

Positives und symbolisches Strafrecht Von guter und schlechter Kriminalpolitik*

Von Prof. Dr. Frank Saliger, München

I. Einführung: Moderne Kriminalpolitik und ihre Probleme

Wer es unternimmt, zwischen guter und schlechter Kriminalpolitik anhand der Begriffe „positives“ und „symbolisches“ Strafrecht zu differenzieren, muss sich zunächst seines Begriffes von Kriminalpolitik vergewissern.

Grundsätzlich unterscheidet sich die Kriminalpolitik von der Strafrechtsdogmatik darin, dass die Strafrechtsdogmatik sich mit der Auslegung und Fortbildung des geltenden Rechts befasst, während die Kriminalpolitik das Strafrecht zum Gegenstand hat, wie es sein sollte.¹ Diese Unterscheidung geht von der Trennung von Normanwendung und Normsetzung bzw. Judikative und Legislative aus, die allerdings nicht absolut gesetzt werden darf. Es ist heute rechtstheoretisches Allgemeingut, dass der Richter nicht bloß „Mund des Gesetzes“² ist. Vielmehr zwingen ihn häufig semantische Spielräume im Gesetzeswortlaut, unter mehreren vom Wortsinn gedeckten Auslegungsmöglichkeiten die „richtige“ auszuwählen, den gesetzlichen Regelungsrahmen also mit Hilfe der juristischen Auslegungsmethoden zu konkretisieren. Darüber hinaus fordern Regelungslücken im strafrechtlichen Normprogramm den Rechtsanwender immer wieder zu schöpferischer Ausarbeitung der gesetzgeberischen Zielvorstellungen im Rahmen des strafrechtlichen Analogieverbots heraus. Ein berühmtes Beispiel ist die Rechtsprechung zur früher in der Strafprozessordnung nicht geregelten Verständigung im Strafverfahren,³ die in ihren Grundzügen letztlich vom Gesetzgeber in § 257c StPO aufgegriffen worden ist. Mit Recht umstritten geblieben ist dagegen die Rechtsfolgenlösung des BGH zum Mordtatbestand des § 211 StGB, wonach entgegen dem Wortlaut bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB angewendet werden soll.⁴

Anders als es die strenge Unterscheidung von Regelsetzung und Regelanwendung suggeriert, muss also auch der Rechtsanwender gelegentlich am Fall neue Regeln setzen. Es gibt damit tatsächlich auch eine Kriminalpolitik durch den Rechtsanwender, weshalb richtigerweise zwischen einer Kriminalpolitik im engeren und im weiteren Sinne unterschieden werden sollte. Die Kriminalpolitik im engeren Sinne bezeichnet die Fortentwicklung des Strafrechts durch den Gesetzgeber. An ihr wirken neben den Juristen in den zuständigen Ministe-

rien, der Politik und der Strafrechtswissenschaft natürlich auch Nichtjuristen mit. Die Kriminalpolitik im weiteren Sinne dagegen umfasst die Konkretisierung und Rechtsfortbildung des Strafrechts allgemein, also auch durch den Rechtsanwender und die Strafrechtswissenschaft. Im Gegensatz zu der Kriminalpolitik im engeren Sinne ist die Kriminalpolitik im weiteren Sinne eine Domäne ausschließlich der Strafjuristen.

Vor diesem Hintergrund steht die moderne Kriminalpolitik vor großen Herausforderungen. Einerseits bedrohen neue technische, soziale, ökologische, gesundheitliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen – häufig internationaler oder globaler Art – die Grundlagen einer jeden staatlichen Gemeinschaft. Andererseits erscheint die moderne nationale Strafgesetzgebung in Mediendemokratien für diese Herausforderungen wenig gerüstet.⁵ Zwar gibt es, wie wir sehen werden, auch Beispiele für gelungene Strafrechtsfortentwicklungen. Jedoch erscheint moderne Strafgesetzgebung skandalgetrieben von Medien, ausgerichtet am parteiinternen gefilterten Einzelfall und allgemein im politischen Gestaltungskompromiss gefangen tendenziell teils überhastet, teils zu wenig systematisch, konsequent und tiefgreifend, um die strukturellen Gefährdungslagen der Moderne angemessen zu bewältigen.

Es gibt daher gerade für das moderne Strafrecht genügend Anlass, der alten Frage nach guter und schlechter Kriminalpolitik nachzugehen. Das soll im Folgenden – auch im Hinblick auf die strafrechtswissenschaftliche Grundlagendiskussion in China – anhand der Differenzierung zwischen positivem und symbolischem Strafrecht geschehen.

II. Positives Strafrecht

1. Der Begriff des positiven Strafrechts

Auch der Begriff des positiven Strafrechts bedarf natürlich der Erläuterung. Denn er ist der Grundlagendiskussion in der chinesischen Strafrechtswissenschaft entnommen, während er in der strafrechtlichen Grundlagendebatte in Deutschland bislang nicht gebräuchlich ist.

Wenn ich es recht verstehe, ist die Diskussion um den Begriff des positiven Strafrechts in der chinesischen Strafrechtswissenschaft vor dem Hintergrund zweier zusammenhängender Entwicklungen entstanden. Einerseits besitzt China bis heute im Vergleich zu anderen Ländern relativ wenige gesetzliche Strafvorschriften. Zwar hat China seit 1997 sein Strafrecht modernisiert und zahlreiche neue Strafgesetze erlassen etwa gegen Terrorismus, Internet- und Drogenkriminalität sowie zum Schutz des geistigen Eigentums, der öffentlichen Gesundheit, des Handels mit Wertpapieren oder der Umwelt.⁶ Gleichwohl fehlt ein systematisches Nebenstraf-

* Mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags, den der Verf. am 4.7.2021 online in China auf Einladung von Prof. Dr. Fu Yuming (NWUPL, Xi'an) gehalten hat.

¹ Zum Folgenden *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 1, 75 ff.; *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 49 ff., 89 ff.

² So aber *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1748, XI. Buch, 6. Kap., deutsche Ausgabe Stuttgart 1976, S. 221.

³ Statt aller BGHSt 43, 195, und BGHSt 50, 40.

⁴ BGHSt 30, 105.

⁵ Vgl. nur *Eisenberg/Köbel*, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 23 Rn. 13 ff. (17 ff.); *Amelung*, ZStW 1980, 19 (47 ff.); *Ripollés*, ZStW 2001, 516 (517 f.); *Maas*, NStZ 2015, 305.

⁶ Siehe etwa die elf Strafrechtsänderungsgesetze zum 1997 reformierten PRC Strafgesetzbuch von 1979, zuletzt die 48

und Ordnungswidrigkeitenrecht, sodass die 486 Artikel des reformierten PRC Strafbuch den Kern des chinesischen Strafrechts bilden. Andererseits hat die chinesische Strafrechtsprechung aufgrund des Mangels an direkt einschlägigen gesetzlichen Strafnormen häufig vorhandene Strafvorschriften auf neue Sachverhalte extensiv ausgelegt bzw. sogar unter Verletzung des Analogieverbots angewandt, um den Strafbedürfnissen der Gesellschaft Rechnung tragen zu können.⁷

Diese Problemlage hat in der chinesischen Strafrechtswissenschaft eine Debatte um die richtige Sicht auf die Strafgesetzgebung ausgelöst. Soweit ich sehe, lassen sich im Wesentlichen drei Positionen unterscheiden: Die erste Position kann man als passives Strafrecht bezeichnen. Sie sieht die moderne Strafgesetzgebung durch die elf Strafrechtsänderungsgesetze kritisch, will das Strafrecht auf den Schutz von Bürgerfreiheiten begrenzen wider den vorverlagerten Schutz bloßer Verhaltensnormen und dem Strafgesetzgeber lediglich eine reaktive, passive Funktion zubilligen. Häufig verbindet sich die erste Position mit einem traditionellen Strafrechtsidealismus.⁸ Als zweite, genau entgegengesetzte Position kommt das sogenannte radikale Strafrecht in Betracht. Für diese Haltung ist Strafrecht ein normales gesellschaftliches Steuerungsinstrument wie Zivilrecht und öffentliches Recht, das in den beliebigen Dienst der Politik und der Wünsche der Bevölkerung gestellt werden darf. Radikales Strafrecht steht der modernen chinesischen Strafgesetzgebung befürwortend gegenüber, weil Strafrecht auf die erheblichen Veränderungen in der chinesischen Gesellschaft nicht länger schweigen, sondern Antworten, auch populistischer Art, finden muss.⁹

Die dritte Position teilt mit dem radikalen Strafrecht die Haltung, dass der Gesetzgeber auf die Veränderungen in der chinesischen Gesellschaft (Stichworte: Risiko- und Informationsgesellschaft, Globalisierung) auch mit dem Mittel des Strafrechts reagieren muss, und zwar – anders als das passive Strafrecht annimmt – proaktiv. Jedoch muss die moderne Strafgesetzgebung im Unterschied zum radikalen Strafrecht an einschränkende Prinzipien gebunden werden wie das Sozialschädlichkeitsprinzip, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder die Verfassung. Diese dritte Position wird als positives Strafrecht bezeichnet und lässt sich als moderates Präventionsstrafrecht auffassen.¹⁰ Positives Strafrecht sucht durch

eine verstärkte aktive Strafgesetzgebung die Entscheidungsspielräume der Rechtsprechung einzuengen.¹¹ Zugleich vermag positives Strafrecht auch neue Strafgesetze zu kritisieren, sofern sie keine legitimen staatlichen Interessen schützen, zu unbestimmt oder zu weitgehend gefasst sind und daher eine bloß symbolische Funktion besitzen.¹²

Dieses Konzept von positivem Strafrecht in der chinesischen Strafrechtswissenschaft, das Strafverfolgung, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung gleichermaßen umfasst, ist anschlussfähig an die deutsche Diskussion. Denn als moderates Präventionsstrafrecht entspricht das chinesische Konzept von positivem Strafrecht im Kern der herrschenden Strafrechtsauffassung in Deutschland, welche die Imperative des Risiko-, Sicherheits-, Medien- und Präventionsstrafrechts längst aufgesogen hat.¹³ Allerdings verbinden sich für einen deutschen Strafrechtswissenschaftler unter der Geltung des deutschen Grundgesetzes mit seinen Grundprinzipien der Gewaltenteilung, des Rechtsstaats und der Demokratie umgehend spezifische Elemente eines solchermaßen „positiven“ Strafrechts. Sie könnten auch für die chinesische Debatte von Bedeutung sein, die wegen der Schärfe der Strafen und des Fehlens eines Systems der strafprozessualen Entkriminalisierung im chinesischen Strafrecht an Einschränkungen interessiert ist.¹⁴ Diese Elemente vermögen einer ausufernden oder unbestimmten Strafgesetzgebung entgegenzuwirken, der Strafrechtsprechung bei ihrer Auslegung Grenzen zu setzen sowie das Phänomen symbolischer Strafgesetzgebung zu hinterfragen. Dass das chinesische Strafrecht kein Strafverfassungsrecht kennt, ändert daran nichts, weil die einschränkenden Elemente sich aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ableiten lassen und das Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 1 S. 1 ebenfalls Grundlage des chinesischen StGB ist.

2. Elemente positiven Strafrechts

Vor allem vier Elemente erscheinen mir für ein positives Strafrecht besonders wesentlich.

a) Rechtsgüterschutz, Verhaltenssteuerung und moderate Symbolik

Das erste Element betrifft die Ausrichtung des positiven Strafrechts am (individuellen oder kollektiven) Rechtsgüter-

Artikel des XI. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 26.12.2020, in Kraft getreten am 1.3.2021.

⁷ Vgl. *Fu Liqing*, China Legal Science 4/2013, 149 (150 ff.); *He Ronggong*, Chinese Journal of Law 4/2017, 138 (151 f.); *Zhou Guangquan*, Journal of Comparative Law 6/2020, 40 (42 ff.).

⁸ Vgl. *Zhou Guangquan*, Chinese Journal of Law 4/2016, 23 (26-27); *Sun Guoxiang*, The Jurist 6/2019, 1 (5-6); *Zhang Mingkai*, Modern Law Science 42 (5/2020), 150 (151).

⁹ Vgl. *Zhang Mingkai*, Modern Law Science 42 (5/2020), 150 (152).

¹⁰ *Zhou Guangquan*, Chinese Journal of Law 4/2016, 23 (28 ff.); *Fu Liqing*, Tribune of Political Science and Law 37 (1/2019), 99 (100 ff.); *Zhang Mingkai*, Modern Law Science

42 (5/2020), 150 (153 ff.); *Liu Yanhong*, Journal of Comparative Law 1/2021, 62 (66 ff.).

¹¹ *Zhou Guangquan*, Journal of Comparative Law 6/2020, 40 (43 ff.).

¹² *He Ronggong*, Chinese Journal of Law 4/2017, 138 (148 ff.); *Sun Guoxiang*, The Jurist 6/2019, 1 (7 ff.); *Zhang Mingkai*, Modern Law Science 42 (5/2020), 150 (153 ff.); *Wang Gang*, Political Science and Law 3/2020, 94 (110 ff.); *Liu Yanhong*, Journal of Comparative Law 1/2021, 62 (70 ff.).

¹³ Vgl. auch *Wang Gang*, Political Science and Law 3/2020, 94 (95 ff.).

¹⁴ Vgl. zu den Modellen des Transfers der deutschen Strafrechtsdogmatik nach China *Tang Zhiwei*, ZStW 132 (2020), 980 (988 ff.).

schutz.¹⁵ Dies gilt in formeller wie materieller Hinsicht.

aa) Formeller Rechtsgüterschutz

In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist ein formeller Rechtsgutsbegriff allgemein akzeptiert. Danach ist das Rechtsgut die „anerkannte Grundlage des Aufbaus und der Auslegung der Tatbestände“.¹⁶ Insbesondere kommen einem formellen Rechtsgutsbegriff drei Funktionen zu: Systematisierung, Auslegung und immanente Kritik.

Dass der Besondere Teil des deutschen StGB im Aufbau an Rechtsgütern orientiert ist, dürfte unstrittig sein. Das zeigen etwa die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 ff. StGB), gegen das Leben (§§ 211 ff. StGB), gegen die körperliche Unversehrtheit (§§ 223 ff. StGB), gegen die persönliche Freiheit (§§ 232 ff. StGB) oder gegen den Wettbewerb (§§ 298 ff. StGB). Die Systematisierungsfunktion des Rechtsgutsbegriffs bei der Aufbautechnik lässt sich auch international beobachten.¹⁷

Nicht minder wichtig und ebenfalls unstrittig ist die Auslegungsfunktion des Rechtsgutsbegriffs. Die Auslegung einer Strafvorschrift nach dem Rechtsgut ist als teleologische Interpretation eine anerkannte und regelmäßig wirkungsmächtige Auslegungsart im Kanon der Juristischen Methodenlehre.¹⁸ Sie findet ihre fortdauernde Bestätigung durch das Verfahren des deutschen Strafgesetzgebers, in Bundestags- oder Bundsratsdrucksachen zu Gesetzesvorhaben nicht selten das Rechtsgut der jeweiligen Strafvorschrift und die gewünschte Auslegung zum Teil eingehend zu erläutern.¹⁹ Die Auslegungsfunktion des formellen Rechtsgutsbegriffs wirkt sich zudem auf die Einstufung des Deliktscharakters einer Strafnorm mit den Folgefragen nach Vollendung und Beendigung, Verjährung oder Einwilligung aus. Sieht man etwa das Rechtsgut der Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB mit der herrschenden ökologischen Auslegung oder der ökologisch-anthropozentrischen Rechtsgutslehre in der relativen Gewässerreinheit, dann ist die Gewässerverunreinigung ein Erfolgsdelikt in Gestalt eines Verletzungsdelikts.²⁰ Sieht man dagegen das Rechtsgut des § 324 StGB anthropozentrisch im Schutz von

Leib und Leben von Menschen, so wird der Straftatbestand notwendig zum abstrakten Gefährdungsdelikt.²¹

Weniger im wissenschaftlichen Fokus als die Systematisierungs- und Auslegungsfunktion des formellen Rechtsgutsbegriffs ist dessen immanente Kritikfunktion. Darunter ist die Funktion zu verstehen, dass bereits die schiere Orientierung und Ordnung der Strafvorschriften an Rechtsgütern die Prüfung eröffnet, ob Strafvorschriften tatsächlich die in Gesetzentwürfen ausdrücklich angegebenen Rechtsgüter schützen und ob Strafvorschriften in die systematisch richtige Deliktsguppe eingeordnet worden sind. Für beide Ausprägungen der immanenten Kritikfunktion des formellen Rechtsgutsbegriffs lassen sich Beispiele angeben. Ein Beispiel für ineffektiven Rechtsgüterschutz war § 217 StGB a.F. zum Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Die Strafvorschrift sollte nach der Gesetzesbegründung das menschliche Leben und die Autonomie des Individuums vor den abstrakten Gefahren einer geschäftsmäßigen Freitodhilfe schützen.²² Da die Strafvorschrift ein freiverantwortliches Handeln des Suizidwilligen voraussetzte, weil andernfalls bereits andere – schwerere – Strafvorschriften einschlägig waren (z.B. Totschlag in mittelbarer Täterschaft des Freitodhelfers nach §§ 212, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB),²³ war von Anfang an zweifelhaft, ob die Strafvorschrift zum Schutz der Rechtsgüter tatsächlich geeignet war. Denn dass freiverantwortlich handelnde Suizidwillige schon in ihrer Autonomie beeinträchtigt werden, wenn sie sich an ehrenamtliche Freitodhelfer eines Vereins oder einzelne zur Freitodhilfe bereite Ärzte wenden, leuchtete nicht ein. Zudem fragte sich, wie eine Strafnorm das menschliche Leben gegen die freiverantwortliche Entscheidung des Rechtsgutsträgers selbst schützen soll.

Ein Beispiel für immanente Kritik in systematischer Hinsicht bildet § 265d StGB. Danach wird seit April 2017 in Deutschland mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Sportler oder Trainer einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er den Verlauf oder das Ergebnis eines berufssportlichen Wettbewerbs in wettbewerbswidriger Weise zugunsten des Wettbewerbsgegners beeinflusse (§ 265d Abs. 1 StGB). Diese Vorschrift stellt im 22. Abschnitt des deutschen StGB, der mit Betrug und Untreue überschrieben ist, einen systematischen Fremdkörper dar.²⁴ Denn den Kern des Strafunrechts markiert bei § 265d StGB eine Unrechtsvereinbarung („Gegenleistung“), sodass die Strafnorm zentral ein Korruptionsdelikt ausprägt und nicht, wie der Gesetzgeber behauptet, auch dem Schutz der mit berufssportlichen Wettbewerben verbundenen Vermögensinteressen dient.²⁵

¹⁵ Zum Folgenden *Saliger*, in: Rosenau/Kunig/Yildiz (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, 2021, S. 95.

¹⁶ *Jeschek/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 26 I. 2. (S. 257).

¹⁷ Vgl. *Hefendehl*, ZIS 2012, 506, für Chile und Spanien neben Deutschland.

¹⁸ Stellvertretend *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 333 ff.; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 472 ff.

¹⁹ Siehe etwa unter expliziter Bezugnahme auf den Begriff des Rechtsguts BT-Drs. 18/476, S. 6, zu § 108e StGB; BT-Drs. 18/5373, S. 8 ff. (10, 12 f.) zu § 217 StGB a.F.; BT-Drs. 18/6446, S. 12 f., 16, zu §§ 299a, 299b StGB; vgl. auch *Maas*, NStZ 2015, 305.

²⁰ Zum Beispiel *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 324 Rn. 1, für die ökologische Auslegung; *Schall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 324 Rn. 4, 5 für die ökologisch-anthropozentrische Auslegung.

²¹ Konsequenz *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 1991, S. 187, 197.

²² BT-Drs. 18/5373, S. 12, ferner S. 2 f. und 10.

²³ Dazu *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 4.

²⁴ Siehe Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 8/2016, April 2016, S. 9 f.

²⁵ So aber BT-Drs. 18/8831, S. 20, auch S. 12.

bb) *Materieller Rechtsgüterschutz*

Neben dem formellen Rechtsgüterschutz muss ein rechtsstaatliches Strafrecht auch materiellen Rechtsgüterschutz betreiben. Das bedeutet, dass positives Strafrecht nur ein Verhalten bestrafen kann, das ein (Individual- oder Kollektiv-) Rechtsgut verletzt oder gefährdet.²⁶ Dieser materielle Rechtsbegriff nimmt eine systemtranszendente, kritische Perspektive zum geltenden Strafrecht ein und ist deshalb im Schrifttum umstritten. Während das BVerfG es abgelehnt hat, aus der Rechtsgutslehre strengere, über die Verfassung hinausgehende Anforderungen an Strafnormen abzuleiten²⁷, werden in der Literatur gegen einen materiellen Rechtsbegriff insbesondere seine mangelnde Konkretisierung, seine unzureichende Leistungsfähigkeit und eine mangelnde Legitimation eingewandt.²⁸

Diese Einwände überzeugen nicht. Der Einwand mangelnder Konkretisierung verzeichnet die Anwendung einer materiellen Rechtsgutstheorie. Wenn man strafrechtlich schützenswerte Rechtsgüter bestimmt als Voraussetzungen für ein freies und friedliches Zusammenleben der Menschen im Staatenverband,²⁹ dann ist nicht zu sehen, warum diese materielle Rechtsgutsbestimmung weniger konkret sein soll, als die vom BVerfG für eine Kriminalisierung verlangten und nicht kritisierten Anforderungen der besonderen Sozialschädlichkeit und drängenden Unerträglichkeit des fraglichen Verhaltens für das geordnete Zusammenleben von Menschen.³⁰ Derartige Bestimmungen sind insbesondere nicht zu abstrakt, dass aus ihnen Beliebiges ableitbar wird.³¹ Denn die materielle Rechtsgutslehre bezeichnet kein Arsenal überzeitlich feststehender, vorpositiver Substrate, aus dem sich die Legitimität von Strafnormen mit mathematischer Genauigkeit schlussfolgern lässt. Vielmehr konturiert sie einen Argumentationsrahmen, in dem weitere Kriminalisierungsprinzipien wie Risikoschaffung, Paternalismus oder Tabu- und Gefühlschutz und Entkriminalisierungsprinzipien wie Subsidiarität, Eigenverantwortung und Verhältnismäßigkeit³² zum diskursiven Ausgleich gebracht werden müssen.³³

Als Argumentationsstruktur erzeugt der materielle Rechtsbegriff weder beliebige Ergebnisse noch impliziert er eine

Auflösung substantieller Entscheidungen in Verfahren. Als wissenschaftliche Argumentationsstruktur erfordert die materielle Rechtsgutslehre, dass die (formell) angegebenen Rechtsgüter, die Individual- (z.B. Leben, Leib, Freiheit) und Kollektivrechtsgüter (z.B. Rechtspflege, Sicherheit des Straßenverkehrs) umfassen können, empirisch tatsächlich existieren und normativ als schützenswert ausweisbar sind. Daher widersprechen fiktive Rechtsgüter ebenso einer materiellen Rechtsgutslehre wie Rechtsgüter, die mit den Grundwerten der jeweiligen Gesellschaft, insbesondere der Menschenwürde unvereinbar sind. Darüber hinaus bedeutet Argumentationsstruktur mehr als ein bloßes Verfahren. Mit der Rede von Struktur sind auch einer materiellen Rechtsgutsargumentation Relationen gesetzt, die diskursiv nicht wegverhandelt werden können.³⁴ Zu diesen Strukturen zählen die empirische und normative Werthaltigkeit des zu schützenden Rechtsguts, seine rechtliche und nicht bloß moralische Relevanz sowie die Notwendigkeit von Strafrecht als schärfster Sanktion des Staates. Einer materiellen Rechtsgutslehre widerstreiten deshalb Rechtsgüter ohne Werts substrat, reiner Moralschutz oder Strafnormen, die nicht ultima ratio sind. Stets ist Voraussetzung für eine zureichende Kriminalisierung, dass am Schutz des Rechtsguts ein gesteigerter gesellschaftlicher Bedarf besteht, dass das Rechtsgut mit einer gewissen Häufigkeit verletzt oder gefährdet wird und dass die Verletzung oder Gefährdung reale Bedrohungsgefühle hervorruft.³⁵

Mit diesen Ausgrenzungen wird zugleich der Einwand widerlegt, dass die materielle Rechtsgutlehre infolge ihrer vermeintlichen Abstraktheit nicht leistungsfähig sei. Sie leistet insbesondere auch nicht zu viel, weil der Aufweis eines schützenswerten Rechtsguts entgegen der Kritik nicht zur Legitimation auch der weitesten Vorfeldkriminalisierung zwingt.³⁶ Das zeigt das Beispiel des § 217 StGB a.F., der unabhängig von einer Selbsttötung oder auch nur des Versuchs dazu bereits das schiere geschäftsmäßige Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln der Gelegenheit zur Selbsttötung in Selbsttötungsförderungsabsicht unter Strafe stellte. Zwar waren die vom Gesetzgeber angeführten Rechtsgüter des menschlichen Lebens und der Selbstbestimmung sicherlich schützenswert.³⁷ Nur bedurften sie nicht des Schutzes vor freiverantwortlichen Entschlüssen schwerkranker Personen, die Dritte um Freitodhilfe ersuchten, weit im Vorfeld realer Selbsttötungen.

Schließlich geht auch der Einwand mangelnder demokratischer Legitimation der materiellen Rechtsgutslehre fehl. Es ist nicht ersichtlich, dass die materielle Rechtsgutslehre je die Kompetenzen des Gesetzgebers zur verbindlichen Strafrechtssetzung und des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Strafrechtskontrolle in Frage gestellt hat. Sie besteht nur darauf, mit ihrer strafrechtswissenschaftlichen Expertise im kriminalpolitischen Diskurs eine wichtige Stimme einzunehmen.

²⁶ So z.B. *Hassemer*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 57 (64): „Das Verbot eines Verhaltens unter Strafdrohung, das sich auf ein Rechtsgut nicht berufen kann, wäre Staatsterror.“

²⁷ BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 Rn. 38 f.).

²⁸ Zur materiellen Rechtsgutskritik etwa *Frisch*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Fn. 26), S. 215 (216 ff.); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 ff.); *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (629 ff.).

²⁹ So *Roxin*, StV 2009, 544 (545).

³⁰ BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 Rn. 35).

³¹ So aber *Frisch* (Fn. 28), S. 216 ff.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 ff.).

³² Vgl. zu diesen Prinzipien *Hefendehl*, GA 2007, 1 (6 ff.); *Neumann*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Kreihl/Salditt (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Fischer*, 2018, 183 (189 ff.).

³³ Ähnlich *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (651): Rechtsbegriff als „space of reasons“.

³⁴ Vgl. *Neumann*, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008.

³⁵ *Hassemer/Neumann* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 66 m.w.N.

³⁶ Zu dieser Kritik *Frisch* (Fn. 28), S. 217 ff.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 ff.).

³⁷ Siehe oben Fn. 22.

men. Dafür besteht umso mehr Anlass, als der formelle Rechtsgutsbegriff in Theorie und Praxis konsentiert ist. Es ist aber für die Kommunikation über Strafrecht abträglich, das demokratische Ergebnis einer Kriminalisierung in Gesetzesentwürfen in der Terminologie des Rechtsguts darzustellen, bei der Herstellung des Ergebnisses sich aber auf vermeintlich andere Begriffe und Überlegungen berufen zu müssen, zumal in Deutschland ein konsensfähiger alternativer materieller Verbrechensbegriff (z.B. subjektive Rechtsverletzung, Pflichtverletzung, Normgeltungsschaden, Verhaltensdelikt etc.) nicht ersichtlich ist. Tatsächlich wäre es sogar irrational, der Strafrechtswissenschaft eine auch materielle Rechtsgutsexpertise absprechen zu wollen. Denn niemand hätte die Expertise von Einstein als Physiker in Frage gestellt, nur weil er demokratisch nicht legitimiert war.

cc) Verhaltenssteuerung und symbolische Wirkungen

Aus der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes folgt, dass positives Strafrecht auf das Verhalten der Bürger Einfluss nehmen will und muss. Diese instrumentelle Funktion des positiven Strafrechts kann zwei Formen annehmen: Zum einen muss positives Strafrecht sicherstellen, dass die strafrechtlichen Sanktionsinstanzen (Strafverfolgungsorgane, Strafjustiz, Strafvollstreckung) die Strafnormen anwenden. Diese Geltung von (Straf-)Recht wird Sanktionsgeltung genannt.³⁸ Zum anderen sollen sich Rechtsbrecher und rechtstreue Bürger an den Strafnormen orientieren. Diese Geltung von (Straf-)Recht wird Verhaltensgeltung genannt.

Insbesondere die instrumentelle Verhaltensgeltung eines rechtsgutorientierten Strafrechts ist so selbstverständlich, dass sie in verschiedene Straftheorien Eingang gefunden hat. Danach kann die Verhaltenssteuerung durch positives Strafrecht verschiedene Ziele verfolgen: Sie kann den einzelnen Rechtsbrecher vor weiteren Straftaten abhalten wollen durch Unschädlichmachung und Abschreckung (negative Spezialprävention), ihn zu künftigem rechtstreuem Verhalten motivieren (positive Spezialprävention) oder die Allgemeinheit vor Straftaten abschrecken (negative Generalprävention).³⁹ Interessant ist dabei das Verhältnis dieser relativen Straftheorien und damit des Konzepts von Strafrecht als Rechtsgüterschutz zur Empirie: Grundsätzlich lässt sich empirisch zwar kaum der Erfolg, sondern vor allem das Versagen von Abschreckung feststellen (Stichwort: Polizeiliche Kriminalstatistik). Zudem wird bereits seit langem kritisiert, dass insbesondere die negative Generalprävention ihre empirischen Voraussetzungen – Kenntnis des Bürgers von der Strafnorm, Motivation durch die Strafnorm und Eignung der Strafnorm als Präventionsmittel – empirisch nicht sicherstellen kann.⁴⁰ Gleichwohl zielt das Konzept von Strafrecht als instrumentel-

ler Rechtsgüterschutz zentral auf die Verfolgung und Verwirklichung von Zielen in der Außenwelt, nämlich die faktische Geltung von Strafnormen. Damit aber wird instrumenteller Rechtsgüterschutz grundsätzlich empirisch überprüfbar und – das ist ganz wichtig für Strafrechtskritik – auch empirisch falsifizierbar.

Diese jedenfalls grundsätzlich strenge Bindung an die Empirie verflüchtigt sich, wenn man die symbolischen Wirkungen von positivem Strafrecht betrachtet. Dass positives Strafrecht symbolische Wirkungen hat, ist in der Strafrechtswissenschaft unstrittig. Sie kommen bereits im Strafbegriff des BVerfG zum Ausdruck, wenn dieses in ständiger Rechtsprechung hervorhebt, dass „jede Strafnorm [...] ein mit staatlicher Autorität versehenes sozialetisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise“ enthält.⁴¹ Auch in der Strafrechtswissenschaft sind die symbolischen Wirkungen von Strafe anerkannt. So bekräftigt die Strafe gegenüber der Allgemeinheit deren Richtigkeitsverständnisse, spricht dem Täter gegenüber einen Tadel aus und versichert dem Opfer verbindlich, dass ihm kein Unglück, sondern vom Täter zu verantwortendes Unrecht geschehen ist.⁴² Diese seit jeher bestehende symbolische Bedeutung von Strafe wird in den Theorien der positiven Generalprävention zur symbolischen Natur des gesamten Strafrechts ausgebaut, sofern Strafrecht nunmehr die Aufgabe zufällt, allgemein in Normtreue einzuüben und Normvertrauen zu bekräftigen.⁴³

Dabei verschiebt sich das Verhältnis zur Empirie. Zwar existieren Spielarten der Theorie der positiven Generalprävention, welche die Einübung in Normtreue und die Bekräftigung des Normvertrauens als reale Wirkungen in der Außenwelt und damit als empirisch fassbare soziologische Funktionen verstehen.⁴⁴ Jedoch verdünnt sich die Empirie bis zur Unkenntlichkeit in den expressiven Straftheorien als Varianten der positiven Generalprävention. Denn wenn Strafe und Strafrecht vor allem expressive und integrative Funktionen der Demonstration von Ordnungsvertrauen und gesetzgeberischer Handlungsfähigkeit sowie der Bildung von Normbewusstsein zukommen, dann geht es nicht mehr um Rechts-

⁴¹ Statt aller BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 Rn. 355 – Lisbon-Urteil).

⁴² Dazu etwa *Kunz*, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung*, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 353 (364); *Diez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (523 ff.); auch *Hassemer*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1001 (1012 ff.), der diese symbolischen Wirkungen als kommunikatives Strafrecht bezeichnet; *Hassemer/Neumann* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 103a.

⁴³ Vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 1 Rn. 10 f., 15; *Hassemer* (Fn. 42), S. 1014 f.; *Voß*, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, S. 102 ff.; *Lauterwein*, *Symbolische Gesetzgebung*, 2006, S. 49 f.; *Funcke-Auffermann*, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*, 2007, S. 64 ff. (73 ff.).

⁴⁴ Vgl. dazu *Hassemer/Neumann* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 295 mit Fn. 527.

³⁸ Dazu und zum Folgenden stellvertretend *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl. 2013, S. 241 ff.

³⁹ Siehe zum Folgenden exemplarisch *Neumann/Schroth*, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, S. 19 ff.; *Hassemer/Neumann* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 274.

⁴⁰ Dazu mit weiteren Nachweisen *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl. 1990, S. 310 ff.; *Hassemer/Neumann* (Fn. 1), Vor § 1 Rn. 283 f.

güterschutz durch Verhaltenssteuerung, sondern um Rechtsgüterschutz durch Symbolik.⁴⁵ Letzterer Rechtsgüterschutz ist aber nahezu empiriefrei zu haben. Soweit nämlich Strafrecht sich in Expression erschöpft, lassen sich normative Behauptungen, eine Strafnorm trage zur Wertbildung beim Bürger bei, stärke das Normvertrauen der Allgemeinheit oder unterstreiche die Handlungsfähigkeit des Staates, faktisch kaum widerlegen. Demgemäß fragen Vertreter expressiver Straftheorien konsequent – und verneinen die Frage –, weshalb das noch zu behandelnde symbolische Strafrecht eigentlich ein Problem darstellt.⁴⁶ Dagegen ist für ein am Rechtsgüterschutz ausgerichtetes positives Strafrecht darauf zu beharren, dass positives Strafrecht zwar auch symbolische Wirkungen besitzt, dass positives Strafrecht aber primär dem realen Schutz des friedlichen Zusammenlebens von Menschen durch Verhaltenssteuerung verpflichtet ist.⁴⁷

b) Verhältnismäßigkeit, insbesondere hinreichende empirische Validierung und Schuldprinzip

Das zweite Kernelement eines positiven Strafrechts bildet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nach diesem im öffentlichen Recht ausgeformten Grundsatz ist Strafrecht nur legitim, wenn es dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient sowie geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dabei misst das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum sowohl bei der Festlegung der Schutzgüter als auch bei den Fragen der Eignetheit und der Erforderlichkeit des Strafrechteinsatzes zu.⁴⁸ Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Strafgesetzen umfasst die Prüfung, ob der Gesetzgeber die genannten Faktoren ausreichend berücksichtigt und seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat.⁴⁹ Auch das BVerfG erkennt aber an, dass das Strafrecht als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt wird.⁵⁰

Diese Maßstäbe sind für ein positives Strafrecht, das am materiellen Rechtsgüterschutz in der beschriebenen Weise ausgerichtet ist, im Sinne eines strafrechtsspezifischen Verhältnismäßigkeitsprinzips einzuschränken.⁵¹ Insbesondere lässt sich das Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Rechtsgutstheorie weder im Sinne einer Arbeitsteilung von rechtlicher Prüfungskompetenz und bloß rechtspolitischer Aufgabe⁵² noch im Sinne einer schlichten Ineinssetzung der Maß-

stäbe⁵³ bestimmen. Denn zum einen ist nicht ersichtlich, warum bei der Prüfung der Legitimität einer Strafrechtsnorm durch die materielle Rechtsgutstheorie die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit als Kernstück ausgeklammert sein sollte.⁵⁴ Zum anderen sind die Besonderheiten der verfassungsgerichtlichen Prüfperspektive von Strafgesetzen zu beachten, die sich im Verhältnis zweier Strafgewalten zur Geltung bringt und daher primär auf eine negative Unvertretbarkeitskontrolle des Strafgesetzgebers begrenzt ist. Deshalb kommt allein eine Integration der materiellen Rechtsgutstheorie in das Verfassungsrecht in Betracht.

Die Integration dieses strafrechtsspezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁵⁵ ist wie folgt vorzunehmen: Zunächst erlaubt eine materielle Rechtsgutstheorie eine engere Bestimmung der legitimen Zwecke. So hat das BVerfG der Sache nach schon die Kriminalisierung reiner Moralwidrigkeiten unbeanstandet gelassen.⁵⁶ Das kann von einer materiellen Rechtsgutstheorie als Argumentationsstruktur nicht toleriert werden.⁵⁷ Der Begriff der reinen Moralwidrigkeit ist auch trennscharf, weil sich für eine materielle Rechtsgutstheorie eine Kriminalisierung bei bloß negativen mittelbaren Folgewirkungen für Dritte oder die Gesellschaft nicht rechtfertigen lässt.⁵⁸ Ein Beispiel war die Strafvorschrift gegen die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB a.F.), die entgegen der Gesetzesbegründung tatsächlich der rein moralischen Brandmarkung einer Freitodkultur als gesellschaftspolitisch unerwünschtem Zustand diene.⁵⁹ Zudem erscheinen die Maßstäbe des BVerfG für die Kontrolle des gesetzgeberischen Prognosespielraums bei den Gefahren für Rechtsgüter tendenziell zu weich. Denn das BVerfG lässt teils eine bloße Evidenzkontrolle genügen und hat es im Fall des § 217 StGB für ausreichend angesehen, dass sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert hat.⁶⁰ Das ist zweifelhaft, weil, wie vom BVerfG selbst betont, das Ausmaß der tatsächlichen Gefährdung durch Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe wenig

⁴⁵ Díez Ripollés, ZStW 113 (2001), 516 (519).

⁴⁶ So ausdrücklich Hörnle, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 593 (597 f.); dagegen Saliger, ebenda, S. 689 (696 ff.).

⁴⁷ Ebenso Roxin/Greco (Fn. 1), § 2 Rn. 39.

⁴⁸ BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 Rn. 35 ff.), zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB; auch BVerfG NJW 2020, 905 (909 Rn. 223 ff.), zu § 217 StGB.

⁴⁹ BVerfG NJW 1993, 1751 (1756), zu §§ 218 ff. StGB; BVerfG NJW 2020, 905 (909 Rn. 225).

⁵⁰ BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 Rn. 35).

⁵¹ Zum Folgenden schon Saliger (Fn. 15), S. 105 ff.

⁵² So Gärditz, Der Staat 2010, 365 ff.; Stuckenberg, GA 2011, 653 (659, 660).

⁵³ Vgl. Greco, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13 (24 f.); Gärditz, JZ 2016, 641 (644 ff.).

⁵⁴ Zutreffend Neumann (Fn. 32), S. 188.

⁵⁵ Ebenso Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 101 ff.; Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 211 ff.; für das ultima ratio-Prinzip auch Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969, und dies., ZStW 129 (2017), 363.

⁵⁶ Vgl. BVerfG NJW 2008, 1137 (1140 Rn. 50), zum Inzestverbot nach § 173 Abs. 2 S. 2 StGB.

⁵⁷ Ebenso nun BVerfG NJW 2020, 905 (909 Rn. 234), zu § 217 StGB mit explizitem Bezug auf die Minderheitsmeinung von Hassemer in der Inzest-Entscheidung; siehe im Übrigen oben II. 2. a).

⁵⁸ A.A. Greco, ZIS 2008, 234 (235 ff.).

⁵⁹ Vgl. Roxin, NSStZ 2018, 185 (186 f.); Saliger (Fn. 23), § 217 Rn. 6 mit Rn. 3. A.A. im Ergebnis BVerfG NJW 2020, 905 (909 f. Rn. 226 ff.).

⁶⁰ BVerfG NJW 2020, 905 (910 Rn. 237 f.).

erforscht ist, wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die langfristigen Auswirkungen der Zulassung geschäftsmäßiger Freitodhilfe nicht existieren und es nach gegenwärtigem Stand der Wissenschaft keinen Beweis für von geschäftsmäßiger Suizidhilfe ausgehende soziale Pressionen auf alte und kranke Menschen gibt.⁶¹ Insoweit ist auf Basis eines strafrechtsspezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Mehr an empirischer Validierung für die angenommenen Rechts- gutschutzgefahren zu fordern.⁶²

Das gilt auch für die Geeignetheit und die Erforderlichkeit des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes, wo strengere Anforderungen als nach dem öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu stellen sind. Grundlage dafür ist der strafrechtliche ultima ratio-Grundsatz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und strafrechtsspezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Danach ist von Strafrecht als regelmäßig schärfster Waffe des Staates nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.⁶³ Dieser Grundsatz ist nicht schon deshalb untauglich, weil ausreichend empirische Daten zu den (angenommenen geringeren) Freiheitseinbußen durch zivil- oder öffentlich-rechtliche Regelungen als Alternativen zum Strafrecht fehlen.⁶⁴ Denn die Freiheitsstrafe markiert die schwerste Sanktion im staatlichen Sanktionsarsenal mit regelmäßig weiteren negativen außerstrafrechtlichen Konsequenzen für den verurteilten Täter wie zivil- und berufsrechtliche Folgen, Disziplinarrecht usw.

Nach dem BVerfG genügt für die Geeignetheit einer Strafnorm, dass mit ihrer Hilfe der erstrebte Rechtsgüterschutz zumindest gefördert werden kann.⁶⁵ Das wird man auf Basis eines strafrechtsspezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur billigen können, wenn an diese Prüfung strenge Anforderungen gestellt werden. Insbesondere wird man ein Mindestmaß an empirischer Absicherung verlangen dürfen.⁶⁶ Deshalb kann man am Gesetzesentwurf zu § 217 dStGB rügen, dass der Gesetzgeber die Tätigkeit des Sterbehilfevereins, die er vor allem kriminalisieren wollte, nicht näher schildert, sondern lediglich Zahlen aufführt.⁶⁷ Auch bei der Erforderlichkeit des Rechtsgüterschutzes ist eine zumindest strengere Prüfung der außerstrafrechtlichen Alternativen (Zivilrecht, öffentliches Recht) geboten. Das BVerfG lässt schon ausreichen, dass der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.⁶⁸ Demgegenüber sind an die verglei-

chende Prognose der mit einer Strafnorm intendierten Wirkungen und (unbeabsichtigten) Nebenwirkungen im Verhältnis zu Alternativen höhere Anforderungen zu stellen.⁶⁹

Eine unbedingte Grenze für positives Strafrecht bildet das Schuldprinzip. Dieses steht zwar in engem Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, besitzt aber eine eigenständige verfassungsrechtliche Legitimation in der Garantie der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG.⁷⁰ Alles positive Strafrecht beruht danach auf dem Schuldgrundsatz, also Vorwerfbarkeit. Grundlage des Schuldvorwurfs ist, dass sich der Täter trotz rechtmäßiger Handlungsalternative eigenverantwortlich für das Unrecht und gegen das Recht entschieden hat.⁷¹ Mit dem Schuldprinzip unvereinbar sind daher Strafnormen, die Bürger für Zufall oder Unglück oder im Sinne einer zivilrechtlichen Gefährdungshaftung verantwortlich machen.

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Das dritte Kernelement von positivem Strafrecht bezeichnet der Bestimmtheitsgrundsatz.⁷² Der Bestimmtheitsgrundsatz fließt neben dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot, dem Verbot von strafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheitsrecht und dem strafrechtlichen Analogieverbot aus dem Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG.⁷³ Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt zunächst vom Gesetzgeber, dass er die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret beschreibt, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Insbesondere muss er den Wortlaut von Strafnormen so fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift die Strafbarkeit oder Straflosigkeit eines Verhaltens voraussehen können. Allerdings dürfen Gesetze nicht zu starr und kasuistisch werden, weil der Gesetzgeber auch im Strafrecht der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr werden muss, um einem Wandel der Verhältnisse Rechnung tragen zu können. Deshalb darf der Gesetzgeber auch wertausfüllungsbedürftige Begriffe (z.B. Vermögensschaden bei Betrug und Untreue), Blankettnormen (z.B. Steuerhinterziehung nach § 370 AO) oder sogar Generalklauseln verwenden (z.B. „gute Sitten“ in § 228 StGB).⁷⁴

Darüber, welcher Grad an Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand besitzen muss, lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen treffen. Der Bestimmtheitsgrad beurteilt sich auf Basis einer wertenden Gesamtbetrachtung nach den Besonderheiten der jeweiligen Strafvorschrift einschließlich der Umstände, die zu seiner Regelung geführt haben, unter

⁶¹ BVerfG NJW 2020, 905 (910 Rn. 238 und 912 Rn. 256).

⁶² In die gleiche Richtung *Voß* (Fn. 43), S. 143 ff., 163 ff.

⁶³ Vgl. *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (970 ff., 974 ff.), und *dies.*, ZStW 129 (2017), 363.

⁶⁴ So aber z.B. *Gärditz*, JZ 2016, 641 (645 ff.); *Frisch*, NStZ 2016, 16 (23).

⁶⁵ BVerfG NJW 2020, 902 (913 Rn. 260); ferner BVerfGE 90, 145 (172).

⁶⁶ Vgl. *Voß* (Fn. 43), S. 149 ff., 163 ff.; *Kaspar* (Fn. 55), S. 247 f. Allgemein *Stächelin* (Fn. 55), S. 167 ff.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 9; a.A. BVerfG NJW 2020, 902 (913 Rn. 260 ff.).

⁶⁸ BVerfGE 90, 145 (172); BVerfG NJW 2008, 1137 (1141 Rn. 59).

⁶⁹ *Stächelin* (Fn. 55), S. 205.

⁷⁰ Stellvertretend BVerfG NJW 2009, 2267 (2289 Rn. 364 – Lissabon-Vertrag).

⁷¹ Grundlegend BGHSt 2, 194 (200).

⁷² Zum Folgenden *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 43 ff.; *Saliger*, ZIS 2011, 902.

⁷³ Statt aller BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 Rn. 69); *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 5 Rn. 7 ff.

⁷⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 Rn. 72 ff.).

Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen. Allgemein gilt: Je schwerer die angedrohte Strafe ist, desto genauer muss der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen festlegen. Ausnahmsweise kann es in Grenzfällen genügen, wenn auch im Hinblick auf ein besonderes Fachwissen des Adressatenkreises der Strafvorschrift lediglich das Risiko der Bestrafung erkennbar ist.⁷⁵

Diese Relativierung des Bestimmtheitsgrades weg von der Erkennbarkeit der Strafbarkeit hin zur Erkennbarkeit bloß des Risikos der Bestrafung in Grenzfällen hält das BVerfG auch deshalb für verfassungsrechtlich hinnehmbar, weil Bedenken durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entkräftet werden können. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist daher nicht nur an den Gesetzgeber, sondern auch an die Rechtsprechung adressiert. Gesetzgeber und Fachjustiz bilden unter der Kontrolle des BVerfG eine Konkretisierungsgemeinschaft, die beide an der Bestimmtheit der Strafgesetze und ihrer Auslegung mitwirken. Darin liegt keine Relativierung oder Ersetzung des Gesetzgebers als Adressat des Bestimmtheitsgrundsatzes.⁷⁶ Denn die Annahme einer Konkretisierungsgemeinschaft bedeutet noch nicht die Schwächung der Bindung des Gesetzgebers an das Bestimmtheitsgebot. Zudem trägt der Ansatz des BVerfG einem realistischen Verständnis juristischer Methodenlehre Rechnung, insbesondere die Einsicht in die Grenzen sprachlicher Präzisierung und den Regelsetzungscharakter der Rechtsprechung.⁷⁷

Im Einzelnen legt das BVerfG den Strafgerichten aus dem Bestimmtheitsgrundsatz folgende Verpflichtungen bei der Auslegung von Strafgesetzen auf:

- Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verbot der Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen).⁷⁸
- Ist bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt, obwohl es vom Gesetzeswortlaut erfasst sein könnte, so haben die Gerichte den Willen des Gesetzgebers bezüglich der Straflosigkeit des Verhaltens zu respektieren und dies erforderlichenfalls durch restriktive Auslegung eines weiter gefassten Wortlauts sicherzustellen (Garantie der Einhaltung des Willens des Gesetzgebers zur Straflosigkeit eines Verhaltens).⁷⁹

⁷⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 75 f.); BVerfG wistra 2020, 242 (249 Rn. 97).

⁷⁶ So aber *Basak*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 15.

⁷⁷ *Kuhlen*, JR 2011, 246 (249); *Neumann*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, 197 (200 ff.); *Kunig/Saliger* (Fn. 72), Art. 103 Rn. 50; siehe auch oben I. 1.

⁷⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79); dazu näher statt aller *Saliger*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempff/Krehl/Salditt (Fn. 32), S. 523 m.w.N.

⁷⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 80); *Saliger*, ZIS 2011, 902 (903).

Neben diesen allgemeinen Auslegungsregeln enthält das Bestimmtheitsgebot weitere Vorgaben zur Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandsmerkmale. So dürfen Gerichte nicht durch fernliegende Interpretationen bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Strafnorm erhöhen (Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot). Allgemein ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch präzisierende und konkretisierende Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgesetz). Schließlich trifft die Rechtsprechung in Fällen, in denen nur die Möglichkeit einer Bestrafung erkennbar ist und erst eine gefestigte Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegungsgrundlage schafft, eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Diese kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen (Erhöhung des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen).⁸⁰

Diese abstrakten Ausführungen zum Bestimmtheitsgrundsatz verlangen nach Beispielen. Wohl unstrittig würde eine Strafnorm des Inhalts „Wer sich unangemessen verhält, wird angemessen bestraft“ als Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes angesehen. Aber auch konkrete Strafnormen lassen sich kritisieren. So macht sich seit September 2017 in Deutschland strafbar, wer sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB). Abgesehen davon, dass die Strafbarkeit des Einzelrasers nicht zu der Überschrift des § 315d StGB „Verbotene Kraftfahrzeugrennen“ passt, führt die übermäßige Kumulation stark auslegungsbedürftiger und sich teils überschneidender Rechtsbegriffe – „nicht angepasste Geschwindigkeit“, „grob verkehrswidrig“, „rücksichtslos“, Absicht der Erreichung einer „höchstmöglichen Geschwindigkeit“ – zur gänzlichen Unbestimmtheit der Strafnorm, bei der der Bürger nicht einmal das Risiko der Strafbarkeit erkennen kann.⁸¹ Das BVerfG hat das nun freilich anders gesehen.⁸² Ein Verstoß gegen das Verschleifungsverbot durch die Strafrechtsprechung läge vor, wenn die schiere Ungewolltheit eines täuschungsbedingten Vertragschlusses einen Vermögensschaden beim Betrug begründen würde, weil dann das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens vollständig in den Merkmalen der Täuschung und Vermögensverfügung aufginge.⁸³

⁸⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 81); Bezeichnungen von *Saliger*, ZIS 2011, 902 (904).

⁸¹ Näher statt aller m.w.N. Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 45, August 2020 (Berichterstatter: Saliger/Schmidt).

⁸² Angestoßen durch AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167.

⁸³ Dazu *Saliger/Rüsse*, NStZ 2021, 513 (517), zu den Dieselgate-Strafverfahren. Zu weiteren Verstößen gegen das Verschleifungsverbot *Saliger* (Fn. 78), S. 534 ff.

d) Trennbarkeit von Auslegung und verbotener Analogie

Eine weitere Grenze für positives Strafrecht neben dem Bestimmtheitsgrundsatz markiert das strafrechtliche Analogieverbot. Das Verbot strafbegründender und strafschärfender Analogie hat wie der Bestimmtheitsgrundsatz seine Verankerung im Gesetzlichkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG. Dabei ist Analogie nicht im technischen Sinne zu verstehen, sondern erfasst jede Auslegung, die über den Wortsinn hinausgeht. Die Grenze zulässiger Auslegung bildet der mögliche Wortsinn, der aus Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist.⁸⁴

Das Analogieverbot ist für die Wahrung der Gewaltenteilung und damit das Demokratieprinzip von besonderer Bedeutung. Denn der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen. Die Gerichte dürfen insbesondere nicht die Entscheidung des Gesetzgebers korrigieren. Sie müssen daher in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr erfasst sind, zum Freispruch gelangen. Das gilt auch dann, wenn Einzelfälle infolge des Bestimmtheitsgebots nicht dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes unterfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen wie das kriminalisierte Verhalten. In diesen Fällen steht es allein in der Kompetenz des Gesetzgebers, die Strafbarkeitslücke bestehen zu lassen oder durch eine neue Regelung zu schließen.⁸⁵

Als Beispiele für Verstöße gegen das Analogieverbot können aus der deutschen Strafrechtsprechung angeführt werden: Ein Personenwagen ist vom möglichen Wortsinn des Begriffs der Waffe bei der Strafvorschrift des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB) nicht mehr umfasst;⁸⁶ der Phantasie entsprungene menschenähnliche Wesen wie Zombies unterfallen nicht dem Begriff „Mensch“;⁸⁷ oder eine nichtexistente Person ist keine nahestehende Person im Sinne des Tatbestands der Bedrohung (§ 241 StGB) und des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB).⁸⁸

3. Beispiele für positives Strafrecht

Auf Basis der vorstehenden Ausführungen sollen drei Beispiele für positives Strafrecht vorgestellt werden. Dass es dabei Kritik an dem einen oder anderen Beispiel geben mag, ist bei grundsätzlicher Berechtigung der Kriminalisierung natürlich nicht ausgeschlossen.

a) Tötungs- und Körperverletzungsstrafrecht

Als erstes Beispiel dient das Tötungs- und Körperverletzungsstrafrecht der §§ 211 ff., §§ 223 ff. StGB. Das Tötungs- und Körperverletzungsstrafrecht bildet gewissermaßen den „Kern“ des „Kernstrafrechts“. Der auch strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter des menschlichen Lebens sowie der körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit ist so elementar für ein freies und friedliches Zusammenleben der Menschen, dass es

keine Strafrechtsordnung auf der Erde geben dürfte, die nicht auch ein Tötungs- und ein Körperverletzungsstrafrecht besitzt. Es ist insoweit fester Bestandteil eines universalen Strafrechts.

Das Tötungs- und Körperverletzungsstrafrecht ist dabei primär auf einen instrumentellen Rechtsgüterschutz angelegt. Gewiss dient etwa das Tötungsstrafrecht auch der symbolischen Bekräftigung des hohen Wertes des menschlichen Lebens oder des werdenden menschlichen Lebens (vgl. das Strafrecht des Schwangerschaftsabbruchs der §§ 218 ff. StGB) in der Gesellschaft. Aber ohne instrumentelle Ausrichtung des Rechtsgüterschutzes kaum denkbar wären z.B. die Unterscheidung zwischen Totschlag (§ 212 StGB) und Mord (§ 211 StGB) bei der nichtfreiwilligen Tötung, der abgestufte Schutz des werdenden menschlichen Lebens als bloßes Vergehen (§ 218 Abs. 1 StGB) mit Straffreiheit des beratenen Schwangerschaftsabbruchs innerhalb der ersten drei Monate der Schwangerschaft (§ 218a Abs. 1 StGB) oder das ausdifferenzierte System des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit, bestehend aus vorsätzlichen (§§ 223, 224, 225, 226a StGB) und fahrlässigen Verletzungsdelikten (§ 229 StGB), Erfolgsqualifikationen (§ 226 Abs. 1, 227 StGB) und abstrakten Gefährdungsdelikten (§ 231 StGB).

Die primär instrumentelle Ausrichtung des Tötungs- und Körperverletzungsstrafrechts wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass dessen Strafnormen jährlich vieltausendfach übertreten werden. Denn zum einen lässt sich, wie dargelegt, empirisch kaum der Erfolg, sondern allenfalls das Versagen von Prävention etwa in der Polizeilichen Kriminalstatistik ermitteln.⁸⁹ Zum anderen indiziert zumindest die hohe Sanktionsgeltung des Tötungsstrafrechts die hohe polizeiliche Aufklärungsquote bei Mord, die seit Jahrzehnten konstant bei teils weit über 90% liegt.⁹⁰ Das deutsche Tötungs- und Körperverletzungsstrafrecht kann deshalb – bei allen Schwächen etwa des geltenden Tötungsstrafrechts im Detail⁹¹ – mit Fug als legitimes Strafrecht gelten.

b) Abstrakte Gefährdungsdelikte: Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)

Dass positives Strafrecht auch abstrakte Gefährdungsdelikte umfassen kann, zeigt der Straftatbestand der Trunkenheit im Verkehr gem. § 316 StGB.⁹² Danach wird mit Freiheitsstrafe

⁸⁹ Siehe oben II. 2. a) cc).

⁹⁰ Zuletzt 2020 bei 93,5%; siehe polizeiliche Aufklärungsquote bei Mord von 2009–2020, statista.

⁹¹ Siehe zur chronischen Reformdiskussion etwa bei § 211 StGB statt aller *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 199 ff.

⁹² Ein weiteres Beispiel ist die im September 2017 eingeführte Strafvorschrift gegen verbotene Kraftfahrzeugrennen, soweit sie die Ausrichtung oder Durchführung nicht erlaubter Kraftfahrzeugrennen (§ 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB) und die Teilnahme als Kraftfahrzeugführer daran (§ 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB) pönalisiert; dazu BT-Drs. 18/10145, S. 7, 9; zustimmend etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 315d Rn. 4; *Hecker*, in:

⁸⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 78).

⁸⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 78).

⁸⁶ BVerfG NJW 2008, 3627.

⁸⁷ BVerfGE 87, 209 (225).

⁸⁸ BVerfG NJW 1995, 2776 (2777).

bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer im Verkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen. Die Strafnorm schützt das Kollektivrechtsgut der Sicherheit des öffentlichen Verkehrs und bezeichnet ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weil sie weder einen Verletzungs- noch konkreten Gefährdungserfolg voraussetzt, sondern sich in der Kriminalisierung der Tätigkeit des Führens eines Fahrzeugs im Verkehr im Zustand der Trunkenheit erschöpft.⁹³ Diese Kriminalisierung ist gut begründet. Sie beschreibt das verbotene Gefährdungsverhalten genau, besitzt einen klaren Rechtsgutsbezug und ist insofern mit dem Schuldprinzip vereinbar.⁹⁴ Soweit unter Berufung auf das Schuldprinzip vereinzelt gefordert wird, § 316 StGB bei absoluter Ungefährlichkeit im Einzelfall nicht anzuwenden,⁹⁵ ist dem nicht zu folgen. Eine solche Auffassung würde die Effektivität des für die Sicherheit eines jeden Straßenverkehrs elementaren Verhaltensgebots⁹⁶ entscheidend schwächen, weil sie schwer zu widerlegenden Schutzbehauptungen Tür und Tor öffnete.⁹⁷

Ein Beispiel für ein prinzipiell begründbares abstraktes Gefährdungsdelikt in China bildet die neue Strafvorschrift gegen das Herabwerfen von Gegenständen aus der Höhe. Danach ist das Werfen von Gegenständen von Gebäuden oder anderen Plätzen bei Vorliegen ernsthafter Umstände strafbar (§ 291b chStGB). Hintergrund der Kriminalisierung ist die Regulierung von vielfach aufgetretenem alltäglichem Fehlverhalten mit dem Ziel, die öffentliche „Sicherheit über dem Kopf“ zu gewährleisten. Das wird man trotz des aus deutscher Sicht im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz⁹⁸ problematischen Tatbestandsmerkmals des Vorliegens „ernsthafter Umstände“ im Grundsatz billigen können.

Eine illegitime Vorfeldkriminalisierung bezeichnete dagegen die bereits wiederholt angesprochene Strafvorschrift gegen die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung nach § 217 StGB a.F. Das hat seinen Grund darin, dass bereits⁹⁹

die Begründung des Strafunrechts durch den Gesetzgeber selbstwidersprüchlich geblieben war. Denn § 217 StGB a.F. differenzierte zwischen einer zulässigen Freitodhilfe im Einzelfall und einer verbotenen geschäftsmäßigen Freitodhilfe, die sich durch das Moment der Wiederholungsabsicht auszeichnen sollte.¹⁰⁰ Jedoch war nicht ersichtlich, wie aus der bloßen Wiederholung oder Organisation einer zulässigen Handlung – die Freitodhilfe im Einzelfall – strafrechtliches Unrecht entsteht.¹⁰¹ Entsprechend hatte die Vorfeldkriminalisierung durch § 217 StGB a.F. als abstraktes Gefährdungsdelikt, das weder eine Selbsttötung noch deren Versuch voraussetzte, keinen hinreichenden Bezug zu den vom Gesetzgeber als geschützt behaupteten Rechtsgütern des Lebens und der Autonomie der Freitodwilligen.¹⁰²

c) Anpassung von Strafrecht: Inhaltsbegriff und Pandemie-strafrecht

Dass positives Strafrecht sich wie alles Recht, das für Menschen gemacht wird, an gesellschaftliche Veränderungen anpassen muss, dürfte sich von selbst verstehen. Eine Strafnorm, die ein Verhalten unter Strafdrohung verbietet, das von der Mehrheit der Bevölkerung mittlerweile toleriert wird, ist funktionslos und muss aufgehoben werden. Entsprechend sind z.B. im Zuge der Großen Strafrechtsreform 1969 die Straftatbestände gegen Ehebruch oder „widernatürliche Unzucht“ mit Tieren ersatzlos gestrichen worden. Beispiele für eine positive Anpassung des Strafrechts an technische und gesundheitliche Entwicklungen in jüngster Zeit bilden etwa die Umstellung des Schriftenbegriffs auf einen Inhaltsbegriff in § 11 Abs. 3 dStGB durch das 60. StrÄndG vom 30.11.2020¹⁰³ und das Pandemiestrafrecht. Mit dem neuen Inhaltsbegriff trägt der Gesetzgeber der veränderten Lebenswirklichkeit Rechnung, in der die Verbreitung strafwürdiger Inhalte (einschließlich Bilder und Symbole) nicht mehr vorrangig über Trägermedien in Papierform, sondern digital über moderne Informations- und Kommunikationstechnik, insbesondere das Internet, stattfindet.¹⁰⁴ Relevanz hat die Änderung in § 11 Abs. 3 StGB für alle „Inhaltsdelikte“ (früher „Schriftenverbreitungsdelikte“) wie z.B. §§ 80a, 86 Abs. 2, 130 Abs. 2, 184a, 186, 187 StGB. Das Pandemiestrafrecht

Eingriffs in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben angenommen, siehe BVerfG NJW 2020, 905 (913 ff. Rn. 264 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 17, auch S. 12.

¹⁰¹ Statt aller *Schroth*, GA 2006, 549 (570); *Saliger*, ZRP 2008, 199; *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, 2015, S. 3 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/388404/ad20696aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf> (11.3.2022).

¹⁰² Dazu und zu weiteren Argumenten *Saliger* (Fn. 23), § 217 Rn. 3.

¹⁰³ BGBl. I 2020, S. 2600.

¹⁰⁴ BT-Drs. 19/19859, S. 1, 24. Zum Reformbedarf *Eisele*, in: Bode/Jakowczyk/Mrosk/Wrage (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wolf, S. 151.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 1.

⁹³ Ganz h.M.: OLG München NZV 2006, 277 (278); *Fischer* (Fn. 92), § 316 Rn. 2, 3; *Hecker* (Fn. 92), § 316 Rn. 1; *Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 316 Rn. 1, 2. Das schließt einen mittelbaren Individualschutz für andere Verkehrsteilnehmer nicht aus, dazu BVerfG DAR 2008, 586 Rn. 43.

⁹⁴ *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 2 Rn. 69.

⁹⁵ So aber *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 316 Rn. 4.

⁹⁶ BVerfG DAR 2008, 586 Rn. 43.

⁹⁷ *Hecker* (Fn. 92), § 316 Rn. 1; *Pegel* (Fn. 93), § 316 Rn. 1; *König*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 316 Rn. 1.

⁹⁸ Siehe oben II. 2. c).

⁹⁹ Das BVerfG hat die Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift erst wegen der Unangemessenheit des gesetzlichen

bezeichnet den Inbegriff aller strafrechtlichen Fragen, die im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie auftreten. Es reicht von klassischen Fragestellungen (z.B. Triage, Subventionsbetrug, Insolvenzrecht) über vertraute Problemstellungen in neuem Gewand (Hust- und Spuckattacken als Körperverletzung oder Tötung, Ausstellung falscher ärztlicher Bescheinigungen zur Befreiung von der Maskenpflicht) bis hin zu neuen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbeständen (§§ 73-75 i.V.m. §§ 28, 32 Infektionsschutzgesetz zu Kontaktbeschränkungen, Abstandsgeboten, Tragen eines Mund-Nasenschutzes, Ausgangsbeschränkungen, Gewerbebeschränkungen etc.). Dabei mögen viele Fragen gerichtlichen Prüfungsbedarf auslösen.¹⁰⁵ Insgesamt zeigen die Regelungen aber, dass Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht durchaus in der Lage sind, auf die Herausforderungen einer Pandemie angemessene Antworten zu geben.

III. Symbolisches Strafrecht

Nach der Klärung von Begriff und Elementen des positiven Strafrechts mit Beispielen kann das Phänomen des symbolischen Strafrechts aufgeheilt werden. Bereits aus dem Umstand, dass auch dem positiven Strafrecht legitime symbolische Wirkungen zukommen,¹⁰⁶ ergibt sich, dass symbolisches Strafrecht nicht einfach als negativer Gegenbegriff zu positivem Strafrecht verstanden werden kann. Offenkundig gibt es mindestens zwei Verwendungsweisen von symbolischem Strafrecht, eine positive, affirmative und eine negative, kritische Verwendung. Deshalb muss zunächst der Begriff des symbolischen Strafrechts geklärt werden (1.), um darauf aufbauend Kennzeichen eines kritischen symbolischen Strafrechts an Beispielen herausarbeiten zu können (2.).

1. Zum Begriff des symbolischen Strafrechts: positive und kritische Verwendung

Ein „Symbol“ bedeutet allgemein ein wahrnehmbares Zeichen, Sinnbild oder Bedeutungsträger, der stellvertretend auf etwas nicht in ihm direkt Enthaltene, Wahrnehmbares bzw. mit ihm nur assoziativ Verbundenes verweist.¹⁰⁷ Herkömmlicherweise werden Verweisungssymbole (z.B. Männchen zur Kennzeichnung von Herrentoiletten) und Verdichtungssymbole als Katalysator vor allem für Emotionen (z.B. Nationalflaggen und deren Farben) unterschieden. Kennzeichnend für Verdichtungssymbole ist, dass bei ihnen eine dauernde Überprüfung an der erfahrbaren Wirklichkeit unterbleibt. Das erklärt, warum in der Politik und bei der Gesetzgebung Verdichtungssymbole als Rituale eine herausragende Rolle spielen. Denn wegen der Distanz der Bürger zum Geschehen wird die tatsächliche Wirkung von Politik und Gesetzgebung durch die Bevölkerung grundsätzlich nicht überprüft.¹⁰⁸ Und

es erklärt, warum, wie festgestellt,¹⁰⁹ sich präventive Strafrechtstheorien wie das Strafrecht allgemein¹¹⁰ auch unter dem Blickwinkel von symbolischen Wirkungen bzw. Verdichtungssymbolen interpretieren lassen und dabei, soweit sie die expressiven Momente herausstellen, zunehmend empiriefreier werden.

Beispiele für symbolisches Strafrecht lassen sich auch in Chinas moderner Strafgesetzgebung finden. Aus dem 11. Strafrechtsänderungsgesetz ist etwa die neue Strafvorschrift der Ehrverletzung gegenüber Helden und Märtyrern anzuführen (§ 299a chStGB). Die auch strafrechtliche Sanktionierung der Verletzung der Ehre von Helden und Märtyrern trägt wegen der damit verbundenen Schädigung öffentlicher Interessen erkennbar symbolische Züge.

Neben diesen unleugbaren symbolischen Wirkungen von Strafe und Strafgesetzgebung¹¹¹ ist der Begriff des symbolischen Strafrechts von Anfang an zugleich in dezidiert kritischer Absicht verwendet worden. So hat insbesondere *Hassemer* unter Bezugnahme auf die Spannung zwischen manifesten und latenten Funktionen von Strafgesetzen¹¹² ein symbolisches Strafrecht als mit Täuschung verbundenes Strafrecht kritisiert, das nicht wie ein rechtsstaatliches Strafrecht die Potenz zum Schutz von Rechtsgütern besitzt, sondern lediglich den Schein der bloßen Demonstration von Potenz. Symbolisches Strafrecht sei daher schlecht, weil dessen latenten Funktionen in Gestalt der Demonstration von staatlicher Handlungsfähigkeit und Befriedigung eines aktuellen Handlungsbedarfs seine manifesten Funktionen in Gestalt eines realen Rechtsgüterschutzes überlagern.¹¹³

Die kritische Verwendung des Begriffs „symbolisches Strafrecht“ ist teils auf Zustimmung,¹¹⁴ teils auf Ablehnung gestoßen.¹¹⁵ *Hassemer* selbst hat im Hinblick auf die Kritik am symbolischen Strafrecht, insbesondere die Eigenschaft jeglichen Strafrechts, symbolisch zu sein – also die oben beschriebenen symbolischen Wirkungen von Strafe und Strafgesetzgebung¹¹⁶ – vorgeschlagen, zwischen kommunikativem und symbolischem Strafrecht zu unterscheiden. Kommunikatives Strafrecht soll danach die analytisch-beschreibenden Elemente der Symbolik von Strafrecht erfassen, während der Begriff „symbolisches Strafrecht“ für die kritische

¹⁰⁹ Siehe oben II. 2. a) cc).

¹¹⁰ Zur Strafgesetzgebung ferner *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (54 ff.); *Neumann/Schroth* (Fn. 39), S. 114 ff.

¹¹¹ Zu symbolischen Straftaten *F.C. Schroeder*, in: *Neumann/Herzog* (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 617.

¹¹² Grundlegend *Voß* (Fn. 43), S. 43 ff. (60 ff.).

¹¹³ *Hassemer* (Fn. 42), S. 1011, 1017; zuvor bereits *ders.*, *NSTZ* 1989, 553 (555 ff.).

¹¹⁴ Zum Beispiel *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (529 ff.); *Lauterwein* (Fn. 43), S. 29 ff., 57 ff.; *Kunz* (Fn. 107), S. 365 ff.

¹¹⁵ Etwa *Müller-Tuckfeld*, *Integrationsprävention*, 1998, S. 81 ff.; *Hörnle* (Fn. 46), S. 597 f.; gänzlich für einen Abschied vom Begriff des symbolischen Strafrechts *Peters*, *JR* 2020, 414 (415, 419 f.).

¹¹⁶ Siehe oben II. 2. a) cc).

¹⁰⁵ Einen Gesamtüberblick über Normen und Problemstellungen liefert das Werk von *Esser/Tsambikakis*, *Pandemiestrafrecht*, 2020.

¹⁰⁶ Siehe oben II. 2. a) cc).

¹⁰⁷ *Kunz*, in: *Dölling/Götting/Meier/Verrel* (Fn. 42), S. 353 (355).

¹⁰⁸ *Edelmann*, *Politik als Ritual*, 1976, S. 5 ff.; *Voß* (Fn. 43), S. 41 f.; *Lauterwein* (Fn. 43), S. 15.

Dimension reserviert sei.¹¹⁷ Dieser Vorschlag hat sich nicht durchsetzen können.¹¹⁸ Das ist auch unschädlich, weil es nicht erforderlich ist, den Begriff des Symbolischen einem Oberbegriff der Kommunikation unterzuordnen. Vielmehr genügt es, zwischen einer positiv-analytischen und einer negativ-kritischen Verwendung des Begriffs des symbolischen Strafrechts zu differenzieren. Im Folgenden interessieren allein die Kennzeichen eines kritischen symbolischen Strafrechts.

2. Kennzeichen eines kritischen symbolischen Strafrechts

In Bezug auf die Kennzeichen eines kritischen symbolischen Strafrechts ist zwischen der Kritikbasis und ihren möglichen Anwendungen zu unterscheiden.

a) Die Kritikbasis: Der Widerspruch zwischen manifesten und latenten Funktionen

Ein kritisches Verständnis von symbolischem Strafrecht lebt von dem Widerspruch zwischen manifesten und latenten Funktionen. Danach geht es bei symbolischem Strafrecht um einen Gegensatz von Schein und Sein, von intendiert und realisiert, um ein Element von Täuschung. „Manifeste Funktionen“ meint dabei die objektiven Normverwirklichungen, welche die Strafnorm mit ihren Formulierungen im Sinne eines instrumentellen Rechtsgüterschutzes erfasst, latente Funktionen dagegen die tatsächlichen Wirkungen der Strafnorm in Gestalt der Befriedigung aktueller Handlungsbedürfnisse, der Beruhigung der Bevölkerung oder der Demonstration eines starken Staates. Symbolisch in einem kritischen Sinn, weil objektiv täuschend, ist eine Strafnorm dann in dem Maße, wie ihre latenten Funktionen die manifesten überwiegen.¹¹⁹

Funktionsinhalte und das Verhältnis zwischen manifesten und latenten Funktionen sind objektiv zu bestimmen. Denn der subjektive Wille des Gesetzgebers, an dem man den Gegensatz von Schein und Sein mit Täuschungselement grundsätzlich auch ausrichten könnte, ist nicht selten mangels Anhaltspunkten in den Materialien, widersprüchlichen Quellen oder gesetzlichen Zielkonflikten schwierig zu ermitteln.¹²⁰ Zudem ist es zur Diskreditierung von symbolischem Strafrecht regelmäßig nicht erforderlich, dem Strafgesetzgeber auch subjektiv eine Täuschung vorzuwerfen, was in einem Rechtsstaat ohnehin offen kaum vorstellbar ist.¹²¹ Andererseits sind die Intentionen des Gesetzgebers nicht bedeutungslos. Zum einen gibt der moderne Strafgesetzgeber immer öfter über seine Regelungsabsichten in den Materialien Auskunft in dem Maße, wie er auch Strafrecht nur noch als gesellschaftliches Gestaltungsrecht ansieht. Zum anderen spielt es für den Gegensatz von manifester und latenter Funktion eine Rolle, wenn dem Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren

ren vielfach die Ineffektivität einer Regelung vorgehalten wurde und er die Strafnorm trotzdem verabschiedet hat.

b) Anwendungen

Der Widerspruch von manifesten und latenten Funktionen einer Strafnorm lässt sich auf verschiedene Aspekte beziehen:

aa) Ineffektivität der Verhaltensteuerung

Ein erster Aspekt ist die Ineffektivität der Verhaltenssteuerung. Als bloß symbolisch kann man danach eine Strafnorm kritisieren, die objektiv vorgibt, ein anerkanntes Rechtsgut zu schützen, tatsächlich dazu aber nicht in der Lage ist.¹²² Dazu zwei Beispiele:¹²³ Die Strafnorm der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB a.F. sollte die demokratische Gleichheit der Bürger als Rechtsgut vor unlauteren Einflussnahmen auf den demokratischen Prozess schützen.¹²⁴ Tatsächlich kriminalisierte sie allein den künftigen Stimmenkauf und -verkauf in parlamentarischen Wahlen und Abstimmungen. Nicht erfasst waren die vielfältigen Einflussnahmen auf Abgeordnete im parlamentarischen Raum wie die Tätigkeit in Fraktionen, Parlamentsausschüssen, Arbeitskreisen oder Parlamentsdebatten. Die Strafnorm war damit praktisch wirkungslos und wurde mit Recht als „symbolische Gesetzgebung mit einem hohen Maß an Täuschungselementen“ kritisiert.¹²⁵ Ein Beispiel aus dem chinesischen Strafrecht markiert die neue Absenkung der Strafmündigkeit auf zwölf Jahre bei bestimmten schweren Gewaltdelikten (§ 17 chStGB), weil verhaltenssteuernde Effekte auf mögliche Täter angesichts des Alters typischerweise von der Absenkung nicht zu erwarten sind.

Dass die Kritik von Strafrecht als symbolisch mangels Effektivität deshalb unzulässig sein soll, weil sie „die Natur der eigenen Kritik nicht offen[lege]“,¹²⁶ ist nicht nachvollziehbar. Richtet sich diese Kritik gegen eine geplante Strafnorm, so ist sie kriminalpolitisch, richtet sie sich gegen eine geltende Strafnorm, so ist sie dogmatisch. Dagegen erscheint auf Basis expressiver Straftheorien eine vernünftige Effektivitätskritik von Strafnormen kaum leistbar.¹²⁷

bb) Fehlender Rechtsgüterschutz

Ein zweiter Bezugspunkt für die Kritik an symbolischem Strafrecht ist fehlender Rechtsgüterschutz. Danach ist eine Strafnorm in dem Maße symbolisch, wie sie vorgibt, anerkannte Rechtsgüter zu schützen, tatsächlich aber andere ille-

¹¹⁷ Hassemer (Fn. 42), S. 1011 ff.

¹¹⁸ Zustimmend aber Lauterwein (Fn. 43), S. 16.

¹¹⁹ Hassemer, NSTZ 1989, 553 (556); ders. (Fn. 42), S. 1016 f.; auch Lauterwein (Fn. 43), S. 17, 27, 29; vgl. ferner Voß (Fn. 43), S. 60 f., unter Bezugnahme auf Merton.

¹²⁰ Voß (Fn. 43), S. 55 ff.; Hassemer, NSTZ 1989, 553 (556).

¹²¹ Saliger (Fn. 46), S. 696 f.

¹²² Hassemer (Fn. 42), S. 1017; Saliger (Fn. 46), S. 698; Kunz (Fn. 107), S. 365.

¹²³ Zur Symbolik von § 54a KWG Hamm/Richter, WM 2013, 865 (869); Saliger (Fn. 46), S. 698 f. Zur Symbolik des neuen § 261 StGB mit seinem all-crimes-approach vgl. stellvertretend etwa Strafrechtausschuss Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 78, Dezember 2020, S. 7 ff. (Berichterstatte: Gercke, Matt, Jahn), und Schindler, NZWiSt 2020, 457 (463).

¹²⁴ BT-Drs. 12/5927, S. 4.

¹²⁵ Barton, NJW 1994, 1098 (1100).

¹²⁶ So Peters, JR 2020, 414 (418).

¹²⁷ Vgl. auch die eigene Kritik von Peters, JR 2020, 414 (418 f.).

gitime oder problematische Rechtsgüter schützt.¹²⁸ Als Beispiel kann wiederum die frühere Strafvorschrift gegen die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung nach § 217 StGB a.F. dienen. Die Gesetzesbegründung gab vor, dass § 217 StGB a.F. die anerkannten Rechtsgüter des menschlichen Lebens und der Autonomie des Individuums vor den abstrakten Gefahren einer geschäftsmäßigen Freitodhilfe schützte.¹²⁹ Tatsächlich diente die Strafnorm nicht dem behaupteten Rechtsgüterschutz, sondern der moralischen Brandmarkung einer Freitodkultur als gesellschaftspolitisch unerwünschtem Zustand.¹³⁰ Als Strafnorm, die vor allem eine moralische Botschaft ausdrückte, gehörte § 217 StGB a.F. zum symbolischen Strafrecht.¹³¹

Auch der fehlende Rechtsgüterschutz wird als Anwendungsfall von symbolischem Strafrecht in Zweifel gezogen. Dazu wird vorgetragen, es gehe insoweit um die Grundsatzfrage, ob der Rechtsgutsbegriff dem Gesetzgeber Grenzen setzt.¹³² An § 217 StGB a.F. sieht man, dass das nicht notwendig der Fall ist. Denn die Prüfung, ob eine Strafnorm das vom Gesetzgeber angegebene Rechtsgut tatsächlich schützt, gehört noch zum anerkannten formellen Rechtsgüterschutz.¹³³ Zudem lässt sich ein bloßer Moralschutz durch eine Strafnorm auch unabhängig von einem materiellen Rechtsgutsbegriff aus rechtsstaatlichen Gründen kritisieren.

cc) Grundsätzliche Strafrechtskritik: Unzulässigkeit eines reinen Präventionsstrafrechts?

Fraglich ist allerdings, ob man den Begriff des symbolischen Strafrechts für eine grundsätzliche Strafrechtskritik verwenden sollte. *Hassemer* hat das getan und mit dem Begriff die strikte Präventionsorientierung des modernen Strafrechts mit seiner Häufung von Universalrechtsgütern und abstrakten Gefährungsdelikten sowie seiner Anmaßung, gesellschaftliche Großprobleme der Wirtschaft-, Umwelt-, Gesundheits- und Außenpolitik mit strafrechtlichen Mitteln lösen zu wollen, kritisiert.¹³⁴ Manche sind ihm darin gefolgt¹³⁵, viele an-

dere nicht.¹³⁶ Es kennzeichnet jede grundsätzliche Strafrechtskritik, dass sie notwendigerweise voraussetzungsreich ist, weshalb Einigkeit über sie praktisch nicht zu erzielen ist. Es ist insoweit wichtig zu erkennen, dass die Kritik von Strafrecht als symbolisches Strafrecht auch jenseits der Verständigung über eine grundsätzliche Strafrechtskritik vorgebracht werden kann. Das belegen die Anwendungsfälle der ineffektiven Verhaltenssteuerung und des fehlenden Rechtsgüterschutzes. Symbolisches Strafrecht als grundsätzliche Strafrechtskritik bleibt daher zwar natürlich möglich, ist aber für einen gehaltvollen Gebrauch des Begriffs nicht zwingend.

IV. Zusammenfassung: Von guter und schlechter Kriminalpolitik

Ich fasse zusammen: Kriminalpolitik in einem weiten Sinn umfasst die Konkretisierung und Rechtsfortbildung des Strafrechts allgemein. Gute Kriminalpolitik orientiert sich an den Grundsätzen positiven Strafrechts. Dazu gehören zentral formeller und materieller Rechtsgüterschutz mit primärer Orientierung an Verhaltenssteuerung und nur moderater Symbolik sowie ein strafrechtspezifischer Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der insbesondere eine schärfere empirische Bedarfsprüfung und Nachkontrolle neuer Strafgesetze einschließt. Schlechte Kriminalpolitik in Gestalt von symbolischem Strafrecht entsteht erst, wenn die latenten Funktionen die manifesten objektiven Normverwirklichungen überlagern. Das ist namentlich bei ineffektivem Strafrecht und Strafrecht ohne validen Rechtsgüterschutz der Fall.

¹²⁸ *Hassemer*, NSTZ 1989, 553 (556); *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (529 ff.); *Funcke-Auffermann* (Fn. 43), S. 94 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 2 Rn. 39, 41 f., am Beispiel der Kriminalisierung der Ausschwitzlüge nach § 130 Abs. 3 StGB.

¹²⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 12, ferner S. 2 f. und S. 10.

¹³⁰ *Saliger* (Fn. 23), § 217 Rn. 3; auch *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (186 f.); *Oğlakcioğlu*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2020, StGB, § 217 Rn. 1.

¹³¹ *Saliger* (Fn. 23), § 217 Rn. 7; vgl. auch *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 217 Rn. 2.

¹³² So *Peters*, JR 2020, 414 (417).

¹³³ Siehe oben II. 2. a) aa).

¹³⁴ *Hassemer*, NSTZ 1989, 553 (556 ff.); *ders.* (Fn. 42), S. 1003 ff.

¹³⁵ Zum Beispiel *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 253 ff.; *Kunz* (Fn. 107), S. 365 ff.; auch *Lauterwein* (Fn. 43), S. 16 ff., 29 ff.

¹³⁶ Etwa *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 2 Rn. 37 ff.; *Radtke*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 38 Rn. 6; *Díez Ripollés*, ZStW 113 (2001), 516 (530 ff.).