. 22), dass ausgerechnet die Rechtsgutslehre nach 1945 solch eine Renaissance erlebte. Erklärt werden könne dies nur dadurch, dass man den Primat des Politischen im Recht durch (scheinbar) vorgegebene Güter neutralisieren oder zumindest „bemänteln“ wollte (S. 23).

Insofern kann die Rechtsgutslehre freilich kein kritisch-limitatives Potential für das Strafrecht freisetzen. So verdanke sich die Abschaffung der sogenannten „Sittlichkeitsdelikte“ gar nicht der Lehre vom Rechtsgüterschutz, sondern vielmehr der Tatsache, dass der Schutz dieser Güter funktional nicht mehr notwendig war (S. 24). Normen sind für *Jakobs* nämlich in einen Funktionszusammenhang eingebunden. Sie dienen (auch) dem Schutz von Institutionen (Familie, Militär), und wenn diese Institutionen ihre Relevanz verlieren, dann auch die Normen, die ihren Bestand sichern, und die durch selbige geschützten Güter (S. 24). An ihre Stelle treten dann eben andere Normen und Delikte (etwa: Auschwitzlüge, Betäubungsmittelgesetz), die für das Selbstverständnis einer Gemeinschaft bedeutend sind.

3. Man könnte nun geneigt sein zu glauben, dass *Jakobs* (angelehnt an *Luhmann*) rein funktionalistisch und technokratisch denke. Seine Theorie der Strafrechtsbegründung würde damit keinerlei kritisches Potential gegenüber bestehenden Normen aufweisen. Solch eine Kritik schiene mir aber etwas Entscheidendes zu übersehen: Denn im Zentrum der Überlegungen *Jakobs*' steht die Freiheit – und zwar als reale Freiheit. Das Recht dient nicht nur dazu, eine Einschränkung persönlicher Freiheit zu verhindern, sondern die Freiheit überhaupt erst zu realisieren.

Von diesem Gesichtspunkt aus stellt *Jakobs* ein Konzept von Sittlichkeit vor, das dem der Rechtsgutslehre diametral entgegengesetzt ist: Für die Rechtsgutslehre ist strafrechtlich durchgesetzte Sittlichkeit immer Begrenzung von Freiheit, für *Jakobs* kann sie hingegen auch die Grundlage realer Freiheit sein. Denn die Realisierung der Freiheit des Einzelnen setze ein „Klima“ und vor allem Institutionen voraus, die dieser Freiheit förderlich sind (S. 25). Freiheit kann nur innerhalb einer freiheitlich strukturierten Gesellschaft wirklich sein. Das gleiche gilt für das Personsein: Subjekte verstehen sich nicht immer schon als Personen, vielmehr ist dies eine historische Leistung – insbesondere, dass man den Personstatus als unabhängig von Rasse, Geschlecht, Religion etc. versteht. Dass sich Subjekte also heute als Personen im Recht begreifen, ist nach *Jakobs* Resultat eines „Prozesses der Sozialisation (!)“ (S. 26). Dieser Funktion der Gesellschaft für die Garantie der Möglichkeit

individueller Freiheit und der freiheitlichen Verfasstheit des Staates trug, wie wir vorher sahen, das Strafrechtskonzept *Feuerbachs* nicht ausreichend Rechnung: Nur dank bestimmter gesellschaftlicher Bedingungen kann das Subjekt zum Bewusstsein seiner selbst als freier Person und der Anerkennung Anderer als freier Personen kommen. Der freiheitliche Staat garantiert eben diese Anerkennung und damit die Wirklichkeit von Freiheit und Person durch das Recht sowie den Fortbestand einer an Freiheit orientierten Gesellschaft. Gleichsam setzt dieser Staat Individuen voraus, die einen Staat wollen, der jene Bedingungen bereitstellt, und also dementsprechend sozialisiert sind. Das Verhältnis von Person, Gesellschaft und Staat ist deshalb nach *Jakobs* eines der „*Gleichursprünglichkeit*“ (S. 27). *Jakobs* hebt hier also die von vielen Autoren vernachlässigte Bedeutung der Gesellschaft im und für das Recht hervor.

4. *Jakobs*' Leistung besteht nun nicht zuletzt darin, das Konzept des Rechtsgutes in seine eigene Konzeption von Strafrecht zu integrieren. Ein Gut werde nämlich dadurch als Rechtsgut anerkannt, dass eine Norm die Inhaberschaft an diesem Gut schütze. Für die schuldhaft Verletzung dieser das Gut schützenden Norm drohe das Recht einen Nachteil an (S. 19). Eine schuldhaft Normverletzung negiert nämlich die Geltung der Norm und diese Negation der Normgeltung wird nun in der Strafe ihrerseits negiert. Es wird also nicht unmittelbar die Verletzung eines Rechtsgutes bestraft, sondern der Geltungsschaden an einer Norm. So folgert *Jakobs*: „*die Normgeltung ist das eigentliche Strafrechtsgut*“ (S. 20).

Dieses Konzept von *Jakobs* ist aber nicht nur deskriptiv. Es beschreibt also nicht nur die Tatsache, dass Strafe in allen Staaten der Wiederherstellung von Normgeltung dient, sondern macht deutlich, dass es sich hierbei um eine bestimmte normative Struktur handeln sollte – nämlich diejenige normative Struktur, die die Realisierung von Freiheit erst ermöglicht. Die freie Person kann nur in einem Staat gedeihen, der Rechte nicht nur nominell, sondern wirklich schützt. Die Gesellschaft muss überzeugt sein, dass im Staat Rechte und Freiheitssphären durch wirklich geltende Normen geschützt werden. Anders formuliert: Individuelle Freiheit setzt die gesellschaftliche Überzeugung voraus, dass diese Freiheit im Staat durch das Recht gesichert ist. Ein überzeugender Gedanke: Denn eine Gesellschaft, in der kein Vertrauen herrscht, dass der Staat die Freiheit durch real geltende Normen garantiert, wird eine Gesellschaft sein, deren Individuen auch kein Vertrauen mehr in die Anerkennung ihrer Freiheit durch die anderen Individuen der Gesellschaft haben. Insofern werden sie für einen Staat und ein Recht votieren, in dem die Freiheit der Anderen zu ihrer eigenen Sicherheit eingeschränkt wird, nur dass damit paradoxer Weise wiederum gerade das eingeschränkt wird, was durch das Recht ja gesichert werden sollte: ihre Freiheit.

Die Voraussetzung freien Personseins ist also gesellschaftliches Normvertrauen. Insofern der Delinquent in seiner Straftat die Geltung der Norm negiert, negiert er gleichzeitig auch die gesellschaftlichen Bedingungen der Freiheit: das Vertrauen in die Geltung der Norm. Die Negation dieser Negation (die Strafe) restituiert die Geltung der Norm, zeigt also, dass sie realiter und nicht nur nominell gilt, und erhält das Vertrauen in die Normgeltung als gesellschaftliche Bedingung der Freiheit.

5. Die Gesellschaft hat bei *Jakobs* also nicht deshalb eine so zentrale Bedeutung, weil sie an sich den höchsten Wert hätte, sondern weil sie die Voraussetzung persönlicher Freiheit und freiheitlichen Rechts ist. Deshalb muss der Staat von ihr Schaden fernhalten. Nur deshalb ist der Staat berechtigt, um Schaden von der Gesellschaft fernzuhalten, die vorrechtliche Freiheit des Einzelnen einzuschränken

(S. 28 f.) Legitimiert sind strafbewehrte Verbote deshalb nicht durch den Schutz (individueller) Rechtsgüter, sondern durch den „*Sozialschaden*“, den die pönalisierte Handlung verursacht (S. 29). Damit geht *Jakobs* über *Feuerbach* hinaus, für den Straftaten gegen die Gesellschaft keine eigene Kategorie bilden konnten.

Abschließend lassen sich dann auch Kriminalisierungen legitimieren, die ohne die Kategorie „Straftaten gegen die Gesellschaft“ Fremdkörper im Strafrecht wären: Die Auschwitz-Lüge negiert das gesellschaftliche Bewusstsein der eigenen historischen Verbrechen, das jedoch das Selbstverständnis der deutschen Gesellschaft konstituiert. Volksverhetzung ist als Diskreditierung von Teilen der Bevölkerung gar ein Angriff „auf das Zentrum jeder rechtlich verfassten Gesellschaft, nämlich auf die jedem geltende Garantie der Anerkennung als Person im Recht“ (S. 31). Hier sieht man noch einmal: Im Zentrum der rechtlich verfassten Gesellschaft steht die Anerkennung des Personseins. Scheinbar paternalistische Regelungen (etwa Betäubungsmittelgesetz) sollen nicht dem Verlust bestimmter Rechtsgüter (Gesundheit, etc.) vorbeugen, sondern der Verkehrung des „Sinn[es] von Freiheit“ und damit der Negation der „Basis einer freiheitlichen Gesellschaft“ und der Gefährdung der „Akzeptanz von Freiheitlichkeit“ (S. 34). Umweltdelikte lassen sich als Verletzung der Fortbestandsbedingungen der Gesellschaft legitimieren (S. 29). Auch Tierschutzdelikte lassen sich ohne Rekurs auf problematische Tierrechte als abstrakte Gefährdungsdelikte verstehen (Verrohung der Gesellschaft), der Tierschutz „als Schutz vor allgemeiner Verrohung“ (S. 30), da das Leid der Tiere dem von Menschen eben nicht unähnlich ist. Wer also ohne Grund Tiere quält, stumpft auch ab für das Leid seiner Mitmenschen.

In der Begründung dieser Pönalisierungen liegt jedoch, so scheint es dem Rezensenten zumindest, ein möglicher Ansatzpunkt für eine Kritik an *Jakobs'* Konzept der Begründung von Strafe: Aus einer eher liberalen Perspektive ließe sich gegen *Jakobs'* Verteidigung paternalistischer Regelungen unter Umständen einwenden, dass hier ein inhaltlich zu bestimmter Freiheitsbegriff zu Grunde gelegt werde: Die für das Recht relevante Freiheit sei nämlich die Freiheit äußerer Handlungen und diese lasse sich gar nicht verkehren, solange sie nicht die Handlungsfreiheit anderer Rechtssubjekte einschränke. Aus anderer Perspektive ließe sich eventuell einwenden, dass vielmehr *Jakobs'* Vergleich dieser Delikte mit abstrakten Gefährdungsdelikten das angemessene Verständnis menschlicher Freiheit verkehre: Denn die Gesellschaft freier Individuen wird dabei in gewisser Weise mit einem Naturgegenstand gleichgesetzt.⁷ Zuletzt werden sich wohl nur sehr wenige gegenwärtige Befürworter von Tierschutzgesetzen in *Jakobs'* Begründung wiedererkennen. Hier scheint es dem Rezensenten vielmehr eine der großen „humanen“ Leistungen der gegenwärtigen Gesellschaft zu sein, mit den Tieren auch solche Wesen als Träger von Rechten anzuerkennen und für sie ihre Rechte auszuüben, die keine Träger von Pflichten sind. Dies hatte etwa in Bezug auf Kinder bereits *Fichte* zur Pflicht einer humanen Gesellschaft erklärt: „Wenn einer, der menschlich Antlitz trägt, unfähig ist, seine Menschenrechte zu behaupten, so hat die

⁷ Vgl. zu diesem Problem *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention, 2013, 199 f., 221, 285 et passim.

ganze Menschheit Recht und Pflicht, sie statt seiner auszuüben.“⁸ So anerkennen wir ja auch den Personenstatus Verstorbener und üben für diese ihre Rechte aus.⁹ Freilich sind diese möglichen Einwände weit davon entfernt, *Jakobs'* Konzeption grundsätzlich in Frage stellen zu können.

III. *Jakobs* leistet in dieser Schrift Folgendes: 1. Er kritisiert mit der Rechtsgutslehre eine wirkmächtige, für eine Begründung von Strafe und kritische Limitierung des Strafrechts aber zu unterbestimmte Strafrechtstheorie. 2. Er zeigt mit dem Gedanken des Normgeltungsschadens eine Alternative auf, Strafrecht zu begründen. 3. Er integriert die Rechtsgutslehre in seine eigene Konzeption. 4. Er weist die vermittelnde Bedeutung der Gesellschaft für die Wirklichkeit individueller Freiheit und ihrer Garantie durch Staat und Recht nach. 5. Er macht deutlich, dass sich die Freiheit als Zentrum seiner Rechtsphilosophie verstehen lässt. *Jakobs'* Überlegungen sind dabei historisch so wohlfundiert und in argumentativer Hinsicht so klar begründet, dass auch grundsätzliche Kritiker seiner Konzeption sich in positiver Weise herausgefordert fühlen sollten, *Jakobs'* Überlegungen kritisch in ihre Alternativkonzeption zu integrieren. Wie das möglich ist, hat *Jakobs* selbst in dieser Schrift anhand der Rechtsgutstheorie vorgeführt.

⁸ *Fichte*, Beitrag zur französischen Revolution, in: Lauth/Jacob, *Fichte Gesamtausgabe*. Band I/1, 1964, 285.

⁹ Vgl. hierzu *Esser*, Menschen sterben als Personen, in: *Esser/Kersting/Schäfer* (Hrsg.), *Welchen Tod stirbt der Mensch?*, 2012, 224.