

Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzbekritik

„Traditionelle“ Maßstäbe

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Traditionelle und neue Maßstäbe strafrechtswissenschaftlicher Gesetzgebungskritik schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen sich. Tradition hat die Argumentation mit dem Rechtsgüterschutz. Zweifellos produziert die Fokussierung auf das Rechtsgut viele richtige Ergebnisse. Das Rechtsgut ist allerdings kein Allheilmittel zur vernünftigen Begrenzung von Strafrecht. In Grenzbereichen leisten aber auch andere – „moderne“ – Maßstäbe nicht mehr. Daher sollte man auf das Rechtsgut nicht verzichten.

I. Einleitung

Tatjana Hörnle leitet das erste Kapitel ihrer Habilitationsschrift „Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus“ mit folgenden Worten ein: „Es entspricht einer starken Tradition in der deutschen Strafrechtswissenschaft, bei der Untersuchung von als problematisch empfundenen Strafnormen beim Rechtsgutsbegriff anzusetzen“.¹ Ich bin Frau Hörnle dankbar für die Verwendung des Wortes „Tradition“ in Zusammenhang mit dem „Rechtsgutsbegriff“, denn das gibt mir das ziemlich sichere Gefühl, die hinter dem Titel „Traditionelle Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzbekritik“ stehenden Erwartungen nicht total zu verfehlen. Im Folgenden soll es um die Maßstabtauglichkeit des Rechtsgutsbegriffs für kritische wissenschaftliche Beobachtung und Begleitung der Strafgesetzbekritik gehen. Dass dies Tradition hat, bestätigen vor allem die zahlreichen Lehrbücher zum Strafrecht Allgemeiner Teil, in denen dem Lernenden erklärt wird, dass der Zweck des Strafrechts der Schutz von Rechtsgütern ist.

Ich zitiere exemplarisch aus den Lehrbüchern von Walter Gropp, Helmut Frister und Urs Kindhäuser:

„Strafrecht schützt bestimmte Interessen – „Rechtsgüter“ – dadurch, dass es die entsprechenden bei Strafe zu vermeidenden Unwert-Verwirklichungen festlegt und beschreibt“, heißt es bei Gropp.²

„In der Strafrechtswissenschaft wird die Notwendigkeit einer Beeinträchtigung der Rechte anderer oder der Allgemeinheit vielfach dahingehend formuliert, dass strafrechtliche Verhaltensnormen dem Schutz eines Rechtsguts dienen müssen“, stellt Frister fest.³

„Die strafrechtlichen Verhaltensnormen dienen nach heute ganz h.M. dem Schutz von Rechtsgütern“, schreibt Kindhäuser.⁴

Ähnliche Formulierungen findet man in fast allen anderen Lehrbüchern.⁵ Hingewiesen wird des Weiteren darauf, dass es dieses Zweckes bedarf, um die gravierende Qualität und Intensität des strafrechtlichen Eingriffs in den grundgesetzlich geschützten Status der Person zu legitimieren. So steht im Lehrbuch von Kindhäuser ein Absatz vor dem soeben zitierten Satz zum Rechtsgüterschutz Folgendes:

„Da die Verhängung von Kriminalstrafe das schärfste staatliche Reaktionsmittel ist und am intensivsten in die (grundrechtlich geschützte) Freiheitssphäre des Bürgers eingreift, steht das Strafrecht unter einem besonders hohen Legitimationsdruck“.⁶

Rechtsgüterschutz verleiht also dem Strafrecht Legitimation, d.h. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, das als Abwehrbollwerk den Bürger gegen illegitime Eingriffe nach Art und Intensität des Strafrechts abschirmt.⁷ Ob es allerdings für den Begriff des Rechtsgutes und die Beschränkung legitimen Strafrechts auf den Zweck des Rechtsgüterschutzes eine den Gesetzgeber bindende und beschränkende Verankerung im Grundgesetz gibt, ist heftig umstritten.

Das *BVerfG* ist nach Roxin „weit davon entfernt, die Tauglichkeit für den Rechtsgüterschutz zur Wirksamkeitsvoraussetzung von Strafvorschriften zu machen“.⁸ Auch in der Literatur besteht kein vollkommener Konsens über die Verfassungsrechtsqualität des Rechtsgutsgedankens.⁹ Mit der Mehrheit bin ich zwar der Ansicht, dass die strafrechtlegitimierende und strafrechtslimitierende Bedeutung des Rechtsgutes sehr wohl Ankerplätze im

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam. Bei dem Beitrag handelt es sich um ein um Fussnoten ergänztes Manuskript des in gekürzter Form auf der Jahrestagung des Kriminalpolitischen Kreises am 9.11.2018 in Frankfurt/Main gehaltenen Vortrags.

¹ Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 11.

² Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (2015), § 1 Rn. 149.

³ Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. (2018), Kapitel 3 Rn. 22.

⁴ Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. (2017), § 2 Rn. 6.

⁵ Vgl. z.B. Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. (2016), Rn. 3; Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. (2018), § 3 Rn. 1, Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Aufl. (2018), anders Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. (1993), Studienausgabe, 2. Abschn. Rn. 7 ff.

⁶ Kindhäuser, AT, § 2 Rn. 5.

⁷ Treffend Dubber, in: FS Lüderssen, 2002, S. 179: „Strafrecht ist prima facie illegitim.“

⁸ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 86.

⁹ Nakamichi, ZIS 2017, 324: „Heutzutage spielt die Argumentationsformel ‘ohne faßbare Rechtsgutsverletzung keine Straftat’ keine entscheidende Rolle mehr.“

Grundgesetz hat.¹⁰ Allerdings stimme ich den Skeptikern insoweit zu, dass der Text des Grundgesetzes als Quelle zweifelsfreier Erkenntnisse darüber, was ein Rechtsgut ist und welche tatsächlichen oder potentiellen Gegenstände strafrechtlicher Regelung keine Rechtsgutsqualität haben, nur beschränkt aussagekräftig ist.¹¹ „Eine Allzweckwaffe ist das Rechtsgut nicht“, stellt *Kristian Kühl* pointiert fest.¹² Gerade in den umstrittenen Grenzfällen ist die streitentscheidende Potenz des Grundgesetzes schwach. Mit etwas resignierendem Unterton wird deshalb dem Gesetzgeber auch von Vertretern eines verfassungsrechtlich anerkannten Rechtsgutsbegriffs „ein ziemlich weitreichendes Beurteilungsermessen“ eingeräumt.¹³

Dies disqualifiziert das Rechtsgut jedoch nicht als Bezugs- und Ausgangspunkt strafrechtswissenschaftlicher Gesetzeskritik sowie strafrechtswissenschaftlicher Gesetzgebungsberatung. Auch wenn es das normenhierarchisch über dem Strafrecht schwebende Verfassungsrecht nicht gäbe, hätte jeder einzelne Bürger und damit die Gesellschaft insgesamt ein Interesse daran, dass Strafrecht vom Gesetzgeber nicht begründungsschwach, grenzenlos und ausufernd gestaltet wird, sondern nur innerhalb eines vernünftigen und sachlich begründeten Rahmens entfaltet werden kann. An der Entwicklung dieses Rahmens mitzuarbeiten ist eine Kernaufgabe der Strafrechtswissenschaft.¹⁴

Demgegenüber versteht sich Strafrechtswissenschaft nicht als ein dem *BVerfG* vorgeschaltetes Quasi-Verfassungsorgan, das dazu berufen ist, der Gesetzgebung aus dem Grundgesetz abgeleitete verbindliche Anweisungen zu erteilen.¹⁵ Der Einfluss der Strafrechtswissenschaft auf den Gang der Gesetzgebung ist weich und injustitiabel. Er äußert sich als Angebot der Zuarbeit an die Inhaber der Gesetzesinitiative und die gesetzgebenden Körperschaften in Form von Empfehlungen, Vorschlägen und Kritiken.¹⁶ Nicht Gesetzeskraft, sondern Überzeugungskraft ist das Instrument, mit der die Wissenschaft der Gesetzgebung Richtungen weisen und eventuell Schranken errichten kann. Schwach ist dieses Instrument, wenn bei dem Adressaten keine ausreichende Bereitschaft sich überzeugen zu lassen, vorhanden ist. Nicht selten ist die versuchte Anregung ein fehlgeschlagener Versuch.

Ähnlich verhält es sich mit dem Einfluss, den die Strafrechtswissenschaft auf den Gang der Rechtsprechung ausüben kann. Niemand wird in einem Rechtsmittelverfahren Aussicht auf Erfolg aus der zutreffenden Behauptung schöpfen können, das Tatgericht habe bei der strafrechtlichen Würdigung des Falles die brillanten Theorien einer beachtlichen Anzahl namhafter Strafrechtswissenschaftler ignoriert. Wünschenswert ist gewiss, dass die Strafrechtswissenschaft in der Kriminalpolitik und in der Strafrechtspflege Gehör findet. Einen einklagbaren Anspruch darauf gibt es aber nicht, weder für die Wissenschaftler selbst noch für die Bürger, die der Wissenschaft vielleicht mehr vertrauen als der Politik.

Deswegen muss man als Strafrechtswissenschaftler – auch wenn es schwerfällt – hinnehmen, wenn das Bundesverfassungsgericht feststellt, dass ein ausschließlich auf den Schutz von Rechtsgütern beschränkter legitimer Strafrechtzweck aus dem Grundgesetz nicht abgeleitet und daher z. B. die Pönalisierung des Geschwisterinzests nicht mit dem Argument verfassungswidrig defizitärer Rückbindung an ein schützenswertes Rechtsgut gekippt werden kann. Im Grundgesetz kommt das Rechtsgut explizit nicht vor.

Anders ist es auf der einfachgesetzlichen Ebene. Dass jedenfalls das Strafgesetzbuch selbst das Rechtsgut als Leitidee ernst nimmt, wird unübersehbar in § 34 StGB bestätigt. Hier erkennt das Gesetz an, dass die Abwendung einer Gefahr für ein Rechtsgut Vorrang genießen kann vor der Befolgung des Verhaltensappells, den der verwirklichte Straftatbestand trägt. Wenn also in der Notstandslage der Schutz des Rechtsgutes einen höheren Wert hat als das Schutzinteresse, dem der Straftatbestand selbst gewidmet ist, dann folgt daraus mit zwingender Logik, dass auch der Schutzgegenstand der Straftatbestände Rechtsgutsqualität hat. Wenn an der Bewahrung des Rechtsgutes ein gewichtigeres Interesse besteht als an der Unterlassung der tatbestandsmäßigen Handlung, dann muss das Rechtsgut einen höheren Wert haben als das Interesse, dem das Verbot tatbestandsmäßigen Handelns gewidmet ist. Das spricht dafür, das durch den Tatbestand geschützte Interesse als Rechtsgut zu definieren. Dass dabei Individualgüter zwar keine exklusive¹⁷ aber immerhin eine Vorrangstellung haben, ist ihrer hervorhebenden Erwähnung in § 34 S. 1 StGB ebenfalls zu entnehmen.

Von daher ist die in der Literatur zum Ordnungswidrigkeitenrecht verbreitete Überlegung plausibel, dass es im OWiG einer eigenständigen Norm über den entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) nicht bedarf, weil die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestands so gut wie immer durch Notstand gerechtfertigt sein wird, wenn die Tat erforderlich ist, um eine gegenwärtige Gefahr für ein Individualrechtsgut abzuwenden, § 16 OWiG.¹⁸ Denn was durch die Bußgeldtatbestände geschützt wird, hat entweder gar keine Rechtsgutsqualität oder ist ein Rechtsgut minderer Schutzwürdigkeit.

II. Individualrechtsgüter und überindividuelle Rechtsgüter

Um darlegen zu können, dass das geltende Recht deswegen entbehrliche Strafvorschriften enthält, weil einigen von ihnen kein oder kein hinreichend schutzwürdiges Rechtsgut zugrunde liegt, braucht man einen maßstabtauglichen Rechtsgutsbegriff. Dieser muss der Legislative vorgegeben sein, sodass es der Gesetzgebung verwehrt ist, sich der Kritik einfach dadurch zu entziehen, dass sie ein zu der Strafvorschrift passendes Rechtsgut erfindet.

Meines Erachtens ist dieser Punkt entscheidend mit dafür

¹⁰ *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 2 Rn. 16.

¹¹ *Beck*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 45 (55).

¹² *Kühl*, in: FS Heinz, 2012, S. 766 (776).

¹³ *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 93.

¹⁴ *Prittowitz*, ZStW 129 (2017), 390 (393).

¹⁵ *Nakamichi*, ZIS 2017, 324 (325).

¹⁶ *Kubiciel*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 99 (118).

¹⁷ *Roxin*, AT I, § 16 Rn. 13.

¹⁸ *Gürtler*, in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl. (2017), § 16 Rn. 16.

verantwortlich, dass das Vertrauen in das strafrechtsbegrenzende Potential des Rechtsguts schwindet. Die Kriminalpolitik operiert mit einem Rechtsgutsbegriff, der sich den Gesetzen anpassen lässt statt umgekehrt. Dieser Rechtsgutsbegriff ähnelt einer Ampel, die während des Gesetzgebungsprozesses ausgeschaltet ist und plötzlich grünes Licht zeigt, wenn das Gesetz fertig ist.

Es kommt nicht mehr vor, dass die Schaffung eines Strafgesetzes auf Grund der Einsicht unterbleibt, dass dem Gesetz kein hinreichend schutzwürdiges Rechtsgut zugrunde gelegt werden kann. Wenn ein Strafgesetz erst einmal auf den Weg gebracht wird, fällt seinen Urhebern auch eine passende Rechtsgutsbeschreibung ein. Wo ein politischer Kriminalisierungswille ist, da findet sich auch eine Formel zur Übersetzung in die Kategorie des Rechtsgutes.

An dieser Entwicklung ist die Strafrechtswissenschaft nicht ganz unschuldig. Wir haben uns daran gewöhnt und geben es in der akademischen Juristenausbildung ja auch den künftigen jungen Juristen mit auf den Weg, dass es neben Individualrechtsgütern auch sogenannte überindividuelle Rechtsgüter gibt.¹⁹ Mit dieser zweiten Kategorie ist der Gesetzgebung das Tor zu einer weiträumigen Strafrechtsfabrik eröffnet, in der Strafgesetze produziert werden, denen man die Schutzfunktion in Bezug auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Vermögen usw. jedenfalls nicht auf Anhieb ansieht. Bei genauerem Hinsehen erweist sich dann vielleicht sogar, dass selbst ein indirekter Schutzeffekt für individuelle Rechtsgüter überhaupt nicht existiert. Das sollte dann ein Alarmsignal sein und Anstoß für kritisches Fragen nach der Legitimität dieser gesetzlichen Kriminalisierung geben.

Paradoxerweise eine der bedeutendsten Schwächen der Lehre vom strafrechtlich zu schützenden Rechtsgut ist ihre Beliebtheit. Diese äußert sich nämlich darin, dass viele sich dieses Themas annehmen und um seine Entwicklung ringen. Insbesondere das Streben nach einem optimalen Begriff des Rechtsgutes bringt immer wieder neue Formeln und Definitionen hervor.

„Für keinen anderen Grundbegriff des Strafrechts wird eine solche Vielfalt an zumeist nicht näher begründeten Definitionen angeboten, von denen zum Teil nicht einmal gesagt werden kann, wie sie sich zueinander verhalten.“

Diesen ernüchternden Befund untermauert *Günter Stratenwerth* in seinem Beitrag zur Lenckner-Festschrift so gleich mit der Aufzählung von elf Rechtsguts-Umschreibungen aus Lehrbüchern, Kommentaren und Monographien.²⁰ Ein solches Kaleidoskop fördert weder Einheit noch Konsens und bietet Gegnern Angriffsflächen. Wie soll das Rechtsgut ernst zu nehmende Strafrechtsbegrenzung leisten können, wenn seine Anhänger sich nicht einmal auf einen gemeinsamen Grundbegriff verständigen können?

Auch auf die Gefahr hin der Unterkomplexität geziehen

zu werden erscheint mir als der einzige gangbare Weg eine Vereinfachung durch Rückführung auf einen Begriffskern, über den allseits Einigkeit besteht. Kleinster gemeinsamer Nenner und damit zentraler Bezugspunkt der Definition ist für mich im Anschluss an *Albin Eser* das Individuum.²¹ Allein um die Bewahrung der Voraussetzungen einer menschenwürdigen Existenz des Individuums muss es bei der Bestimmung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes gehen. Diejenigen Existenzbedingungen, die durch menschliches Verhalten beeinflussbar sind, sind das Material, das für Ausfüllung und Konkretisierung des Rechtsgutsbegriffs herangezogen werden kann und zwar auch in Bezug auf überindividuelle Rechtsgüter.

In vielen gängigen Formulierungen kommt dies zur Geltung, z.B. in dem Vorschlag von *Hans-Joachim Rudolphi*:

Rechtsgüter sind „für die verfassungsgemäße Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheiten“.²²

Dabei muss eine besondere Betonung auf dem Wort „unverzichtbar“ liegen, da angesichts begrenzter Ressourcen nur unter dieser Bedingung ein gleiches Schutzniveau für alle realisiert werden kann. Es bedarf also einer Abgrenzung der Grundversorgung von Überfluss und Luxus. Damit soll keineswegs einem strafrechtlichen Minimalismus das Wort geredet werden, der nur noch unmittelbar Individualgüter schützende Straftatbestände wie Mord, Totschlag, Körperverletzung, Vergewaltigung, Freiheitsberaubung und Diebstahl gelten lassen will. Der Begriff des überindividuellen Rechtsgutes ist aus systematischen und didaktischen Gründen sinnvoll und gegen die Aussage, dass ein Straftatbestand ein überindividuelles Rechtsgut schützt, ist ebenfalls nichts Grundsätzliches einzuwenden. Denn letztlich impliziert der Schutz eines überindividuellen Rechtsgutes den Schutz von Individualgütern, deren Unversehrtheit nicht allein vom Unterbleiben unmittelbar schädigender Angriffe, sondern auch von der Funktionstüchtigkeit staatlicher Einrichtungen und Verfahren und der Sicherheit des öffentlichen Raums abhängig ist.²³

„Sowohl die Individualrechtsgüter als auch die Rechtsgüter der Allgemeinheit dienen im Ergebnis den Entfaltungsmöglichkeiten des Individuums“,

heißt es sehr treffend und anschaulich bei *Frister*.²⁴ Aber das Konstrukt des überindividuellen Rechtsgutes hat nun einmal das Potential zum Geburtshelfer für Straftatbestände, denen der hinreichende Schutzbezug zu einem Individualgut fehlt. Mein Vorschlag ist daher, bei der Schaffung von Strafvorschriften mit überindividuellem Rechtsgut darauf zu achten, dass eine transparente tragfähige Ableitung aus einem strafrechtlich geschützten Individualrechtsgut nachgewiesen werden kann. Fehlt es daran, besteht zumindest erhöhter Begründungsbedarf.²⁵ Scheitert der Begründungsversuch, ist die Deliktssnorm im Strafrecht fehlplatziert und sie sollte – sofern es ihrer

¹⁹ *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. (2015), § 1 Rn. 26.; *Heinrich*, *AT*, Rn. 7; *Renigier*, *AT*, § 3 Rn. 3.

²⁰ *Stratenwerth*, in: *FS Lenckner*, 1998, S. 377 (378).

²¹ *Eser*, in: *FS Lüderssen*, 2002, S. 195 (200).

²² *Rudolphi*, in: *SK-StGB*, 6. Aufl. (Juni 1997), vor § 1 Rn. 8.

²³ *Sternberg-Lieben*, in: *FS Paeffgen*, 2015, S. 31 (33).

²⁴ *Frister*, *AT*, Kapitel 3 Rn. 23.

²⁵ *Sternberg-Lieben*, in: *FS Paeffgen*, S. 31 (34).

überhaupt bedarf – in das Ordnungswidrigkeitenrecht verlagert werden.

Ein Straftatbestand, der unmittelbar ein überindividuelles Rechtsgut schützt, muss mittelbar auch ein Individualrechtsgut schützen.²⁶ In strafrechtsdogmatischer Hinsicht hat dies in großem Umfang Strafbarkeitsvorverlagerungen vor allem in Gestalt von abstrakten Gefährdungsdelikten zur Folge.²⁷ § 316 StGB ist ein Straftatbestand zum Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum. Unmittelbar dient das strafbewehrte Verbot des Autofahrens unter Alkoholeinfluss dem Schutz des Allgemeinguts Verkehrssicherheit.²⁸ Dass damit zugleich die Zahl der bei Verkehrsunfällen Getöteten und Verletzten verringert werden soll, ist der tiefere Grund für die Legitimität dieser Pönalisierung und gewiss auch Voraussetzung für ihre Akzeptanz in der Bevölkerung.

In welchem Umfang man vorverlagerten strafrechtlichen Schutz von Individualrechtsgütern hinnehmen will, ist in erster Linie eine Frage der Verhältnismäßigkeit und der Risikotoleranz.²⁹ Bei deren Prüfung sollte man nicht kurzzeitig die Lebensbedingungen hier und jetzt zum Maßstab nehmen. Gesetzgebungskritik durch Strafrechtswissenschaft bewegt sich nicht ausschließlich in eine Richtung, nämlich Verhinderung und Beseitigung von Strafrecht. Unsere Aufgabe ist es auch, auf Strafbarkeitslücken aufmerksam zu machen und im Lichte notwendigen Rechtsgüterschutzes positive Strafgesetzgebung einzufordern. Angesichts schwer kalkulierbarer Gefahren für die elementaren Lebensgrundlagen künftiger Generationen durch menschengemachte Ressourcenvernichtung und klimazerstörendes Konsumverhalten halte ich eine weite Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes elementarer Humangüter nicht nur für vertretbar, sondern für geboten, ja alternativlos. Wenn es von unserem gegenwärtigen Lebensstil abhängt, ob den Menschen in fünfzig Jahren noch genügend sauberes Wasser, Luft zum Atmen und fruchtbare Böden zur Sicherung ausreichender Versorgung mit Nahrung zur Verfügung stehen wird, dann müssen gegenwärtig die notwendigen rechtlichen Weichenstellungen vorgenommen werden, auch wenn das für die Erhaltung der Lebensbedingungen bis zum voraussichtlichen Ende unseres eigenen Lebens nicht dringend erforderlich ist. Allein mit dieser Begründung ließe sich eine Verschärfung des Umweltstrafrechts rechtfertigen. Hätte vor Jahrzehnten ein weitsichtiger Gesetzgeber eine strafbewehrte Beschränkung des erst jetzt allmählich als Bedrohung wahrgenommenen Gebrauchs von Alltagsgegenständen aus Plastik vorgeschlagen, wäre er wahrscheinlich für verrückt erklärt worden. Heute sprechen wir darüber, dass es in absehbarer Zeit in den Ozeanen mehr Plastik als Fische geben wird und plötzlich schnellen Umfragewerte und Wahlergebnisse für Öko-Parteien in die Höhe. Im Strafgesetzbuch finde ich zu diesem Thema aber nur § 324 StGB und § 326 StGB, zwei Vorschriften, die offenbar gegen die Plastikvermüllung machtlos sind.

²⁶ Anders *Kubiciel*, in: Zabel (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 2018, S. 99 (115).

²⁷ *Sternberg-Lieben*, in: FS Paeffgen, S. 31 (34).

²⁸ *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 316 Rn. 1.

²⁹ *Mitsch*, JuS 2018, 1161 (1164).

³⁰ *Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686 (689): „sehr diffus“.

³¹ *Lackner/Kühl*, § 265c Rn. 1.

³² Ebenso bzgl. § 265d *Schreiner*, in *MüKo-StGB*, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 265d Rn. 1.

III. Misslungene Kriminalisierung

Für mich die schlimmste Abweichung der Strafrechtsgesetzgebung von der Bahn einer rechtsgutsgeleiteten Kriminalpolitik ist die Kreation des Pseudorechtsguts „Integrität des Sports“,³⁰ der wir nicht nur die Straftatbestände des Antidopinggesetzes, sondern im Kernstrafrecht die §§ 265c und 265d StGB zu verdanken haben.³¹ Das Individualrechtsgut, das durch die tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen beeinträchtigt wird, muss erst noch erfunden werden.³²

Gewiss ist der Spitzensport eine ergiebige Quelle der Vermögensmehrung für Angehörige einer winzigen gesellschaftlichen Oberschicht, die als Athleten, Trainer, Funktionäre oder Wettkampfveranstalter in der glücklichen Lage sind, außergewöhnliches sportliches Leistungsvermögen in gigantische Summen von Geld verwandeln zu können. Man kann also schon behaupten, durch die Pönalisierung von Regelverstößen im Spitzensport werde das Vermögen derjenigen geschützt, die sich an die Regeln halten und durch das unlautere Wettbewerbsverhalten ihrer Konkurrenten benachteiligt werden.³³

Aber in einer ähnlichen Lage sind auch beispielsweise Musiker, Schauspieler, Komiker, ja selbst Wissenschaftler, die auf ihrem Gebiet Besseres leisten als die breite Masse ihrer Berufskollegen. Es käme niemand auf die Idee mit dem Strafrecht dagegen vorzugehen, dass sich einzelne Vertreter dieser Branchen mit Psychopharmaka, Alkohol oder Rauschgift in Form bringen und einen Wettbewerbsvorteil gegenüber denjenigen Vertretern ihres Faches verschaffen, die auf derartige leistungsfördernde Hilfsmittel nicht zurückgreifen. Dabei könnte man ernsthaft darüber streiten, ob das, was die Spitzenkräfte der genannten kulturellen Bereiche leisten, für die Menschheit sogar wertvoller ist als sportliche Höchstleistungen etwa eines *Christiano Ronaldo*, *Usain Bolt* oder *Sebastian Vettel*.

Auf den Spitzensport können wir alle verzichten, oder wie wäre es sonst auf Dauer zu ertragen, dass in Burkina Faso keine Formel-1-Rennen ausgetragen werden und Madagaskar noch nie einen Olympiasieger in irgendeiner Sportart hervorgebracht hat? Dopingmissbrauch bei den Leichtathletikmeisterschaften in diesen afrikanischen Ländern wird dort wahrscheinlich auch kein gesellschaftliches Problem von überragender Bedeutung sein. Warum also bei uns?

Eine für die Freiheit des Bürgers unverzichtbare Funktionseinheit ist der Spitzensport nicht, weder in den armen Ländern der „Dritten Welt“ noch im reichen Europa. Was nicht gebraucht wird, das braucht auch nicht mit rechtlichen Mitteln gefördert oder geschützt zu werden, schon gar nicht mit dem Strafrecht.³⁴ Diese Argumentation wirkt sehr simpel und ist leicht aus den Angeln zu heben. Dazu

³³ *Schreiner*, in: *MüKo-StGB*, § 265c Rn. 1; § 265d Rn. 3; *Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686 (689).

³⁴ Tendenziell anders *Kubiciel*, in: Zabel (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 2018, S. 99 (115), wo allerdings der relevante Zusammenhang zwischen dem Sport, „den Millionen Menschen betreiben“ und Strafnormen, die allein auf Fehlverhalten im Bereich des Spitzensports abstellen, nicht erläutert wird.

bedarf es nur der hinreichend suggestiven Darlegung, dass das, was durch Strafvorschriften des Antidopinggesetzes oder durch §§ 265c, 265d StGB unmittelbar oder mittelbar geschützt wird, doch gebraucht wird und deshalb strafrechtlichen Schutz verdient. Wenn es sich dabei sogar um ein dringendes Bedürfnis zur Erhaltung oder Steigerung von Lebensqualität der Bürger handelt, dann ließe sich das zudem in die Kategorie des Individualgutes übersetzen. Notfalls müsste ein neues Individualrechtsgut erfunden werden, z. B. Unterhaltung oder Freude. Damit wäre der hier zugrunde gelegten Forderung, dass Strafvorschriften ihre Existenzberechtigung stets aus einem Schutzzweckzusammenhang mit einem Individualgut gewinnen müssen, entsprochen.³⁵

Wie gesagt, wir müssen in unserer demokratisch verfassten Gesellschaft selbst aushandeln, was uns wichtig ist und deshalb sogar mit dem Mittel des Strafrechts geschützt werden muss.³⁶ Was letztlich als Schutzgut in der Strafvorschrift abgebildet wird, ist eine „Konstruktionsleistung demokratischen Rechts“.³⁷ Wenn sich dabei die Wertung durchsetzt, Hochleistungssport sei ein unverzichtbares Requisite eines Lebens in Würde, Frieden und Gerechtigkeit, dann muss auch derjenige, der so etwas für absurd hält, dies als Mehrheitswille akzeptieren.³⁸

IV. Gelungene Nichtkriminalisierung

Es gibt keinen strafrechtlichen Schutz des Interesses an der Information über Strafverfahren. Es gibt aber angeblich ein starkes und auch schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit daran, über Strafverfahren informiert zu werden bzw. sich selbst informieren zu können und zwar auch durch Einräumung der Möglichkeit zur Beobachtung des Prozessgeschehens aus nächster Nähe als anwesender Zuhörer im Gerichtssaal. Bei besonders interessanten Fällen wie dem NSU-Prozess vor dem *OLG München* soll daraus ein Anspruch gegen die Justiz auf Erweiterung der Raumkapazitäten zur Ermöglichung unmittelbarer physischer Anwesenheit einer angemessenen Zahl von Medienvertretern plus einer nicht zu geringen Zahl weiterer Bürger erwachsen. Sogar die Zulassung von Live-Übertragungen aus dem Gerichtssaal wird unter dem Banner eines rechtlich schutzwürdigen Interesses gefordert. Wäre es also nicht diskutabel, die Beeinträchtigung dieses Informationsinteresses zum Gegenstand von Straftatbeständen zu machen?

„Das Strafrecht dient dem Schutz von Interessen, die der Rechtsgemeinschaft wichtig sind“, heißt es in dem allerersten Absatz des Leipziger Kommentar zum StGB.³⁹ Besteht an der richtigen Anwendung des § 169 GVG nicht ein Interesse, das der Rechtsgemeinschaft wichtig ist?⁴⁰ Immerhin ist der Verstoß gegen diese Norm im Kontext des Revisionsrechts ein absoluter Revisionsgrund (§ 338 Nr. 6 StPO), was ein Indikator für strafprozessrechtliche

Wichtigkeit ist.⁴¹ Korrespondiert diesem Interesse – einmal unterstellt, es existiert wirklich – aber ein „Rechtsgut“? Ist die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung eine „für die Freiheit des Bürgers unverzichtbare Funktionseinheit“? Darüber müssten wir streiten, wenn es Strafvorschriften gäbe, mit denen Behinderungen der Befriedigung des genannten Informationsinteresses pönalisiert werden.

Zu denken wäre an einen Amtsdeliktstatbestand, der den vorsätzlichen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 S. 1 GVG erfasst oder einen allgemeinen Straftatbestand, der sich an Bürger richtet, die sich mit betrügerischen Mitteln zum Nachteil von Mitbürgern einen der raren Zuhörerplätze im Gerichtssaal verschaffen. Im geltenden Strafrecht findet man weder das eine noch das andere.⁴² Der Sonderdeliktstatbestand Rechtsbeugung passt schon deswegen nicht, weil sich in keinem Fall eindeutig feststellen lässt, dass der rechtswidrige Ausschluss der Öffentlichkeit „zugunsten oder zum Nachteil einer Partei“ wirkt. Das Informationsinteresse von Bürgern wäre zwar nachteilig berührt, aber der Bürger ist keine „Partei“ in dem Verfahren.⁴³ Der sich bewusst über § 169 GVG hinwegsetzende Richter begeht also keine Rechtsbeugung, er macht sich überhaupt nicht strafbar. Auch der Bürger, der sich z. B. einen der im „Windhund-Verfahren“ vergebenen Plätze im Zuhörerraum sichert, indem er sich in der Schlange der Anwärter vordrängt, begeht keine Straftat. Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) ist nicht einschlägig, weil der Zuhörer mit Einverständnis des Hausrechtsinhabers im Gerichtssaal anwesend ist.⁴⁴

Ich halte diesen Zustand der Strafflosigkeit für richtig und sehe deshalb in dem Wettbewerb zwischen „Interesse“ und „Rechtsgut“ um den Preis für das tauglichere Strafrechtsbegründungs- und Strafrechts-Begrenzungskriterium einen leichten Vorteil beim Rechtsgut. Es ist vielleicht nur eine Intuition, aber mir fällt es leichter, die Strafflosigkeit damit zu begründen, dass hier kein zu schützendes Rechtsgut existiert, als das Fehlen eines für die Rechtsgemeinschaft wichtigen Interesses zu behaupten.⁴⁵

V. Noch nicht gelungene Kriminalisierung: Zukunftssicherung durch Strafrecht

Es vergeht kein Tag, an dem nicht über Erderwärmung, Klimawandel und Klimaschutz geredet und geschrieben wird. Demgegenüber ist erstaunlich, wie wenig Resonanz das Thema bisher in der Strafrechtswissenschaft findet. Der einzige aktuelle Aufsatz an prominenter Stelle ist „Strafrecht und Klimaschutz“ von *Wolfgang Frisch* in *Goldammer's Archiv* 2015, S. 427 ff.⁴⁶ Wie fast jeder, der sich dazu äußert, verwendet auch *Frisch* gleich am Anfang die Worte „große Herausforderung“ und „Zukunftsaufgabe der Menschheit“, stellt aber sogleich fest, dass „ein spezi-

³⁵ *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (651).

³⁶ *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (659).

³⁷ *Gärditz*, Der Staat, Bd. 49 (2010), S. 331 (353).

³⁸ *Prittitz*, ZStW 129 (2017), 390 (392).

³⁹ *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), Einl. Rn. 1.

⁴⁰ Nach *Trentmann*, MMR 2018, 441 wird dem Öffentlichkeitsgrundsatz „uni sono eine hervorragende Bedeutung zugemessen“.

⁴¹ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. (2018), Rn. 566.

⁴² Zu Verletzungen der Öffentlichkeit und den rechtlichen Konsequenzen von *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 129 ff.

⁴³ *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 339 Rn. 12.

⁴⁴ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 20.

⁴⁵ *Kühl*, in: FS Heinz, 2012, S. 766 (775).

⁴⁶ Seit dem aufrüttelnden Vortrag von *Günter Stratenwerth* auf der Baseler Strafrechtslehrtagung 1993 (ZStW 105 [1993], S. 679 ff.) war das Thema im strafrechtlichen Schrifttum nicht mehr sichtbar.

fisch strafrechtliches Interesse an der Thematik des Klimaschutzes gegenwärtig nahezu völlig“ fehle.⁴⁷ Am Ende seiner ernüchternden Bestandsaufnahme steht der Appell:

„Der Klimaschutz und die insoweit sachgerechte und legitimierbare Sanktionierung sind nach allem also ein Thema, dessen sich auch die Strafrechtswissenschaft weit mehr annehmen sollte, als dies bisher geschehen ist.“⁴⁸

Die Gründe für das kollektive Schweigen und Aussitzen⁴⁹ sind vielfältig. Einer von ihnen ist im Text von *Frisch* deutlich abgebildet: Schon das Wort „Zukunftsaufgabe“ ist ein irreführender Euphemismus, geht es doch darum, hier und jetzt – also gegenwärtig – das Notwendige zu tun, ganz zu schweigen von dem, was in der Vergangenheit bereits versäumt wurde.⁵⁰ Das gravierendste Defizit ist jedoch die sprachliche Verschleierung des individualgüterschädigenden Charakters des Phänomens. Die Rede ist von „Zielen des Klimaschutzes“⁵¹, „Folgen für diese Erde und die auf ihr lebenden Menschen“⁵², „Interesse eines menschengerechten Lebens zukünftiger Generationen“⁵³. Strafrechtlicher Umweltschutz, wo *Frisch* den Klimaschutz in Ermangelung eines spezifischeren Regelungsrahmens positivgesetzlich verankert sieht, wird als „Modellfall des Schutzes wichtiger Universalgüter“ bezeichnet.⁵⁴ Das ist alles richtig.

Aber es wirkt wie das Herumschleichen der Katze um den heißen Brei⁵⁵, wenn nicht klar und deutlich ausgesprochen wird, dass hinter dem, was abstrahierend und anonymisierend „Menschheit“⁵⁶ oder „zukünftige Generationen“ ge-

nannt wird, reale individuelle Menschen aus Fleisch und Blut stehen, deren Leben, Gesundheit und Eigentum gefährdet, ja zerstört wird.

Menschengemachte Klimaveränderung ist schlimmstenfalls massenhafte Todesverursachung⁵⁷, wie uns aktuelle Naturkatastrophen lehren. Das Strafrecht ist in erster Linie für den Schutz hochrangiger Individualgüter zuständig. Also hat es sich auch darum zu kümmern, dass diese Güter nicht durch Bedrohung von Umwelt, Natur und Klima in Gefahr gebracht werden.

Gewiss steht das akzessorische Strafrecht in diesem Bereich nicht an der vordersten Front, sondern muss abwarten, bis Politik und vorstrafrechtliche Gesetzgebung die Weichen gestellt haben. Aber ein Wächteramt hat meines Erachtens die Strafrechtswissenschaft schon in dem Sinne, dass sie impulsgebend in die zuständigen gesellschaftlichen Kreise und staatlichen Instanzen hineinwirkt. Voraussetzung dafür, dass diese Aufgabe so entschlossen wahrgenommen wird, wie *Wolfgang Frisch* es völlig zu Recht fordert, ist eine klare und unmissverständliche Definition der Bedrohungslage und der Schutzziele.

Dabei ist m.E. der Begriff des Rechtsguts mit seinen beiden Unterkategorien Individualgut und überindividuelles Rechtsgut ein bewährtes Instrument, um zu Zweck und Legitimation des Strafrechts gedanklich und sprachlich einen breiten Konsens herzustellen. Bei allen berechtigten Einwänden, die gegen manche Art der Verwendung des Rechtsguts-Narrativs erhoben werden, sollte darauf nicht grundsätzlich verzichtet werden.⁵⁸

⁴⁷ *Frisch*, GA 2015, 426.

⁴⁸ *Frisch*, GA 2015, 426 (440).

⁴⁹ Pointiert *Precht*, Jäger, Hirten, Kritiker, 2018, S. 46: „Wir wissen um den Klimawandel und seine verheerenden Auswirkungen – aber wir glauben es nicht.“, ebenso *Welzer*, Die smarte Diktatur, 2016, S. 275: „Vielleicht ist das irgendwann ein Problem – aber doch noch nicht jetzt! Und sicher betrifft es Menschen irgendwo – aber doch nicht uns! Und selbst wenn das beides der Fall sein sollte: Mir selbst wird das doch nicht schaden!“

⁵⁰ Für viele Staaten in der Südsee, in Afrika usw. ist die Lebens- und Existenzbedrohung schon längst gegenwärtige Realität, was uns in Westeuropa noch als apokalyptische Vision erscheint und von der die Älteren unter uns hoffen, dank der „Gnade der frühen Geburt“ den Eintritt der Katastrophe nicht mehr erleben zu müssen; vgl. *Joachim Müller-Jung*, in: Frankfurter Allgemeine Woche Nr. 50 v. 6.12.2018, S. 9: „Dabei gibt es Veränderungen, die vielen Menschen das Leben schon zur Hölle machen.“

⁵¹ *Frisch*, GA 2015, 426 (428).

⁵² A.a.O., 429.

⁵³ A.a.O., 432.

⁵⁴ A.a.O., 431.

⁵⁵ *Jung* (Fn. 50): „Die rhetorischen Eiertänze nehmen kein Ende.“

⁵⁶ So z. B. wieder Bundesentwicklungsminister *Gerd Müller* auf der Weltklimakonferenz am 3.12.2018 in Kattowitz: „die Überlebensfrage der Menschheit“.

⁵⁷ Dass es um „eine Frage von Leben und Tod“ geht, hat selbst UN-Generalsekretär *Antonio Guterres* am 3.12.2018 auf der Weltklimakonferenz in Kattowitz festgestellt.

⁵⁸ *Kühl*, in: FS Heinz, S. 766 (777).