

KVV 10 764 Vorlesung
„Kriminalpolitik in der BRD“
Sommersemester 2015
Prof. Dr. Martin Heger

T e r m i n p l a n

Mittwoch, 14 - 16 Uhr

Ort: Juristische Fakultät, Raum 213, UL 9

- | | |
|----------------|---|
| 15.04.2015 | Was ist Kriminalpolitik? – Strafrecht, Rechtspolitik, Gesetzgebungslehre;
Abgrenzung zu Strafrechtsdogmatik, Kriminologie und allgemeiner Politik |
| 22.04.2015 | Gastvortrag Prof. R. Kostoris (Padua) |
| 29.04.2015 | Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik (Strafzwecke, Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit, Rechtsgutskonzept, philosophische Grundfragen des Strafrechts) |
| 06.05.2015 | Die Akteure auf dem Gebiet der Kriminalpolitik und ihre Aufgaben (Gesetzgebung, Regierung, Medien, Öffentlichkeit) |
| 13.05.2015 | Rechtsprechung und Rechtsfortbildung |
| 20.05.2015 | Kriminalpolitik in Nachkriegsdeutschland |
| 27.05.2015 | Strafrechtsreformdiskussion in den 1960er Jahren: E 62 und AE |
| 03.06.2015 | Die Strafrechtsreformen ab 1969 und in den 1970er Jahren |
| 10.06.2015 | Die Strafrechtsreformen der 1980er/90er Jahre bis zum 6. StrRG (1998) |
| 17.06.2015 | Gesetzgebung zum materiellen Strafrecht seit 1998 |
| 24.06.2015 | Gesetzgebung zum Strafverfahrensrecht seit 1998 |
| 01.07.2015 | Aktuelle Fragen der Kriminalpolitik |
| 08./15.07.2015 | Keine Vorlesung wegen mündlicher Prüfungen |

Was ist Kriminalpolitik? Strafrecht, Rechtspolitik, Gesetzgebungslehre

Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 22:

„Die Kriminalpolitik befasst sich mit der Frage, wie das Strafrecht einzurichten ist, damit es seiner Aufgabe des Gesellschaftsschutzes am besten gerecht werden kann. Die Kriminalpolitik knüpft an die Ursachen des Verbrechens an, sie erörtert, wie die Merkmale der Straftatbestände richtig gefasst werden müssen, um der Wirklichkeit des Verbrechens zu entsprechen, sie versucht die Wirkungsweise der im Strafrecht verwendeten Sanktionen festzustellen, sie erwägt, bis zu welcher Grenze der Gesetzgeber das Strafrecht ausdehnen darf, um den Freiheitsraum des Bürgers nicht mehr als unbedingt notwendig einzuschränken, sie prüft, ob das materielle Strafrecht so ausgestaltet ist, dass es im Strafprozess durchgesetzt werden kann.“

- Schuldgrundsatz
- Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit
- Grundsatz der Humanität

Göppinger, Kriminologie, 6. Aufl. 1997, S. 44:

„Da eine allgemeine verbindliche Werthierarchie nicht wissenschaftlich begründbar ist, kann es bei der Kriminalpolitik als Wissenschaft nicht um Wertentscheidungen gehen. Vielmehr kommt ihr die Aufgabe zu, die verschiedenen im Strafrecht und der praktischen Kriminalpolitik zum Vorschein kommenden normativen Prämissen und Prinzipien sowohl vertikal (in geschichtlicher Betrachtung) als auch horizontal (im internationalen Vergleich) zu analysieren und zu vergleichen. Sie setzt sich mit den verschiedenen Zielsetzungen und für die zu ihrer Erreichung notwendigen Mitteln auseinander, so dass der praktische Kriminalpolitiker dann seine für die Gesetzgebung im einzelnen notwendige Wertentscheidung treffen kann (...). Soweit es um gesetzgeberische Aktivitäten im engeren Sinne geht, überschneidet sich demnach die kriminalpolitische Wissenschaft mit der Gesetzgebungslehre.“

Kriminalpolitik in der Strafrechtsprechung: Die Grundsatzentscheidung des Großen Senats des BGH vom 18.3.1952 (BGHSt 2, 194) für die sog. Schuldtheorie bei der Behandlung von Verbotsirrtümern (heute entsprechend in § 17 StGB geregelt) gilt bis heute als eine der dogmatischen Grundentscheidungen, war aber wohl in erheblichem Maße kriminalpolitisch motiviert:

- Der BGH (aaO, S. 207) selbst nennt als wesentliches Argument gegen die Vorsatztheorie die daraus folgende „kriminalpolitisch höchst unerwünschte und sachlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der Strafbarkeit“, sofern Fahrlässigkeitstatbestände fehlen.

- *Arzt* (in Festgabe aus der Wissenschaft zu 50 Jahre BGH, Bd. IV) nennt die Entscheidung für die Schuldtheorie als erstes Beispiel für die „Beweisnot als Motor materiell-rechtlicher Innovation(en)“ in der Rechtsprechung.

- *Vogel* (Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, S. 69) betont schließlich die (allgemein-)politische Bedeutung der Entscheidung: „Das anhand eines unpolitischen Falles mit unpolitisch-prinzipiellen Erwägungen entwickelte Ergebnis, der unvermeidbare Verbotsirrtum schließe die Schuld aus und der vermeidbare könne sie mindern sowie zur Strafrahmenermäßigung führen, war mit Blick auf den von nahezu allen nationalsozialistischen Beschuldigten geltend gemachten Verbotsirrtum von eminenter politischer und in diesen Fällen – und fast nur in diesen – auch von praktischer Bedeutung.“

Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 6:

„Kriminalpolitik ist ... ein gegenständlich begrenzter Ausschnitt aus der allgemeinen Rechtspolitik: Rechtspolitik auf dem Gebiet der Strafrechtspflege.“

Kriminalpolitische Argumente bei der Ausgestaltung und Auslegung von Strafnormen:

- fragmentarischer Charakter des Strafrechts; nur ultima ratio des Rechtsgüterschutzes
- „unerträgliche Strafbarkeitslücke“

Aus dem Urteil des BVerfG vom 26.2.2008 (Inzest-Fall):

„4. Die Strafnorm des § 173 StGB kann nicht losgelöst von der Entwicklung des Sexualstrafrechts in Deutschland gewürdigt werden. Hier sind zwei gegenläufige Tendenzen festzustellen.

Einerseits trugen mehrere Strafrechtsreformen einem gewandelten gesellschaftlichen Verständnis von Sexualmoral und einer in Rechtspolitik und Rechtswissenschaft geäußerten Forderung nach strikter „Trennung von Strafrecht und Moral“ Rechnung (vgl. Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A, S. 28 ff. m.w.N.). Dieser Tendenz, die zusammenfassend als „Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts“ und „Wandel von einem am Schutz moralischer Standards orientierten Strafrecht zum Rechtsgüterschutz“ (Renzikowski, in: Münchener Kommentar, StGB, 2005, Vor §§ 174 ff. Rn. 2, 61) bezeichnet wurde, folgten die Abschaffung der Strafbarkeit des Ehebruchs, der Homosexualität unter Erwachsenen, der Unzucht mit Tieren und des Erschleichens des außerehelichen Beischlafs durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (BGBl I S. 645) sowie die mit dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (BGBl I S. 1725) vorgenommene Lösung des Sexualstrafrechts von der Sanktionierung von Unmoral, was unter anderem zu einer Änderung der Überschrift des dreizehnten Abschnitts des Strafgesetzbuchs in „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ (vorher: „Straftaten gegen die Sittlichkeit“) führte, und die Streichung des § 175 StGB (Strafbarkeit homosexueller Handlungen mit Jugendlichen) durch das Neunundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz vom 31. Mai 1994 (BGBl I S. 1168).

Die gegenläufige Tendenz wird gekennzeichnet durch eine Ausweitung und Verschärfung der Strafbarkeit bei Delikten, die in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eingreifen.

Insoweit sind in erster Linie zu nennen das Sechszwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz - Menschenhandel - vom 14. Juli 1992 (BGBl I S. 1255), das Siebenundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie - vom 23. Juli 1993 (BGBl I S. 1346), das Dreiunddreißigste Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 177 bis 179 StGB - vom 1. Juli 1997 (BGBl I S. 1607), das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160), das Sechste Strafrechtsreformgesetz vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 164), das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 (BGBl I S. 3007) und das Siebenunddreißigste Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 180b, 181 StGB - vom 11. Februar 2005 (BGBl I S. 239). Diese Gesetze zielen vornehmlich auf einen besseren Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch (vgl. BTDrucks 15/1311, S. 1 ff.), auf einen besseren Schutz der Allgemeinheit vor Hangtättern (vgl. BTDrucks 13/8586, S. 1 f.; in diesem Zusammenhang sind auch zu nennen das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. August 2002, BGBl I S. 3344, und das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004, BGBl I S. 1838) und auf eine bessere Bekämpfung des Menschenhandels (vgl. BTDrucks 15/3045, S. 1). [...]

Die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Strafe bedroht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

1. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Geschwisterinzeß mit Strafe zu bewehren, ist nach dem in erster Linie anzulegenden Maßstab von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) aa) Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt. Dazu gehört, dass der Einzelne sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden kann, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter darauf hinnehmen will (vgl. BVerfGE 47, 46 <73 f.>; 60, 123 <134>; 88, 87 <97>; 96, 56 <61>).

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet. Der Einzelne muss, soweit nicht in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird, staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden (vgl. BVerfGE 27, 344 <351>; 65, 1 <44>; 96, 56 <61>; stRspr). Absolut geschützt und damit der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist ein Kernbereich privater Lebensgestaltung (vgl. BVerfGE 80, 367 <373>; 90, 145 <171>; 109, 279 <313> m.w.N.). Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist, also auch davon, in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt; maßgeblich sind die Besonderheiten des jeweiligen Falles (vgl. BVerfGE 34, 238 <248>; 80, 367 <374>; 109, 279 <314 f.>).

bb) Einschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG bedürfen einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Einzelnen erkennbar ergeben (vgl. BVerfGE 65, 1 <44>). In materieller Hinsicht ist der Gesetzgeber zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet. [...]

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 27, 18 <30>; 80, 244 <255> m.w.N.; 90, 145 <173>; 96, 10 <25 f.>).

cc) Strafnormen unterliegen von Verfassungs wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten. Schon über den Begriff des Rechtsguts besteht keine Einigkeit (vgl. zur Spannweite der unterschiedlichen Auffassungen die Beiträge in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers <Hrsg.>, Die Rechtsgutstheorie, 2003; einen Überblick über den aktuellen Diskussionsstand bietet Hefendehl, GA 2007, S. 1 ff.). Versteht man im Sinne eines normativen Rechtsgutsbegriffs unter „Rechtsgut“ das, was der Gesetzgeber ausweislich des geltenden Rechts als rechtlich schützenswert betrachtet, reduziert sich der Begriff darauf, die ratio legis der jeweiligen Strafnorm auszudrücken; er kann dann eine Leitfunktion für den Gesetzgeber nicht übernehmen (vgl. Weigend, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 7). Will man hingegen mit einer „naturalistischen“ Rechtsgutstheorie als legitime Rechtsgüter nur bestimmte „Gegebenheiten des sozialen Lebens“ anerkennen (vgl. Weigend, a.a.O.) oder in anderer Weise von einem überpositiven Rechtsgutsbegriff ausgehen, so gerät ein solches Konzept - verstanden und angewendet als Element des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs - in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke (vgl. BVerfGE 45, 187 <253>) auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers „anerkannte“ Rechtsgüter eingeengt werden. Sie findet ihre Grenze vielmehr - auf dem Gebiet des Strafrechts wie anderswo - nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt. Welchen Beitrag das Konzept des Rechtsgüterschutzes für die Rechtspolitik und für die Dogmatik des Strafrechts leisten können mag, ist hier nicht zu beurteilen (zum originär strafrechtlichen Anliegen und zur historischen Genese der Rechtsgutstheorie Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 15 ff.); jedenfalls stellt es keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen (vgl. zum Ganzen Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 143 ff., 536; Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 390; ders., KritV 1999, S. 278 <286 ff.>; Müller-Dietz, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, S. 123 <132>; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 11 ff.; a.A. Roxin, Strafrecht, AT, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 27, 86 ff. m.w.N.).

c) Der Gesetzgeber verfolgt mit der angegriffenen Norm Zwecke, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind und jedenfalls in ihrer Gesamtheit die Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts legitimieren. Der Gesetzgeber hat seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausreichend erachtet hat, das in der Gesellschaft verankerte Inzesttabu weiterhin strafrechtlich zu sanktionieren.

aa) Als Strafgrund des § 173 StGB steht der in Art. 6 GG geforderte Schutz von Ehe und Familie in den Erwägungen des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14; VI/3521, S. 17) und der Rechtsprechung (vgl. RGSt 57, S. 140; BGHSt 3, 342 <343 f.>; 39, 326 <329>)

an erster Stelle. Auch im neueren Schrifttum wird der Zweck des § 173 StGB vornehmlich in einem objektiven Schutz von Ehe und Familie gesehen, diese Legitimierung teilweise aber zugleich als ungenügend aufgefasst (vgl. Dippel, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., § 173 Rn. 10 m.w.N.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 173 Rn. 1; Horn/Wolters, in: Systematischer Kommentar, StGB, Stand: März 2007, § 173 Rn. 2; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 173 Rn. 1; Sturm, JZ 1974, S. 1 <3>; Amelung, a.a.O., S. 377).

Die dem besonderen Schutz des Art. 6 GG unterliegende Familie wird durch Strukturprinzipien bestimmt, die sich aus der Anknüpfung der Verfassungsnorm an vorgefundene, überkommene Lebensformen und andere Wertentscheidungen der Verfassung ergeben (vgl. BVerfGE 10, 59 <66>; 31, 58 <69>; 36, 146 <162>). Ehe und Familie sind durch die staatliche Rechtsgemeinschaft deshalb besonders zu schützen, weil sie einen existentiellen Bestandteil des menschlichen Zusammenlebens darstellen. Die leibliche und seelische Entwicklung der Kinder findet in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage (vgl. BVerfGE 80, 81 <90>; 108, 82 <112 ff.>). Für das Kindeswohl spielen auch die in der Familie gegebenen Verwandtschaftsverhältnisse, Rollenverteilungen und sozialen Zuordnungen eine wichtige Rolle (vgl. BVerfGE 24, 119 <137>; 108, 82 <101 f., 103>).

Familien- und sozialschädliche Wirkungen des Geschwisterinzests mögen mit sozialwissenschaftlichen Methoden schwer von den Wirkungen anderer Einflüsse isolierbar und daher nicht ohne weiteres greifbar sein (zur Kritik fehlender empirischer Grundlagen vgl. Dippel, a.a.O., Rn. 7, 13, 15 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S. 454). Dies ändert indes nichts an der Plausibilität der Annahme derartiger Wirkungen, wie sie auch in dem vom Senat in Auftrag gegebenen Gutachten des Max-Planck-Instituts dargestellt werden. Als negative Auswirkungen können sich danach ergeben: ein vermindertes Selbstbewusstsein, funktionelle Sexualstörungen im Erwachsenenalter, eine gehemmte Individuation, Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, Schwierigkeiten, eine intime Beziehung aufzubauen und aufrechtzuerhalten, Versagen im Arbeitsumfeld, eine generelle Unzufriedenheit mit dem Leben, starke Schuldgefühle, belastende Erinnerungen an die Inzesterfahrung, Depression, Drogen- und Alkoholmissbrauch, Selbstverletzung, Essstörungen, Suizidgedanken, sexuelle Promiskuität und posttraumatische Erlebnisse sowie indirekte Schäden, auch für dritte Familienmitglieder, zum Beispiel durch Ausgrenzung oder soziale Isolation. Die empirischen Studien, auf deren Auswertung diese Erkenntnisse beruhen, werden zwar im Gutachten als nicht repräsentativ bewertet; sie zeigen aber, dass der Gesetzgeber sich nicht außerhalb seines Einschätzungsspielraums bewegt, wenn er davon ausgeht, dass es bei Inzestverbindungen zwischen Geschwistern zu gravierenden familien- und sozialschädigenden Wirkungen kommen kann.

Inzestverbindungen - auch solche zwischen Geschwistern - führen, worauf der Verein M.E.L.I.N.A e.V. hingewiesen hat, zu einer Überschneidung von Verwandtschaftsverhältnissen und sozialen Rollenverteilungen und damit zu einer Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen (vgl. auch Schall, JuS 1979, S. 104 <108 Fn. 47, 109>). Solche Rollenüberschneidungen entsprechen nicht dem Bild der Familie, das Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Es erscheint schlüssig und liegt nicht fern, dass Kinder aus Inzestbeziehungen große Schwierigkeiten haben, ihren Platz im Familiengefüge zu finden und eine vertrauensvolle Beziehung zu ihren nächsten Bezugspersonen aufzubauen.

Im engsten Familienverband außerhalb des Verhältnisses zwischen den Eltern sexuelle Beziehungen zu verhindern, hat daher - wie das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt hat - „seinen guten Sinn“. Die lebenswichtige Funktion der Familie für die menschliche Gemeinschaft, wie sie der Verfassungsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt, wird entscheidend gestört, wenn das vorausgesetzte Ordnungsgefüge durch inzestuöse Beziehungen ins Wanken gerät (vgl. BVerfGE 36, 146 <167>). Dem entspricht - wie die Rechts-

vergleichung zeigt -, dass weltweit die jeweilige Familienstruktur vor Inzest geschützt wird, und zwar entweder strafrechtlich oder zumindest durch andere rechtliche Vorkehrungen wie namentlich Eheverbote.

bb) Soweit zur Rechtfertigung der Strafnorm der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung herangezogen wird (vgl. Frommel, in: Nomos Kommentar, StGB, § 173 Rn. 1, 6), kommt diesem Normzweck nicht nur im Verhältnis zwischen Kindern und Erwachsenen Relevanz zu, sondern auch im Verhältnis zwischen Geschwistern. Im medizinisch-anthropologischen Schrifttum wird von Fällen des Geschwisterinzests berichtet, in denen der Bruder „Nachfolger“ des Vaters gewesen sei; auch der mit Gewalteinwirkung einhergehende sogenannte „Despoteninzest“ komme im Verhältnis zwischen Geschwistern vor; beim sogenannten „Eheinzest“ seien die Brüder bedeutend älter als die Schwestern (vgl. Staudacher, Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests, 1974, S. 16 ff.; ähnlich Hirsch, Realer Inzest. Psychodynamik des sexuellen Missbrauchs in der Familie, 3. Aufl. 1994, S. 177 ff.). Auch im juristischen Schrifttum wird in Fällen, in denen wie hier ein deutlicher Altersunterschied zwischen den Geschwistern besteht, eine gewisse Plausibilität schädigender Wirkungen angenommen (vgl. Hörnle, a.a.O., S. 453). In die gleiche Richtung weisen die Gegebenheiten des vorliegenden Falls.

Der Einwand, der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sei durch §§ 174 ff. StGB umfassend und ausreichend gesichert und rechtfertige § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB daher, zumal mit Blick auf dessen eingeschränkten Anwendungsbereich, nicht (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl. 2007, § 173 Rn. 2; Al-Zand/Siebenhüner, KritV 2006, S. 68 <74>; Hörnle, a.a.O., S. 454 f.; Jung, in: Festschrift für Heinz Leferenz 1983, S. 311 <317>), übergeht, dass § 173 StGB spezifische, durch die Nähe in der Familie bedingte oder in der Verwandtschaft wurzelnde Abhängigkeiten und Schwierigkeiten der Einordnung und Abwehr von Übergriffen im Blick hat. Die zu § 173 StGB ergangene Rechtsprechung zeigt zwar, dass sich der Beischlaf zwischen Verwandten oft in rechtllichem Zusammentreffen mit dem sexuellen Missbrauch von Kindern oder Schutzbefohlenen ereignet. Dem Beischlaf zwischen Verwandten kommt aber auch in diesen Fällen jedenfalls dann eine selbständige Bedeutung zu, wenn sich der Missbrauch eines Kindes über dessen achtzehntes Lebensjahr hinaus erstreckt - beispielsweise in einer Situation, in der es nach Eintritt der Volljährigkeit eines langjährigen Missbrauchs- oder Vergewaltigungsopfers zu weiteren sexuellen Handlungen kommt und das Opfer aufgrund von Abhängigkeiten, die ihre Wurzel in der bestehenden familiären Beziehung haben, seine Ablehnung des nach wie vor unerwünschten Beischlafs nicht so deutlich zu erkennen gibt, dass eine Bestrafung des Täters wegen sexueller Nötigung (§ 177 StGB) in Betracht käme (vgl. hierzu nur BGH, Beschlüsse vom 13. April 1999 - 1 StR 111/99 -, NSTZ 1999, S. 470, und vom 12. Juni 2001 - 1 StR 190/01 -, juris). Dass in solchen Konstellationen der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sogar im Vordergrund stehen dürfte, wird dann besonders deutlich, wenn das volljährige Opfer selbst aufgrund seiner inneren Ablehnung des Beischlafs nicht nach § 173 StGB bestraft wird (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 1999, a.a.O.). Die in den Fällen des Inzests zwischen Kindern und Erwachsenen naheliegende These, dass es kindlichen und jugendlichen Opfern sexuellen Missbrauchs nicht stets vor Erreichen der Volljährigkeit gelingt, aus den familiären Strukturen, die den Missbrauch ermöglichten, auszubrechen, kann auch für Fälle des Geschwisterinzests, wenn auch in geringerem Maße, Geltung beanspruchen, insbesondere bei einem deutlichen Altersunterschied zwischen den Geschwistern oder in Fällen, in denen der ältere Geschwisterteil die Rolle eines Elternteils einnimmt.

cc) Der Gesetzgeber hat sich zusätzlich auf eugenische Gesichtspunkte gestützt und ist davon ausgegangen, dass bei Kindern, die aus einer inzestuösen Beziehung erwachsen, wegen der erhöhten Möglichkeit der Summierung rezessiver Erbanlagen die Gefahr erblicher Schädigungen nicht ausgeschlossen werden könne (vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14;

BTDrucks VI/3521, S. 17 f.). Die dagegen im strafrechtlichen Schrifttum wegen fehlender empirischer Validität dieser Begründung gerichteten Einwände (vgl. Roxin, a.a.O., S. 27; Dippel, a.a.O., Rn. 12; Ritscher, in: Münchener Kommentar, StGB, 2005, § 173 Rn. 3; Ellbogen, ZRP 2006, S. 190 <191>; Klöpfer, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, S. 103 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S. 456; Stratenwerth, in: Festschrift für Hans Hindering 1976, S. 303; Jung, a.a.O., S. 313 f. m.w.N.) greifen nicht durch. Im medizinischen und anthropologischen Schrifttum wird auf die besondere Gefahr des Entstehens von Erbschäden hingewiesen (vgl. Szibor, Rechtsmedizin, 2004, S. 387 ff. m.w.N.; Staudacher, a.a.O., S. 152 f.) und teilweise angenommen, diese sei bei Verbindungen zwischen Bruder und Schwester noch gravierender als bei Verbindungen zwischen Vater und Tochter (vgl. Staudacher, a.a.O., S. 153). Diese Erkenntnisse werden durch empirische Studien, von denen das im Auftrag des Senats erstellte Gutachten des Max-Planck-Instituts berichtet, gestützt. Vor diesem Hintergrund kann das strafbewehrte Inzestverbot auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Erbschäden nicht als irrational angesehen werden (vgl. Schubarth, in: Festschrift für Gerald Grünwald 1999, S. 641 ff. mit Hinweis auf Untersuchungen von Eibl-Eibesfeld, Wickler und Bischof). Die ergänzende Heranziehung dieses Gesichtspunktes zur Rechtfertigung der Strafbarkeit des Inzests ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er historisch für die Entrechtung von Menschen mit Erbkrankheiten und Behinderungen missbraucht worden ist.

dd) Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Beibehaltung des umstrittenen Inzesttatbestandes ausführlich erörtert und mehrfach betont, man wolle keinen Bruch mit der Tradition des Inzestverbots herbeiführen. Auf die gesellschaftliche Tabuisierung des Inzests wurde auch mit Blick auf die Inzestkinder Bezug genommen, die wegen ihrer Abstammung der Gefahr einer Diskriminierung ausgesetzt seien (vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14; VI/3521, S. 17 f.). Die zuvor dargelegten Strafzwecke finden damit Rückhalt in der Überzeugung der gesetzgebenden Körperschaften, ein in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein aufzugreifen und dieses auch weiterhin mit den Mitteln des Strafrechts unterstützen zu sollen. Dass der Gesetzgeber damit die Grenzen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums überschritten haben könnte, ist nicht ersichtlich. Dabei kann offen bleiben, ob die Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen (vgl. für § 173 StGB Dippel, a.a.O., § 173 Rn. 14; Tröndle/Fischer, a.a.O., § 173 Rn. 1; Lenckner, a.a.O., § 173 Rn. 1; Ritscher, a.a.O., § 173 Rn. 6; Horn/Wolters, a.a.O., § 173 Rn. 2; Hörnle, a.a.O., S. 457; Jung, a.a.O., S. 316 ff.; Roxin, a.a.O., S. 415 ff.), tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersteren Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären. Denn eine derartige Konstellation liegt hier nicht vor. Vielmehr rechtfertigt sich die angegriffene Strafnorm in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes, wie sie auch im internationalen Vergleich festzustellen ist. Als Instrument zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere der Familie erfüllt die Strafnorm - auch durch ihre Ausstrahlungswirkungen über den tatbestandlich eng umgrenzten strafbewehrten Bereich hinaus - eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion, die die Wertsetzungen des Gesetzgebers verdeutlicht und damit zu ihrem Erhalt beiträgt.

Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik

Lit.: Roxin, AT I, 4. Aufl. 2006, § 7; Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, Vor § 1; Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003; Walter, Vergeltung als Strafzweck, ZIS 2011, 636 ff.

I. Strafzwecke

Obwohl bereits Feuerbach (als „Vater“ des BayStGB von 1813 der Schöpfer des ersten modernen Strafgesetzes in Deutschland) Anfang des 19. Jahrhunderts aufgrund seiner Theorie des „psychologischen Zwangs“ dem Strafrecht einen funktionalen Charakter zusprach und der Gedanke der Sicherung und Besserung als Ziel eines Strafverfahrens dann von v. Liszt Ende des 19. Jahrhunderts aufgegriffen wurde, war doch das praktizierte Strafrecht bis in die 1950er Jahre hinein vor allem vom Vergeltungsgedanken bestimmt. Lediglich mit der Etablierung einer 2. Spur der Maßnahmen der Besserung und Sicherung (heute §§ 61 ff. StGB) sowie der Einführung eines eigenen Jugendstrafrechts mit dem Erziehungsgedanken im Mittelpunkt wurde in den 1920er Jahren neben der vergeltenden Strafe ein präventiv orientiertes Instrumentarium geschaffen.

Als eine Errungenschaft der Strafrechtsreformbewegung der 1960/70er Jahre gilt die Funktionalisierung des Strafrechts als solchen; die Strafe sollte nicht mehr nur der Vergeltung für begangenes Unrecht dienen, sondern vor allem der Verhinderung zukünftiger Straftatbegehung durch Individual- und Generalprävention. Dabei trat die negative Individual- und Generalprävention in Form einer Abschreckung des konkreten Täters bzw. aller möglicherweise tatgeneigter Gesellschaftsmitglieder in den Hintergrund, einerseits weil der Nachweis einer Straftatreduktion durch schwere Strafen empirisch nicht zu führen war, andererseits weil man in den 1960/70er Jahren vor allem positiv darauf hinwirken wollte, dass ein Straftäter nicht rückfällig wird. In den Mittelpunkt trat die Resozialisierung des Straftäters als Ziel des Strafverfahrens wie des Strafvollzugs. Es blieb als wenig evaluierbarer Strafzweck die positive Generalprävention in Form einer Bestärkung der Rechtstreuen in ihrer Rechtstreue durch die Strafbewehrung von Rechtsbrüchen. Gesetzlichen Ausdruck fand dies v. a. in der Aufgabenbeschreibung des Strafvollzuges in § 2 StVollzG von 1976: *„Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“* Der weiter gehende Versuch mit dem 2. StrRG 1973 in § 65 a. F. StGB für kritische Tätergruppen aus dem Bereich der schweren und gefährlichen Kriminalität anstelle der Haft die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt vorzusehen (dazu LK-Hanack, 10. Aufl. [Stand: 9/1978], § 65), wurde aus Geldgründen immer weiter verschoben; schließlich wurde vor ihrem geplanten Inkrafttreten am 1.1.1985 die Vorschrift wieder gestrichen.

Nachdem sich jedoch die gewünschte Resozialisierungswirkung ebenfalls nicht nachweisen ließ, traten in den 1990er Jahren gerade mit Blick auf ein freiheitsfunktionales Strafrecht wieder absolute Straf begründungen in den Blickpunkt (jüngst Walter, ZIS 2011, 636 ff. und in ZEIT, v. 15.12.2011: Vergeltung sei als Grundbedürfnis der Gesellschaft auch ein legitimer Strafzweck). Im Lichte der Rechtsphilosophie von Kant etwa galt ein funktionales Strafrecht als Recht, das die Freiheit des Einzelnen missachtet, weil es ihm zu seinem Glück zu zwingen versucht. Die Freiheit des Einzelnen findet ihre Grenze an der Freiheit der anderen; wird diese Grenze in bewusster Überdehnung des eigenen Freiheitsraums zum Nachteil des Freiheitsraums eines anderen überschritten, hat der Staat zur Sicherung größtmöglicher Freiheit für jeden die Aufgabe, den Rechtsbrecher wegen seines angemessenen Übergriffs zu sanktionieren. Hegel verglich ein funktionales Strafrecht

gegenüber dem Täter damit, dass man einen Hund mit dem Stock zu dem gewünschten (= „rechtstreu“) Verhalten zwingt (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Zusatz zu § 99).

II. Rechtsgutskonzept

Dass das Strafrecht dem Schutz von Rechtsgütern in Form von durch den Strafnormen vorgelagerten Primärnormen rechtlich geschützten Zuständen dient, ist keine neue Erkenntnis. Solange man allerdings das der jeweiligen Strafdrohung zugrunde liegende Rechtsgut letztlich nur feststellte, konnte das Rechtsgutskonzept keine strafrechtslegitimierende, weil strafrechtsbegrenzende Wirkung entfalten. Vielmehr war nur positiv festzustellen, welches Gut der Gesetzgeber mit einem Tatbestand strafrechtlich zu schützen suchte; diese Erkenntnis hatte dann vor allem für die Auslegung eines bestehenden Strafgesetzes große Bedeutung, aber auch etwa für die Güterabwägung bei § 34, die Möglichkeit einer Einwilligung (nur bei Individualrechtsgütern) oder Tätiger Reue vor endgültiger Rechtsgutsverletzung. Solche Rechtsgüter konnten dann aber auch bloße Moralwerte oder bestimmte Weltanschauungen sein; wenn der Gesetzgeber meinte, bestimmte Sexualpraktiken ablehnenswert zu finden, war er danach nicht gehindert, gegen diese eine Strafnorm zu richten.

Demgegenüber wurde seit den 1960er Jahren ein Rechtsgutskonzept entwickelt, das gerade auch der Legitimation von Strafnormen Grenzen setzen sollte: Als unzulässig galt und gilt insbesondere die Pönalisierung bloßer Moralwidrigkeiten oder Gesinnungen; besonders weit ging die freiheitsfunktionale Rechtsgutstheorie, aufgrund derer ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut einen Letztbezug zum Menschen und dessen Freiheitsraum aufweisen muss. So gesehen lässt sich sogar eine Strafnorm wie § 216 StGB nur schwer legitimieren. Inzwischen ist die Legitimationswirkung des Rechtsgutskonzepts wieder in Frage gestellt; so wird etwa teilweise für das Umweltstrafrecht vertreten, dass der Gesetzgeber Strafnormen zum Schutz der Umwelt auch dann erlassen darf, wenn diesen kein konkretes Rechtsgut zugrunde liegt.

=>Strafrecht gilt heute zumeist als „ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“

„Das Denken vom Rechtsgut her zielt auf eine rationale Kriminalpolitik: Der Strafgesetzgeber soll seine Entscheidungen an einem klaren und gerechten Kriterium prüfen, sie mit ihm rechtfertigen und sich aus ihm kritisieren lassen; was sich auf den Schutz eines Rechtsguts nicht berufen kann, gehört nicht in ein Strafgesetzbuch.“ (Hassemer/Neumann, in: NK, Vor § 1 Rn. 115)

Rechtsgüter sind:

- „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem Einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind“ (Roxin, AT I, § 2 Rn. 9).
- „strafrechtlich schutzbedürftige menschliche Interessen“ (Hassemer/Neumann, aaO., Vor § 1 Rn. 144; ähnlich Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, § 19 Rn. 8)
- „für unsere verfassungsgemäße Gesellschaft und damit auch für die verfassungsgemäße Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheiten“ (Rudolphi, in: SK, Vor § 1 Rn. 8; ähnlich Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 257 f.)
- „erwünschte soziale Zustände“ (Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 4)
- „die Daseins- und Entfaltungsbedingungen des Menschen und die dafür notwendigen Funktionseinheiten“ (Frisch, in: Leipold, Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan, S. 361, 376; zust. Kühl, in: Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht in der EU, S. 301, 302)

Abzugrenzen sind Rechtsgüter von Handlungsobjekten: So ist die „fremde bewegliche Sache“ gem. § 242 StGB das gegen Diebstahl geschützte Handlungsobjekt, während das von § 242 StGB geschützte Rechtsgut abstrakt das Eigentum ist.

Funktionen eines kritischen Rechtsgutsbegriffs

Als Legitimationsgrundlage des Strafrechts hat ein Rechtsgutsbegriff positiv die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter auszuweisen; als Grenze legitimer Strafgesetzgebung kann er negativ nur benennen, welche Güter nicht mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen sein sollen. Ein positiver Rechtsgutsbegriff kann auf tatsächliche soziale Gegebenheiten oder auch auf verfassungsrechtliche Vorgaben aufbauen; allerdings wirken insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes vor allem strafbegrenzend, so dass ihnen eine positive Rechtsgutsbestimmung und daraus folgend eine Verpflichtung auf das Rechtsgutskonzept als Legitimationsgrundlage grundsätzlich nicht entnommen werden kann (*Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 162 f.). Daher erscheint zur Bestimmung von dem Strafgesetzgeber positiv vorgegebenen Rechtsgütern nur eine Anknüpfung an die gesellschaftlichen Gegebenheiten geeignet, wenngleich natürlich nur in den Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen.

Die in der deutschen Strafrechtswissenschaft im Vordringen befindliche Ableitung eines negativen Rechtsgutsbegriffs aus der Verfassung, der als Rechtsgüter sowohl vom Recht vorgefundene Zustände als auch von diesem hervorgebrachte Normbefolgungspflichten erfasst (*Roxin* aaO.), zeigt einerseits die Bindung des deutschen Strafrechts an Grundrechte und Staatsaufgaben an und betont damit die strafrechtsbegrenzende Wirkung des Grundgesetzes (*Roxin* aaO. Rn. 13), gibt andererseits aber dem deutschen Strafgesetzgeber einen weiten Spielraum zu entscheiden, welche Tätigkeiten bei Strafe verboten sein sollen, solange nicht in die grundrechtlich geschützte Freiheit jedes Bürgers mit den Mitteln des Strafrechts eingegriffen wird. Da allerdings dem Grundgesetz auch verfassungsrechtliche Schranken einer Strafbewehrung von Gütern nur in engen Grenzen entnommen werden können (*MüKo-Joecks*, Einl. Rn. 33. – So verneinte *BVerfGE* 7, 389, 434 ff., eine Verfassungswidrigkeit der Strafbarkeit homosexueller Handlungen unter Männern in § 175 StGB a. F.), dient diese negative Rechtsgutsbestimmung vor allem der Herausarbeitung kriminalpolitischer Richtlinien der Grundrechte (*Lagodny* aaO., S. 155).

III. Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit

Das Strafrecht gilt heute vielfach als „ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“. Dahinter steht der Gedanke, dass angesichts der Schärfe der Strafe als Sanktion sowie wegen der damit verbundenen sozialetischen (nicht nur individuellen) Missbilligung des bestraften Verhaltens nicht jeder Rechtsbruch bei Strafe verboten sein soll. Daher wurde Ende der 1960er Jahre etwa das bloße Verwaltungsunrecht weitgehend in das Ordnungswidrigkeitenrecht überführt.

Strafwürdig ist ein Verhalten im Regelfall nur, wenn es eine erhebliche Rechtsgutsverletzung oder wenigstens Rechtsgutsgefährdung darstellt. Je nach Wert und Gefährdung des Rechtsgutes ist aber nicht jeder Eingriff strafwürdig; dem Strafrecht kommt nur „fragmentarischer Charakter“, d. h. etwa dass nicht jeder Eingriff in das Eigentum und Vermögen strafwürdig ist, sondern regelmäßig nur vorsätzliche.

Strafbedürftig ist eine Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung darüber hinaus nur, wenn es keine milderen Mittel zum Schutz dieses Rechtsgutes gibt.

IV. Entwicklungslinien des Strafrechts im 20. Jahrhundert

In den letzten Jahren setzt sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass die Kriminalpolitik und damit das Strafrecht im 20. Jahrhundert trotz aller politischen Systembrüche in (West-) Deutschland wie auch in zahlreichen anderen Ländern Europas durch relativ ähnliche Entwicklungslinien gekennzeichnet ist. Einzelne Linien wurden etwa in der NS-Zeit zugespitzt und dadurch radikalisiert und pervertiert (vgl. dazu Vogel, ZStW 115 [2003], 638 ff.), doch bleiben durchaus gewissen Kontinuitäten bzw. Dynamiken bei der Weiterentwicklung des Strafrechts. Zumeist werden folgende Entwicklungslinien benannt:

- **Expansion:** Das Strafrecht erfasst immer mehr Bereiche (zuerst im Kriegsstrafrecht während des 1. Weltkrieges), so dass eine Beschränkung auf wenige klassische und klar umgrenzte Straftatbestände zusehends verloren geht.
- **Materialisierung:** Das klassisch formal strukturierte Strafrecht wird mit Blick auf Strafgerechtigkeit modifiziert: Zwar hält das heutige Strafrecht am Analogieverbot contra reum fest, doch werden Rechtfertigungsgründe wie etwa der übergesetzliche Notstand und der ausnahmsweise entschuldigende Verbotsirrtum *praeter legem* kreiert; die Auslegung einzelner Tatbestandsbegriffe wird so weit ausgedehnt, dass sich das Ergebnis einer Analogie annähert (z. B. psychischer Gewaltbegriff in § 240 StGB), unter Wertungsgesichtspunkten wird in der Rspr. die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorgenommen; Straflosigkeit in *dubio pro reo* wird durch Rechtsfiguren wie Wahlfeststellung vermieden.
- **Ethisierung:** Das Strafrecht greift wieder auf moralische Begriffe zurück (z. B. gute Sitten, Verwerflichkeit) und knüpft an Pflichtverletzungen an (z. B. § 323c StGB)
- **Subjektivierung:** Nicht allein die schädliche Tat i. S. einer Rechtsgutsverletzung, sondern bereits deren bloßes Vorhaben wird bei Strafe verboten (z. B. Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit, Gefährdungsdelikte); hier besteht die Gefahr eines bloßen Gesinnungsstrafrechts
- **Soziale Funktionalisierung:** Das Strafrecht wird zur Steuerung sozialer Prozesse instrumentalisiert. Anknüpfungspunkt ist nicht bloß die Rechtsverletzung, sondern vor allem die Sozialschädlichkeit des Verhaltens; Folge ist eine jedenfalls partielle Abkehr vom Vergeltungsstrafrecht und eine Hinwendung zum Zweckstrafrecht
-

Die Akteure auf dem Gebiet der Kriminalpolitik und ihre Aufgaben

I. Formale Mitwirkung an der Strafrechtssetzung

1. Gesetzgebung

Kriminalpolitik ist als Teil der Rechtspolitik auf dem Gebiet des Strafrechts nicht nur Gegenstand von Bemühungen des Strafgesetzgebers, der die Strafnormen erlässt, aufhebt, ändert oder beibehält. Wie andere Teilgebiete der Politik auch, ist Kriminalpolitik von vielerlei politischen Einflussfaktoren abhängig.

Strafgesetze sind nicht durch den Bundesrat zustimmungsbedürftig, doch kann die Länderkammer Einspruch einlegen und – was häufig geschieht – den Vermittlungsausschuss anrufen. Vor allem wenn aktuelle Entwicklungen eine schnelle Reaktion des Strafgesetzgebers erfordern, wird daher häufig zwischen Bund und Ländern ein Kompromiss ausgehandelt. Dieser Gesetzgebungsprozess wird häufig durch Anhörungen von Sachverständigen aus Rechtspraxis und Wissenschaft im Rechtsausschuss begleitet. Auch geht die Initiative zu Strafgesetzen nicht selten von einzelnen Bundesländern aus.

2. Regierung und Verwaltung (Gubernative und Exekutive)

Zwar ist die Strafgesetzgebung letztlich grundsätzlich Sache des Bundesgesetzgebers und damit vor allem des Bundestages, doch wird die Gesetzgebung im Regelfall im Bundesjustizministerium vorbereitet und auch von den Länderregierungen begleitet. Die Bedeutung der Exekutive steigt noch, wenn es um europäische oder internationale Vorgaben geht, deren inhaltliche Ausgestaltung zunächst den Regierungsvertretern obliegt; die nationalen Parlamente können dann vielfach nur noch über das Ergebnis abstimmen, doch hat das BVerfG im Lissabon-Urt. vom 30.6.2009 ihnen Mitwirkungsbefugnisse gegenüber EU-Rechtsakten garantiert.

Soweit der parlamentarische Gesetzgeber für eine Konkretisierung von Strafnormen Rechtsverordnungen vorsieht, wird die Exekutive sogar zum Strafgesetzgeber.

3. Rolle der Rechtsprechung bei der Strafrechtssetzung

Auch die Rspr. kann, indem sie Strafbarkeitslücken postuliert und sich angesichts der Gesetzeslage an einer befriedigenden Lösung gehindert sieht, zu einem Motor der Strafgesetzgebung werden (z. B. zu Absprachen im Strafprozess, § 257c StPO); auch kann sie dem BVerfG eine konkrete Normenkontrolle vorlegen. Mittelbaren Einfluss haben auch der EGMR und der EuGH (Diskriminierungsverbot). – Besonderes Gewicht kommt dem Bundesverfassungsgericht zu, das

- Strafgesetze für verfassungswidrig und nichtig erklären kann (selten, aber z. B. § 43a und § 143 I StGB; Gesetz über den Europäischen Haftbefehl)
- als milderes Mittel eine Aufhebung zu einem späteren Zeitpunkt (so zu landesrechtlichen Regelungen einer nachträglichen Sicherungsverwahrung; danach § 66b StGB a.F.) anordnet
- nur eine bestimmte Auslegung für verfassungswidrig erklärt (so bei § 240 StGB den „vergeistigten Gewaltbegriff“ [BVerfGE 92, 1] und die Indikation von Verwerflichkeit bei Gewaltnötigung [BVerfGE 73, 206])
- ein bestimmtes Verständnis für ein strafrechtliches Institut äußern und damit faktisch eine bestimmte Auslegung in der Rspr. untermauern (so verneinte das BVerfG wie bereits der BGH entgegen der wohl hM in der Lit. für den Verfall gem. §§ 73 ff. StGB einen strafähnlichen Charakter)
- aus grundrechtlichen Schutzpflichten sogar eine Pflicht des Gesetzgebers zur Strafbewehrung (so im 1. Abtreibungs-Urteil 1975 zu § 218 StGB [BVerfGE 39, 1]) oder jedenfalls zu einer Gesetzgebung ableiten (so zum Strafvollzugsgesetz von 1976, mit dem die Figur des besonderen Gewaltverhältnisses im Strafvollzug zugunsten einer gesetzlichen Grundlage aufgegeben wurde; jüngst auch zum Jugendstrafvollzug, der aber nunmehr Ländersache ist).

II. Informelle Mitwirkung an der Strafrechtssetzung

Vorarbeit für eine Strafgesetzgebung im jeweils gewünschten Sinne und damit Kriminalpolitik machen aber auch andere Gruppen und Organisationen.

4. Parteien

So spielt häufig für ein konkretes kriminalpolitisches Vorhaben das Parteiprogramm der Mehrheitsfraktionen eine Rolle (so behandelte die Diss. des späteren schleswig-holsteinischen Ministerpräsidenten Uwe Barschel, Zur Kriminalpolitik einer politischen Partei [1967], die Strafrechtspolitik der CDU in den 1960er Jahren ausgehend vom christlichen Menschenbild). Dem gemäß schaffte etwa die rot-grüne Bundesregierung kurz nach ihrem Machtantritt die Strafbarkeit der Bannkreisverletzung ab, weil diese in der Tradition einer auch außerparlamentarisch agierenden Organisation (Demos etc.) als unangemessenes Machtmittel zur Verhinderung unliebsamer Demonstrationen galt. Umgekehrt forderte die CDU/CSU die Wiedereinführung der 2001 abgeschafften Strafbarkeit eines bloßen Förderns der Prostitution (§ 180a I StGB a. F.); hierin äußert sich der Wunsch, die Prostitution als Institution nicht länger als legales Betätigungsfeld rechtlich abzusichern und damit zu einer partiellen Rückkehr zu einem Sittlichkeitsstrafrecht. Die FDP und die Grünen konkurrieren um den Ruf einer Bürgerrechtspartei und forderten daher die Abschaffung des „Großen Lauschangriffs“ (§ 100c StPO; FDP) bzw. kämpften lange gegen eine Pönalisierung von Graffiti (heute § 303 II StGB; Grüne). Rechtsstaatlich-liberales Gedankengut muss aber nicht unbedingt für einen Rückzug des Strafrechts streiten; das gilt etwa für den langjährigen Kampf um die Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe (seit 1997 in § 177 StGB anerkannt) und um den noch heute nicht abschließend entschiedenen Streit, ob Eltern auch nach Änderung des § 1631 II BGB (danach sind „entwürdigende Maßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Misshandlungen ... unzulässig“) noch ein Züchtigungsrecht gegenüber ihren Kindern zusteht. – Immer wieder stellen einzelne Parteien den Kampf gegen Kriminalität ganz in den Mittelpunkt ihres politischen Programms; bestes Beispiel war die „Partei Rechtstaatliche Offensive“ des Hamburger Amtsrichters Schill (auch sog. „Schill-Partei“).

5. Lobbygruppen

Weiterhin kann Lobbyarbeit den Gesetzgeber zum Erlass oder zur Abschaffung einer Strafnorm veranlassen. So wurde die Einführung des § 299 III StGB (Strafbarkeit der Bestechung im ausländischen Wettbewerb) von Außenhandelsorganisationen jedenfalls insoweit bekämpft, als diese Handlung im fraglichen Staat straflos ist und die EU keine Strafbarkeit vorgibt, so dass etwa Konkurrenzunternehmen straflos Bestechungsgelder bezahlen dürften. Ähnlich warnte die deutsche Industrie mit Blick auf ausländische Konkurrenz vor einem zu scharfen Umweltstrafrecht (§§ 324 ff. StGB). Einfluss ausüben können auch Opferschutzgruppen oder sonstige Nichtsstaatliche Organisationen (NGO's). Später tobte ein Streit um die Wiedereinführung einer Strafnorm gegen Förderung der Prostitution (so bis 2001: § 180a StGB), wofür namentlich Alice Schwarzer vehement streitet, während andere Frauenrechtsvertreterinnen die rechtliche Anerkennung der Prostitution durch das ProstG weiterhin als wesentlichen Fortschritt feiern. Aktuell ist der vehemente Streit um die Rechtfertigbarkeit der Knabenbeschneidung zwischen einerseits religiösen Vereinigungen und andererseits sog. Kinderschutzvereinigungen zu nennen (vgl. § 1631d BGB).

6. Medien

Das Gerichtsverfahren ist öffentlich, so dass auch die Presse daraus berichten kann und soll; eine Fernsehübertragung ist dagegen unzulässig (§ 169 GVG); daran hat das BVerfG festgehalten. Diese Gesetzeslage ist allerdings heute weitgehend in den Hintergrund getreten (wenngleich mit dem NSU-Prozess wieder virulent geworden), weil die Medien bereits lange vor dem Strafprozess intensiv über einen Kriminalfall berichten (besonders plakativ im Fall „Kachelmann“) und diese Berichterstattung vielfach mit konkreten Forderungen verbinden, die dann in der breiten Öffentlichkeit, aber auch von Parteien und anderen Organisationen aufgegriffen werden. So kann die Kriminalberichterstattung zu einem Motor der Strafgesetzgebung werden (vgl. z. B. die Kampagne in verschiedenen Medien über und gegen die Freilassung von Sexualstraftätern ohne nachträgliche Sicherungsverwahrung aus ostdeutschen Gefängnissen, die zu einer kurzfristigen - inzwischen freilich wieder obsoleten – Änderung von § 66b StGB führte).

7. Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit nimmt zwar bestimmte Formen der Kriminalität und der Kriminalitätsberichterstattung interessiert zur Kenntnis; ohne Interessengruppen, die die öffentliche Meinung kanalisieren, dürfte daraus allerdings nur selten konkrete Kriminalpolitik resultieren, wenngleich der Umgang mit Kriminalität durchaus ein wesentliches Wahlkampfthema sein kann und – wie v. a. bei der Schill-Partei in Hamburg – zumindest auf Länderebene die Parteienlandschaft durcheinander würfeln kann. Ein relativ neues Phänomen ist die Beeinflussung der öffentlichen Meinung durch via Internet verbreitete Privatäußerungen, die zwar wohl selten den Umgang mit Kriminalität durch öffentliche Stellen unmittelbar beeinflussen, aber andere Private „motivieren“ können.

Kriminalpolitik in Nachkriegsdeutschland und Strafrechtsreformen in den 1950er Jahren bis zum E 62

Literaturhinweise: Baumann, Die große Reform im Strafrecht, sowie Lenckner, 40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der Bundesrepublik, in: K. W. Nörr (Hrsg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, S. 293 ff. und 325 ff.; Hassemer, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 259 ff.; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, Rn. 304 ff.; F.-C. Schroeder, Die Entnazifizierung des deutschen Strafrechts, in: Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit – Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre, 2011, S. 201 ff.; ders., Probleme der Dekontaminierung des deutschen Strafrechts nach 1945, in: FS Kühl, 2014, S. 101 ff.; Th. Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, S. 218 ff. – Allgem. zur Rechtsgeschichte der Nachkriegszeit R. Schröder, JuS 1993, 617 ff.

I. Strafrechtsentwicklung in der Besatzungszeit

Die Alliierten heben einige typisch nationalsozialistische Strafnormen auf und verfolgen die Hauptkriegsverbrecher aufgrund des Kontrollratsgesetzes in den sog. Nürnberger Prozessen. Ansonsten bleibt das deutsche Strafrecht bestehen. Die Justiz wurde in den Ländern wieder aufgebaut; in der britischen Zone wurde der OGH geschaffen (dazu Rüping, NStZ 2000, 355 ff.).

Die **Radbruch'sche Formel** (entwickelt 1946 von *Gustav Radbruch* [1878 – 1949], dem wohl bedeutendsten deutschen Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts, in einem Aufsatz in der Süddeutschen Juristenzeitung mit dem Titel „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ zur strafrechtlichen Bewältigung von NS-Unrecht vor deutschen Gerichten [SJZ 1946, 105, 107]) diente als Rechtfertigung einer Strafverfolgung auch für in der NS-Zeit formalgesetzlich gestattetes unerträgliches Unrecht (z. B. Judenverfolgung):

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat [sog. „Unerträglichkeitsformel“]. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht nur „unrichtiges Gesetz“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur [sog. „Verleugungsformel“].“

Wie bereits zuvor ausgeführt, folgte daraus zunächst, dass ein Führer-Befehl nicht zur Rechtfertigung etwa der gem. §§ 211, 212 StGB tatbestandsmäßigen Tötung von Juden oder der sog. „Euthanasie“ geistig Behinderter herangezogen werden konnte; allerdings führte die Anerkennung eines im Einzelfall – bei Unvermeidbarkeit (heute § 17 StGB) – entschuldigenden Verbotsirrtums durch BGHSt 2, 194 praeter legem dazu, dass sich die Täter – sofern sie auf die Rechtsgültigkeit des Führer-Befehls vertraut haben (bzw. dies zumindest unwiderlegbar war) – auf einen solchen Verbotsirrtum berufen konnten und darüber entweder entschuldigt wurden oder jedenfalls die Strafe gemildert wurde.

II. Strafrechtsentwicklung von der Gründung des Bundesrepublik bis zum E 62

- Typisch **nationalsozialistische Begrifflichkeiten** waren zwar aus dem StGB gestrichen oder wurden uminterpretiert („gesundes Volksempfinden“ als „allgemeines Rechtsempfinden“, BGHSt 1, 84, 87); einzelne aufgehobene Rechtsfiguren wurden jedoch beibehalten (z. B. Wahlfeststellung), ebenso die Struktur einzelner in der NS-Zeit grundlegend neu gefasster Tatbestände (§§ 211 f., 240, 316a StGB – hierzu krit. *Wolf*, JuS 1996, 189 ff. und dagegen *Spendel*, JuS 1996, 871). Bei einigen Strafnormen aus der NS-Zeit wurde diskutiert, ob sie typisch nationalsozialistisches Unrecht seien, doch wurden die meisten als rechtsstaatlich unbedenklich beibehalten (z. B. § 323c). – Die Herkunft der §§ 211 f. aus der NS-Zeit ist jüngst kritisch hinterfragt worden; gestern wurde eine Kommission im BMJ eingesetzt.
- Aufgrund von Art. 102 GG wurde die **Todesstrafe gestrichen**; an der Differenzierung zwischen ehrenvollen und entehrenden sowie an kurzen Freiheitsstrafen wird aber zunächst festgehalten.
- Die **Durchsetzung des Schuldprinzips** (BGHSt 2, 194) führt zur Anerkennung eines u. U. straflosen Verbotsirrtums durch die Rspr. (erst später in § 17 kodifiziert) sowie zur Änderung von § 18 StGB; die schwere Folge muss seit 1953 mindestens fahrlässig verursacht sein
- Eine Folge der Anerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums durch BGHSt 2, 194 ist eine weitgehende **Freizeichnung von NS-Verbrechern**, deren Irrtum über die Gültigkeit von NS-Unrecht (nach der Radbruch'sche Formel z. T. kein rechtfertigendes Recht) vielfach zur Straflosigkeit führte; das und erlahmender Ermittlungseifer führten fast gänzlich zur Einstellung von NS-Prozessen, bis 1958 in der Folge des Ulmer Einsatzgruppen-Prozesses die Zentrale Ermittlungsstelle für NS-Verbrechen in Ludwigsburg gegründet wurde.
- In den 1950er Jahren kam es ansonsten zu einer **Renaissance christlich-konservativer Naturrechtsvorstellungen**, die im Strafrecht etwa eine Beibehaltung der Strafbarkeit von Kuppelei, Ehebruch, Homosexuellen Handlungen unter Männern etc. forderten; das Strafrecht sollte bewusst nicht nur die Freiheitsräume anderer (potenzieller Opfer) sichern, sondern die Moralvorstellungen befördern und damit sittenbildend wirken.
- Die vor allem nach dem KPD-Verbot einsetzende **Kommunistenverfolgung** in Westdeutschland wurde durch ein relativ scharfes Staatsschutzstrafrecht flankiert. Besonders problematisch war, dass § 129 II Nr. 1 StGB erst in den 1960er Jahren aufgenommen wurde; zuvor konnte eine Partei nach ihrem Verbot durch das BVerfG (1953: SRP; 1956: KPD) als kriminelle Vereinigung eingestuft werden und die Mitgliedschaft darin auch für den Zeitraum vor dem Parteiverbot strafbar sein.
- Der **Einfluss der Verfassung auf das Strafrecht** war ohnehin noch eher gering; so sah das BVerfG in der Strafbarkeit einfacher Homosexualität keinen ungerechtfertigten Eingriff in Art. 2 I GG der betroffenen Männer und in der Strafbarkeit „groben Unfugs“ keine zu unbestimmte Strafnorm.
- **Große Strafrechtskommission** (1954 – 59) bereitete den Regierungsentwurf 1960 vor, nach kleineren Änderungen Entwurf (E) 62; dieser zielte vor allem auf eine dogmatische Grundlegung (Legaldefinitionen im AT), folgte im Übrigen jedoch dem christlich-konservativen Modell und differenzierte etwa noch zwischen Zuchthaus, Gefängnis und Strafhaft. Vor allem das Sexualstrafrecht sollte noch die Sitten bilden und erfasste daher – wie zuvor – Straftaten wider die Sittlichkeit; weltweit neu war ein strafbewehrtes Verbot der künstlichen Befruchtung bei Nichtverheirateten. – Der E 62 wurde nicht Gesetz, doch wurden einzelne Aspekte später bei den Strafrechtsreformen berücksichtigt; §§ 221, 265 etwa in ihrer heutigen Form entsprechen dem E 62 und wurden erst 1998 mit dem 6. StRG umgestaltet.

Entwicklung des Strafrechts in der Bundesrepublik II: Ent- und Neukriminalisierung seit den 1970er Jahren

Strafrechtsreformen seit Ende der 1960er Jahre

Nachdem der E 62 aufgrund seiner tradierten Haltung v. a. von jüngeren Strafrechtslehrern überaus kritisch aufgenommen worden war, erarbeiteten diese in einem Arbeitskreis der Alternativprofessoren Alternativentwürfe (AE) zunächst zum AT (1966) und dann zu Teilen des BT; beide Entwürfe wurden danach im Sonderausschuss „Strafrecht“ behandelt. Daraufhin ergingen 1969 die ersten beiden Strafrechtsreformgesetze, denen bis 1974 drei weitere – allerdings nicht mehr so umfangreiche – folgen sollten (dazu ausf. *Scheffler*, in: Vormbaum/Welp [Hrsg.], Das Strafgesetzbuch, Supplementband I, 2004, S. 174 ff.); das 6. StrRG erging dann erst 1998, sollte aber einige gesetzestechnische Lösungen aufgreifen, die bereits im E 62 vorgesehen waren.

1. Das 1. StrRG (25.6.1969): u. a. Abschaffung von Zuchthaus; Eindämmung kurzzeitiger Freiheitsstrafen; Abschaffung von BT-Tatbeständen wie Zweikampf, Ehebruch, Erschleichen des außerehelichen Beischlafs, Unzucht mit Tieren, einfache Homosexualität unter Männern; Abtreibung wird zu einem Vergehen heruntergestuft; in § 243 werden Qualifikationsmerkmale durch Regelbeispiele ersetzt.

2. Das 2. StrRG (4.7.1969): Zum 1.10.1973 (später verschoben auf den 1.1.1975) wurde der AT neu gefasst, doch wurde dabei dogmatisch nicht viel neues gebracht (Ausnahmen: §§ 13, 17, 34, 35 StGB n. F.); Herzstück war die Umgestaltung des Rechtsfolgensystems (§§ 38 ff.): Mindestfreiheitsstrafe 1 Monat (§ 38 II) und Tagessatzsystem (§§ 40 ff.); dazuhin als „Kernstück“ der Strafrechtsreform die „Sozialtherapeutische Anstalt“ (§ 65 a. F.), die aber nie wirksam werden sollte.

3. Das 3. StrRG (20.5.1970): Änderungen des „Demonstrationsstrafrechts“.

4. Das 4. StrRG (23.11.1973): Reform des Sexualstrafrechts von Delikten wider die Unzucht in Straftatbestände zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung.

5. Das 5. StrRG (18.6.1974): Reform der §§ 218 ff. (Fristenlösung, durch BVerfGE 39, 1 für verfassungswidrig erklärt).

6. Das 6. StrRG (26.1.1998): Nachdem die grundlegende Strafrechtsreform nach 1976 nicht mehr verfolgt wurde und so ein Torso bleiben sollte, erfolgte 1998 die zahlenmäßig umfassendste Reform des BT seit 1871 (dazu *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998).

Das EGStGB (2.3.1974) brachte zum 1.1.1975 die Abschaffung der Übertretungen als eigener strafrechtlicher Deliktskategorie (zT als Vergehen, zT als OWi, zT abgeschafft).

Einzelne Teilgebiete

I. Sexualstrafrecht

Der seit Anfang der 1970er Jahre einsetzende Trend zu einer Entkriminalisierung aufgrund einer Betonung des Rechtsguts der §§ 174 ff.: Sexuelle Selbstbestimmung, nicht mehr Sittenordnung, wird partiell fortgesetzt und findet in der Änderung des § 180a im Zuge des Prostitutionsgesetzes von 2001 letzten Ausdruck. Strafbar ist seither nicht mehr das bloße Fördern der Prostitution als unerwünschter Institution, sondern nur das Ausbeuten von Prostituierten als Personen.

Davor wurde 1994 auch der lange umstrittene § 175 StGB (Strafbarkeit homosexueller Handlungen zwischen einem über und einem unter 18-jährigen Mann) ersatzlos gestrichen; seither gelten die Schutzaltersgrenzen der §§ 174 ff. StGB gleichermaßen für Jungen und Mädchen und unabhängig davon, ob es sich um einen hetero- oder homosexuellen Kontakt handelt. So heute § 182 StGB idF 1994.

Vgl. dem gegenüber noch § 182 aF **Verführung**:

- (1) Wer ein Mädchen unter sechzehn Jahren dazu verführt, mit ihm den Beischlaf zu vollziehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Die Verfolgung der Tat ist ausgeschlossen, wenn der Täter die Verführte geheiratet hat.
- (3) Bei einem Täter, der zur Tatzeit noch nicht einundzwanzig ist, kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen.

Eine ähnliche Zielrichtung verfolgte auch der 1998 gestrichene § 236 StGB aF (Antragserfordernis und Heirat als Verfolgungshindernis § 238 StGB aF):

„**Entführung mit Willen der Entführten.** Wer eine unverheiratete Frau unter 18 Jahren mit ihrem Willen, jedoch ohne den Willen ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers entführt, um sie zu außerehelichen sexuellen Handlungen (§ 184c) zu bringen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Ebenso wurde die Beschränkung der Vergewaltigung auf außerehelichen Beischlaf gegen den Willen der Frau gestrichen, so dass § 177 II Nr. 1 StGB heute nicht nur die Vergewaltigung in der Ehe – so eine lange kriminalpolitische Forderung gerade auch der Frauenbewegung – erfasst, sondern gleichermaßen beischlafsähnliche hetero- oder homosexuelle Handlungen. Während die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen als Täter und Opfer damit aufgegeben wurde (bis 1997 konnte Täter einer Vergewaltigung nur ein Mann, Opfer nur eine Frau sein), kam es zugleich zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit. Um unterhalb der Schwelle des § 177 StGB Nötigungen mit sexueller Zielsetzung schärfer bestrafen zu können, wurde § 240 IV Nr. 1 StGB eingefügt (z. B. Drohung mit Entlassung). Offensichtlich dem Zeitgeist geschuldet ist das erst kürzlich eingefügte Tatbestand der Zwangsheirat des § 237 StGB.

Seit 2005 nicht mehr den Sexual- (§§ 180b, 181 aF), sondern den Freiheitsdelikten zugeordnet sind die durch zahlreiche internationale und europäische Vorgaben beeinflussten Strafvorschriften gegen Menschenhandel (§§ 232 – 233b StGB).

II. Politisches Strafrecht und Versammlungsstrafrecht

- Kampf um die „richtige“ Auslegung von § 240 StGB bei gewaltfreien Demonstrationen (Anti-Atom- und Friedensbewegung); Ende der 1980er Jahre wurde das Demonstrationsstrafrecht verschärft (Strafbarkeit sog. Passiver Bewaffnung und Vermummung); 1999 erfolgte die Aufhebung der Strafbarkeit der Bannkreisverletzung (§ 106 StGB aF).
- Während in den 1950er Jahren noch der Kampf gegen den Kommunismus vorherrschte (z. B. § 130 StGB a. F. Aufstachelung zum Klassenkampf), sieht sich Gesetzgeber seit Ende der 1960er Jahre – nach den ersten Auschwitzprozessen in Frankfurt/M. – zu einer verstärkten Bekämpfung neonazistischer Propaganda veranlasst (z. B. §§ 130 III, IV, 194 I 2 StGB)

III. Abtreibungsstrafrecht

1. Geschichte

Die strafrechtliche Behandlung von Schwangerschaftsabbrüchen ist *das* Strafrechtspolitikum schlechthin. Das zeigt der bereits weit in die Rechtsgeschichte zurückreichende Streit und die breite und heftige Diskussion über eine Neufassung der §§ 218 ff. StGB seit den 1960er Jahren; auch wenn zu diesem Zeitpunkt eine gewisse Liberalisierung des zuvor strikt geltenden Abtreibungsverbots von vielen angestrebt wurde, blieb der Weg dahin offen. Selbst im AE der „Alternativ-Professoren“ favorisierte nur eine Mehrheit eine Fristenlösung, die Minderheit dagegen eine Indikationslösung (zur Vorgeschichte BVerfGE 39, 1, 3). Die 1974 mit dem 5. StrRG eingeführte Fristenlösung wurde 1975 für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 39, 1), 1976 daraufhin eine Indikationslösung verabschiedet. Da in der DDR eine Fristenlösung galt, die in der Bevölkerung wohl weitgehend akzeptiert war und aufgrund relativ guter Bedingungen für Kinder auch nicht zu einer Erhöhung der Zahl der Schwangerschaftsabbrüche geführt hatte, sah der Einigungsvertrag zunächst eine Fortgeltung der geteilten Rechtslage vor. 1992 wurde erneut eine gesamtdeutsche Fristenlösung verabschiedet, die aber 1993 abermals für verfassungswidrig erklärt wurde (BVerfGE 88, 203). Beide Entscheidungen waren innerhalb des BVerfG umstritten; das zeigen die Sondervoten (BVerfGE 39, 1, 68

ff.; 88, 203, 338 ff.). 1994 wurde dann die heute geltende Fassung der §§ 218 ff. StGB verabschiedet und die Nötigung zu einem Schwangerschaftsabbruch als besonders schwerer Fall in § 240 IV Nr. 2 StGB aufgenommen.

2. Rechtsgüterschutz und Freiheitseinschränkung

Der Hauptgrund für den Grundsatzstreit dürfte darin zu sehen sein, dass zwar der Schutz des ungeborenen Lebens als Rechtsgut unbestritten ist, anders als bei anderen Rechtsgütern aber sein Erhalt mit der Austragung der Schwangerschaft durch die Schwangere nicht nur ein Unterlassen eines Eingriffs erfordert (Nichtabtötung der Lebensfrucht), sondern darüber hinaus ein längerfristiges positives Tun (das weitere Austragen der Schwangerschaft und die Geburt) sowie zumindest im Regelfall danach die Pflicht zu Unterhalt und Erziehung des Kindes. Während sich normalerweise der von einer Strafnorm ausgehende Rechtsgüterschutz darin erschöpft, dass die (Handlungs-)Freiheit des Betroffenen nur insoweit eingeschränkt ist, als er die konkrete Verletzung des Rechtsguts (eines anderen) zu unterlassen hat, folgt aus einem strafbewehrten Abtreibungsverbot nicht nur diese Unterlassungspflicht, sondern eine Pflicht zu positivem Tun, die längerfristig die Handlungsfreiheit viel weitgehender einschränkt, als die bloße Pflicht eine konkrete Einzelhandlung nicht vorzunehmen.

3. Ungleichbehandlung von Frau und Mann

Weiterhin trifft die Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft und zur Geburt notwendig einseitig nur die Frau, die spätere Erziehung des Kindes trifft sie aufgrund der gesellschaftlichen Bedingungen in Deutschland im Regelfall stärker als den Mann; die Freiheit der Frau ist mithin in besonderem Maße und über längere Dauer erheblich eingeschränkt. Dazu kommen noch die mit einer Entscheidung für ein Kind einhergehenden finanziellen Belastungen, die durch staatliche Leistungen nur teilweise aufgefangen werden können, sowie insbesondere ein während der Kindererziehung entgangener Verdienst. Diese letzteren Einschränkungen ließen sich allerdings auch auf andere Weise als durch einen Schwangerschaftsabbruch abwenden, etwa durch Freigabe des Kindes zur Adoption oder durch das Elterngeld. Den unterschiedlichen Blickwinkel von einer typischerweise (wenn auch nicht konkret) unmittelbar betroffenen Frau und einem Mann dokumentieren die Sondervoten zu BVerfGE 39, 1 (S. 68 ff.), worin die Richterin Rupp-v. Brünneck betont, *„die Weigerung der Schwangeren, die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen, [ist] nicht allein nach dem natürlichen Empfinden der Frau, sondern auch rechtlich etwas wesentlich anderes als die Vernichtung selbständig existenten Lebens“* (S. 80); dagegen neigt der Richter Simon *„dazu, diesen weiteren Überlegungen zum Verhältnis der Schwangeren und ihrer Leibesfrucht rechtlich eine geringere Bedeutung beizumessen“* (S. 81).

4. Begrifflichkeiten

Ein Politikum ist bereits die Stellung der §§ 218 ff. StGB innerhalb der Tötungsdelikte (der AE wollte den Straftaten gegen das werdende Leben einen eigenen Abschnitt zuweisen) sowie die Bezeichnung. Während § 218 bis 1974 die „Abtreibung“ bzw. die „Abtötung der Leibesfrucht“ und damit den abtötenden Eingriff in das werdende Leben pönalisierte, ist seither – aus Sicht der Schwangeren – die Rede von einem „Abbruch der Schwangerschaft“ (euphemistisch wird im [DDR]-„Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft“ [1972] – nicht dagegen im Wortlaut der §§ 218 ff. – sogar von einer „Unterbrechung der Schwangerschaft“ gesprochen).

5. Spätabtreibungen vs. Diskriminierung Behinderter

Ein bleibendes Politikum ist die Straflosigkeit sog. Spätabtreibungen. Da man die embryopathische Indikation (Gefahr einer schweren Behinderung des Kindes) in § 218a II Nr. 1 a. F. mit der dafür geltenden 22-Wochen-Frist (§ 218a III a. F.) als diskriminierend für behinderte Menschen ansah, strich man diese und ersetzte sie durch den allgemein auf Gefahren für die Mutter abstellenden und deswegen zeitlich unbegrenzt möglichen Rechtfertigungsgrund des § 218a II n. F.; soweit eine drohende Behinderung des Kindes mithin die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren begründet, ist ein Schwangerschaftsabbruch bis unmittelbar vor Einleitung der Geburt

rechtmäßig. – 2009 wurde eine Reform beschlossen, wonach vor einer Spätabtreibung nach der 22. Schwangerschaftswoche eine starre Bedenkfrist von drei Tagen zwischen Diagnose und Abbruch liegen muss. Eine Spätabtreibung ist damit weiterhin bis zur Geburt möglich, aber man möchte der Schwangeren Zeit zum Überdenken dieser Handlung geben.

6. Weitere Reformfelder

Ende 2003 wurde im Bundesjustizministerium über die Einführung von Strafnormen für leichtfertigen Schwangerschaftsabbruch sowie pränatale Schädigung der Leibesfrucht mit der Folge einer postnatalen Behinderung diskutiert, doch kam es dazu bislang noch nicht zu Gesetzesentwürfen.

7. Strafbarkeit der Kindstötung

Bis 1998 privilegierte § 217 a. F. die „Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet“ (Strafrahmen 3 bis 15 Jahre) gegenüber der ansonsten gegebenen §§ 211, 212-Strafbarkeit. Im Rahmen der Bestrebungen um die Humanisierung des Strafrechts in der Aufklärung wurde die strafrechtliche Behandlung der Kindstötung zum „Schlüsseldelikt“. In dem für die extrem-subj. Theorie bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bekannten „Badewannen“-Fall RGSt 74, 84 wurde diese Theorie wohl aus rechtspolitischen Gründe kreiert, um die strafrechtlich privilegierte Mutter aufgrund ihres animus auctoris als Täterin, ihre das Kind ertränkende nicht durch § 217 privilegierte Schwester nur als Gehilfin zu bestrafen. – Heute ist die strafrechtliche Privilegierung der Tötung nichtehelicher Kinder überholt; der denkbare strafmildernd zu berücksichtigende Affekt der Mutter unmittelbar nach der Geburt kann unabhängig von der Ehelichkeit des Kindes über § 213 Alt. 2 erfasst werden (so der Wille des Gesetzgebers bei Streichung von § 217 [vgl. Bt-Drs. 13/8587, S. 34]; die Rspr. hat sich aber gegen eine pauschale Anwendung von § 213 Alt. 2 auf Kindstötungen unmittelbar nach der Geburt ausgesprochen und eine Einzelfallprüfung verlangt).

8. Prozessuale Besonderheiten

Nachdem Ende der 1980er Jahre im Zuge eines Steuerstrafverfahrens gegen einen Memminger Frauenarzt auch Unterlagen über möglicherweise nach den damals geltenden §§ 218 ff. a. F. nicht gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche gefunden wurden und daraufhin die StA gegen eine Vielzahl Memminger Frauen Strafverfahren einleitete, was von den Betroffenen und auch in der Öffentlichkeit häufig als moderne Form der „Hexenjagd“ angesehen wurde, hat der Gesetzgeber in § 108 II StPO für Strafverfahren wegen §§ 218 ff. eine Ausnahme von der grundsätzlichen Verwertbarkeit von Zufallsfunden bei Durchsuchungen statuiert.

IV. Wirtschafts-, Computer- und Umweltstrafrecht

Ein Hauptbereich für Neukriminalisierungen ist die Entwicklung der modernen Technik mit den davon ausgehenden Gefahren z. B. für die Umwelt und den Mensch (z. B. Atomstrafrecht), aber auch für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems mit den dafür notwendigen Institutionen (z. B. Kreditwesen, Versicherungen, Wettbewerb etc.). Angesichts der zunehmenden Bedeutung neuer Medien und Kommunikationsmittel wurde vor allem im 2. WiKG ein „Computerstrafrecht“ (z. B. §§ 202a, 263a StGB) eingeführt (zur Weiterentwicklung zu einem Internetstrafrecht vgl. nur *Heinrich*, Humboldt-Forum Recht 11/2006).

Diese Neukriminalisierungen setzen zumeist im Vorfeld einer konkreten Rechtsgutsverletzung an; strukturell bedient sich der Gesetzgeber dabei abstrakter, potenzieller oder konkreter Gefährdungsdelikte. Trotz der damit einhergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Stadium vor Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges i. S. einer Rechtsgutsverletzung wird häufig auch eine Versuchsstrafbarkeit vorgeschaltet. Teilweise werden darüber hinaus auch bloße Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt (so z. B. seit 2004 in § 263a III, IV StGB). Aber auch klassische Vermögensdelikte wie der Betrug werden für bestimmte Begehensweisen über das Versuchsstadium hinaus vorverlagert, indem für neu geschaffene Verbrechenqualifikationen (z. B. § 263 V) § 30 Anwendung finden kann.

Damit verabschiedet sich der Gesetzgeber von dem klassisch-liberalen Strafrechtskonzept, wonach ein Straftatbestand grundsätzlich nur bei der Verletzung eines Rechtsguts eingreifen

soll; überdies werden bislang allein individualschützende Normen (z. B. § 263 StGB: Vermögen) durch die Ergänzung eines überindividuellen Rechtsguts (z. B. Funktionsfähigkeit des Versicherungswesens bei § 265 StGB) in ihrer Wirkung ausgeweitet: Bereits die Beschädigung einer eigenen, versicherten Sache (weder nach § 303 noch nach § 263 strafbar) kann als vollendeter Versicherungsmissbrauch bestraft werden, obwohl vor einer Schadensmeldung bei der Versicherung noch nicht einmal ein versuchter (Versicherungs-)Betrug gegeben ist. Bis 1998 erfasste § 265 nur gegen Brand versicherte Gebäude und Schiffe; erst danach wurde er in der heutigen Form ausgeweitet.

V. Terrorismusstrafrecht

In Folge der terroristischen Anschläge der 1970er Jahre („RAF“) wurde das Strafrecht und Strafprozessrecht zur Terrorbekämpfung ausgebaut. So wurde 1976 § 129a StGB eingefügt und danach in den 1980er Jahren noch erweitert. 1986 wurde § 243 I Nr. 7 StGB eingeführt; 1989 folgte die Ausweitung von §§ 239a, 239b StGB um Konstellationen des sog. Zwei-Personen-Verhältnisses, um etwa die Entführung eines Politikers, um ihn zu einer öffentlichen Erklärung zu zwingen, strafrechtlich nicht nur über §§ 239, 240 StGB erfassen zu können. Tatsächlich zeigt sich allerdings, dass diese Ausweitung nicht der Bekämpfung des Terrorismus dient, sondern vielmehr zahlreiche „normale“ Erpressungen, Vergewaltigungen und sogar Nötigungen zu Nachtaten von §§ 239a, 239b degradiert.

Die 1989 eingeführte Kronzeugenregelung als befristetes Gesetz wurde einmal verlängert, dann aber 1999 von der rot-grünen Koalition bewusst auslaufen gelassen; 2009 wurde sie dann mit § 46b StGB wieder eingeführt.

Nach dem 11.9.2001 wurde § 129b StGB eingefügt und § 129a StGB verändert; beide Gesetzesreformen gehen auf Vorgaben der EU zurück. 2009 folgt die Aufnahme von §§ 89a, b, 91 StGB.

VI. Strafzumessung

Es galt lange Jahre als wesentliches Ziel einer liberalen Strafrechtsreform die Strafen zu humanisieren und grundsätzlich auch zu kürzen. Daher war etwa die absolute Strafdrohung für Mord ebenso in der Diskussion wie generell die lebenslange Freiheitsstrafe. Insoweit hat sich das StGB nicht geändert, doch wurde durch die Rspr. von BVerfG und BGH eine Abweichung von der Strafdrohung bei Mord praeter legem in verfassungskonformer Auslegung angenommen (sog. Rechtsfolgenlösung); eine lebenslange Freiheitsstrafe kann inzwischen zur Bewährung ausgesetzt werden.

Gerade mit Blick auf die geschützten Rechtsgüter galt seit Jahrzehnten der Schutz der Körperintegrität gegenüber dem Eigentum als unzureichend. Bis zum 6. StrRG 1998 war etwa die versuchte Sachbeschädigung, nicht aber auch die versuchte Körperverletzung strafbar, und der Strafraum des § 223 I lag unter demjenigen des § 242 I. Die daher in den 1970er und 1980er Jahren wiederholt erhobene Forderung nach einer Absenkung der Strafdrohungen im Eigentumsbereich wurde allerdings 1998 vom Gesetzgeber nicht erhört; dafür wurde der Strafraum von § 223 I angehoben und in § 223 II (ebenso in § 239 II) eine Versuchsstrafbarkeit eingeführt. Die dadurch erreichte Gleichbehandlung von Eigentums- und Körperverletzungen wurde also nicht durch eine partielle Rücknahme des Strafrechts, sondern umgekehrt durch dessen Ausweitung und Verschärfung erreicht. – Die 1992 eingeführte Vermögensstrafe (§ 43a StGB) wurde allerdings 2002 vom BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärt.

Strukturell erweiterte die Regelbeispielstechnik (z. B. § 243 II StGB, seither vor allem in den 1990er Jahren immens ausgeweitet) den Strafraum und ermöglicht dem Richter einen sehr großen Spielraum, ohne ihn – wie bei Qualifikationen – an bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen zu binden. Die ohnehin schon recht breiten Strafraum in Deutschland wurden dadurch noch erweitert, zumal etwa – anders als z. T. im Ausland – die Strafmilderungsmöglichkeiten häufig nicht sehr präzise gefasst sind („kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden“ statt z. B. „wird um die Hälfte gemildert“).

1994 wurde die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs in § 46a StGB verankert.

Seit längerem befinden sich neue Sanktionen in der Diskussion wie z. B. Fahrverbot als Hauptstrafe (nicht nur – wie in § 44 StGB – als Nebenstrafe), elektronische Fußfessel, Haus-

arrest und gemeinnützige Arbeit („Schwitzen statt Sitzen“), doch haben sich solche Konzepte noch nicht durchgesetzt.

VII. Maßregeln

Gerade die Maßregeln der Besserung und Sicherung waren ein wichtiger Hebel der Strafrechtsliberalisierung unter dem Stichwort „Resozialisierung“. Nachdem trotz einiger Resozialisierungsbemühungen die Rückfallquote unverändert hoch ist, hat sich die Euphorie in Bezug auf eine Besserung des Täters gelegt; in den Vordergrund tritt angesichts zunehmender Angst vor Kriminalität die politische Zielrichtung (vermeintlich) gefährliche Straftäter wegzusperren. Dem diente die Ausweitung der Sicherungsverwahrung in den 1990er Jahren (z. B. Verzicht auf Vorverurteilung in § 66 III 2) sowie die Einführung einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in § 66a StGB (2002) sowie der nachträglichen Sicherungsverwahrung in § 66b StGB (2004). Damit löste sich diese Maßregel zunehmend von einer Negativprognose durch das über die Straftat erkennende Gericht hin zu einer nachträglichen Prognose aufgrund des Vollzugsverhaltens des Täters. Inzwischen kam es unter dem Eindruck der Rspr. des EGMR und des BVerfG (2011) wieder zu einer Einschränkung der Sicherungsverwahrung.

Seit 1992 wurden auch die Möglichkeiten einer Gewinnabschöpfung erheblich ausgebaut (§§ 73 ff. StGB), wenngleich diese immer noch nicht alle Gewinne einer Straftat erfasst (Grundsatz „crime doesn't pay“).

VIII. Die Entdeckung des Opfers

Seit den 1970er Jahren hat die kriminologische Forschung zunehmend das Opfer einer Straftat in den Blick genommen; der Blick allein auf den Täter und das auf dessen Rechte aufgebaute Strafverfahren wurde dadurch partiell relativiert. 1976 erging das Opferentschädigungsgesetz für die Opfer von Straftaten. Nachdem sich 1984 der 55. DJT mit dem Thema Opfer im Strafverfahren befasst hat, folgte 1986 das Opferschutzgesetz, 1998 das Zeugenschutzgesetz und 2004 das Opferrechtsreformgesetz, welchem schließlich 2009 das 2. Opferrechtsreformgesetz folgte (dazu *Bung*, StV 2009, 430 ff.). In Umsetzung der EU-Opferschutz-Richtlinie, partiell aber auch darüber hinausgehend hat das BMJV am 10.9.2014 einen Entwurf für ein 3. Opferrechtsreformgesetz veröffentlicht. Die auf den Täter oder die Gesellschaft abzielenden Strafzwecke sollen mit Blick auf das Opfer modifiziert werden (vgl. *Hörnle*, JZ 2006, 950 ff.).

Dahinter steht vielfach der Gedanke, dass in der politischen Landschaft grundsätzlich „Opferschutz vor Täterschutz“ geht, womit allerdings der Sinn des StGB als „magna charta des Verbrechers“ (so v. Liszt) ins Gegenteil verkehrt wird. Noch deutlicher als in Deutschland tritt dies etwa in England hervor, wenn das sog. Rape Shield-Konzept dem einer Vergewaltigung Angeklagten verbietet, die Einwilligung des Opfers in den Geschlechtsverkehr zu hinterfragen (vgl. *Salditt*, in Festschrift für Kohlmann, 2003, 667 ff.); für Irrtümer des Täters wird im Interesse des Opferschutzes in Deutschland de lege ferenda gelegentlich ein Fahrlässigkeitstatbestand für Sexualdelikte gefordert (so *Hörnle*, ZStW 112 [2000], 356 ff.).

Der NSU-Prozess zeigt derzeit anschaulich, welches Spannungsverhältnis entstehen kann, wenn die bereits geschaffenen Opferschutz-Instrumente in relativ weitem Umfang in Anspruch genommen werden.

Materielle (Ent-)Kriminalisierung von Bagatellkriminalität oder „prozessuale Lösung“ (§§ 153 ff. StPO)

I. Der Grundsatz „minima non curat praetor“

Die Behandlung massenhafter und bei der einzelnen Tat nur mit relativ geringen Schäden verbundener Kriminalität ist ein kriminalpolitisches Problem, das durch wirtschaftlich-technische Entwicklungen und die Strafrechtsreformen Anfang der 1970er Jahre an Schärfe gewonnen hat. Dass Lappalien grundsätzlich keine Strafhaftung begründen sollen, ist ein altbekannter Grundsatz („minima non curat praetor“). Demgemäß setzt etwa eine körperliche Misshandlung i. S. v. § 223 I voraus, dass durch die Tathandlung das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird; die Einschränkung des 2004 geschaffenen „Graffiti“-Straftatbestandes in §§ 303 II, 304 II, dass das Erscheinungsbild einer fremden Sache „nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert“ worden sein muss, wäre angesichts dieser zu § 223 I Alt. 1 unbestrittenen Beschränkung wohl überflüssig gewesen, macht aber jedenfalls deutlich, dass unerhebliche Beeinträchtigungen des Erscheinungsbildes – selbst wenn sie für den Eigentümer lästig sein mögen und den Täter zivilrechtlich zu Schadensersatz verpflichten – keine Strafbarkeit begründen können und sollen und wird daher gelegentlich sogar als Ausdruck eines verfassungskonform restriktiven Strafrechtsverständnisses gelobt („Strafrecht nur als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“).

II. Deliktskategorien unterhalb von Verbrechen und Vergehen

Darüber hinaus unterschied das StGB bis 1974 zwischen drei Kategorien von Straftaten: neben den noch heute geläufigen Verbrechen und Vergehen als den schwerer wiegenden Straftaten gab es noch die sog. Übertretungen, von denen die meisten Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften betrafen, die heute Ordnungswidrigkeiten darstellen. Daneben gab es aber auch besonders milde Begehungsformen klassischer Straftatbestände zum Schutz von Individualrechtsgütern wie etwa den Mundraub als Privilegierung eines Diebstahls. Da es hier nicht um die Strafbewehrung bloßen Verwaltungsungehorsams, sondern um eine, wenngleich minimale Individualrechtsgutsverletzung ging, passte die Umformung in Ordnungswidrigkeiten hier nicht.

III. Massenhafte Bagatellkriminalität heute

Massenhaft begangene Bagatellkriminalität ist heute etwa der Ladendiebstahl im Selbstbedienungsgeschäft, das Schwarzfahren sowie der Erwerb und Besitz weicher Drogen zum Eigenverbrauch. Während der Drogenkonsum erst seit den 1960er Jahren an Bedeutung gewonnen hat, hängt das massenhafte Stehlen in weitgehend unkontrollierten Räumen sowie das Schwarzfahren in Kontrolleurlosen Verkehrsmitteln des ÖPNV mit dem aus wirtschaftlichen Gründen erfolgten Verzicht auf Kontrollen zusammen („Gelegenheit macht Diebe“). Nicht als Bagatellkriminalität in diesem Sinne anzusehen sind massenhafte und nicht schwer bestrafte abstrakte Gefährdungsdelikte, die allerdings im Vorfeld eines schwereren Schadens zu dessen Vorbeugung bestehen (z. B. Trunkenheit im Verkehr, § 316 StGB). Soweit es letztlich in der Hand eines Unternehmens liegt, durch Kontrollen etc. allein zu seinem Nachteil begangene relativ harmlose Straftaten zu verhindern und die Schäden grundsätzlich durch zivilrechtliche Ersatzansprüche vollumfänglich ausgeglichen werden können, mag man zweifeln, ob das Strafrecht – das hier die Individualrechtsgüter der Unternehmer schützt – wirklich „ultima ratio“ ist. Der Verzicht auf Bedienung und Kontrollen in Supermärkten und Verkehrsmitteln ist letztlich eine wirtschaftliche Entscheidung, wobei gewisse Schäden durch dadurch begünstigte Straftaten einkalkuliert und deshalb eingepreist werden; die zivilrechtlichen Ersatzansprüche werden darüber hinaus weitgehend pauschaliert und damit in ihrer Berechnung wie Durchsetzung vereinfacht. Gleichwohl hat der Gesetzgeber an einer Strafbarkeit von Ladendiebstahl und Schwarzfahren festgehalten. Auf materieller Ebene besteht lediglich das Korrektiv eines Strafantragserfordernisses beim Diebstahl geringwertiger Sachen bzw. Erschleichen geringwertiger Leistungen (§§ 247, 265a III).

IV. Entkriminalisierung als Lösung?

Seit den 1970er Jahren wird diskutiert, ob der Bagatelleigentums- und Vermögensdelinquenz durch Einschränkung der Straftatbestände (bei § 242) bzw. deren Streichung (§ 265a) beizukommen ist, doch hat sich die Forderung nach einer sog. materiellen Entkriminalisierung nicht durchgesetzt. Das als Einschränkung gedachte Antragserfordernis ist weitgehend wirkungslos, weil damit die Strafverfolgung in das Ermessen der Opfer (Unternehmen) gestellt wird, die eine drohende Strafverfolgung teilweise als Damoklesschwert zur Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche (miss)brauchen und deswegen etwa grundsätzlich jeden Ladendiebstahl zur Anzeige bringen, beim Schwarzfahren dagegen bei sofortiger Zahlung von 40 € „ein Auge zudrücken“ und selbst in Wiederholungsfall den zahlenden Schwarzfahrer nicht anzeigen.

1974 wurde vom Arbeitskreis der Alternativ-Professoren der „Alternativentwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl“ (AE-GLD, hrsg. von Arzt u. a., Tübingen 1974) vorgelegt, der auf ein nicht strafrechtliches Gesetz gegen Ladendiebstahl setzte, aber auf dem folgenden Deutschen Juristentag keine Mehrheit und beim Gesetzgeber kein Gehör fand. Gegen eine materielle Entkriminalisierung insbes. von Ladendiebstählen spricht, dass jedenfalls bei wertvollem Diebsgut und in Wiederholungsfällen auch der Einsatz einer Kriminalstrafe nicht ausgeschlossen werden sollte. Überdies mag zwar „Gelegenheit Diebe schaffen“, doch ist es andererseits die freiverantwortliche Entscheidung des Einzelnen, die durch den Verzicht auf Kontrollen vereinfachte Möglichkeit zu einem Diebstahl auszunutzen.

V. Prozessuale Lösung

Unbestritten war und ist allerdings, dass eine individuelle Strafverfolgung und Aburteilung nicht nur in vielen Fällen ein unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes jedenfalls problematisches „mit Kanonen auf Spatzen-Schießen“ darstellen würde, sondern dass dadurch auch die knappe Ressource Strafjustiz unnötig verstopft würde. Nach dem Legalitätsprinzip müsste die StA grundsätzlich jeden Fall durchermitteln (§ 152 II StPO – bei §§ 242, 265a StGB handelt es sich nicht um Privatklagedelikte gem. § 374 StPO) und bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts Anklage erheben (§ 170 I StPO); da regelmäßig das Amtsgericht zuständig wäre, könnte das Verfahren drei Instanzen durchlaufen! Das Antragserfordernis (§ 248a) wäre zwar ein Steuerungsinstrument; da es aber in den Händen des Opfers liegt, kann gegen dessen Willen die drohende Flut von Strafverfahren nicht kanalisiert werden. Überdies ist die Einstellungspraxis von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich und teilweise auch Gegenstand eines politischen Programms (Konzept der „zero tolerance“, wonach z. B. jeder Ladendiebstahl angezeigt und ggf. auch angeklagt werden soll).

Daher wurde die Möglichkeit einer Einstellung aus Opportunitätsgründen durch die Einführung von § 153a StPO erheblich ausgeweitet; für Bagatellkriminalität gilt daher heute kaum noch das Legalitäts-, sondern weitgehend das Opportunitätsprinzip. Gegen § 153a StPO wird allerdings häufig der Vorwurf eines „Freikaufs von strafrechtlicher Verantwortung“ erhoben. Das gilt insbes., wenn besonders hohe Geldauflagen zur Voraussetzung einer Einstellung gemacht werden (v. a. im Parteispendenverfahren gegen Altbundeskanzler Kohl [Einstellung gegen 1 Mio. DM; dazu krit. *Saliger*, GA 2005, 155 ff.] und im Mannesmann-Prozess [Einstellung gegen insges. 30 Mio. EUR; dazu krit. *Saliger/Sinner* ZIS 2007, S. 476 ff.] sowie 2014 im Münchener Korruptions-Verfahren gegen Bernie Ecclestone: Einstellung gegen 100 Mio. Dollar!). Da einerseits in § 153a I 1 StPO als Voraussetzung einer Einstellung bei Erfüllung von Auflagen u. a. das *Beseitigen des öffentlichen Interesses an einer Strafverfolgung* und das *Nichtentgegenstehen der Schwere der Schuld des Beschuldigten* genannt sind, andererseits aber die Unschuldsvermutung des Art. 6 II EMRK v. a. StA und Gericht verbietet, irgendeine Schuld des Beschuldigten ohne rechtskräftigen Schuldspruch anzunehmen, gilt zwar bei einer Einstellung gem. § 153a StPO der Betroffene nicht als schuldig, doch folgt aus deren gesetzlicher Grundlage jedenfalls ein Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung (dazu grundlegend *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983).

Das „Feindstrafrecht“

I. Feindstrafrecht

Was ist Feindstrafrecht? Darunter ist eine Art Sonderstrafrecht zur Bekämpfung von Feinden zu verstehen, das bestimmte Straftäter nicht mehr als Bürger, sondern als Feind betrachtet, für den verfassungsrechtliche Garantien möglicherweise nicht mehr (oder nur eingeschränkt) gelten.

II. Jakobs' Konzept vom Feindstrafrecht

- erstmals auf der Strafrechtslehrtagung in Frankfurt am Main im Jahre 1985 unter dem Titel „Kriminalisierungen im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ vorgestellt
- Beobachtung einer zunehmenden Vorverlagerung der Strafbarkeit und Frage nach deren Legitimität
- Grund sei das Bedürfnis bereits an die Rechtsgutsgefährdung anzuknüpfen, so das letztlich auch gefährliche Gedanken strafrechtlich erfasst werden müssen
- dies widerspreche jedoch der Rolle des Straftäters als „Bürger“
- „Bürgerstrafrecht“ optimiere Freiheitssphären und setze dadurch Grenzen, „Feindstrafrecht“ verfolge den Rechtsgüterschutz zu Lasten der grundrechtlich garantierten Freiheiten des Einzelnen
- Beispiele seien § 30 und §§ 129, 129a StGB

- in der Folge geht Jakobs weiter und stellt fest, dass das Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht deutlich voneinander zu trennen seien, verschiedene Zwecke verfolgten und auch problemlos nebeneinander existieren könnten

- letztlich rechtfertigt er das Nebeneinander, in dem er postuliert, dass um dem Bürgerstrafrecht seine rechtsstaatlichen Eigenschaften zu erhalten, man gegen die „Feinde“ des Rechtsstaates in anderer Weise vorgehen müsse als gegen die „Bürger“, nur so kann die Kontaminierung des (Bürgerstraf)rechts verhindert bzw. rückgängig gemacht werden
- Jakobs nennt zur Illustrierung vier Entwicklungen des deutschen Strafrechts, in denen sich bereits feindstrafrechtliche Tendenzen

manifestieren: die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit; die fehlende, der Vorverlagerung entsprechende Reduktion der Strafe; die Zunahme der Sicherungsverwahrung; der Abbau strafprozessualer Garantien

- Feind ist, wer durch dauerhafte Abkehr vom Recht die kognitive Mindestgarantie normgemäßen Verhaltens nicht mehr gewährleisten kann
- ein derartiger Täter biete keine Garantie normgemäßen Verhaltens und könne daher auch nicht mehr als Bürger behandelt, sondern müsse als Feind bekämpft werden

III. Kritik

es wird der Vorwurf erhoben, dass Jakobs nicht nur eine rein deskriptive Analyse des geltenden Strafrechts leistet, sondern zunehmend zu einer Rechtfertigung dessen gelange, was er unter „Feindstrafrecht“ versteht; insbesondere das rechtfertigende Element des Konzeptes wird von der großen Mehrheit der Strafrechtswissenschaftler abgelehnt (für einen guten Überblick s. den Beitrag von Heinrich). Probleme ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Unschuldsvermutung und die Menschenwürde der betroffenen „Feinde“.

IV. Beispiele

Beispiele, die die Problematik des Konzeptes verdeutlichen:

- der „war on terror“ der USA, u.a. Guantanamo, US Patriot Act
- „detention without trial“ in Großbritannien
- GVG in Deutschland?

V. Literatur

Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 ff.; ders., ZStW 117 (2005), 839 ff.

B. Heinrich, ZStW 121 (2009), 94 ff.

Cancio Meliá, ZStW 117 (2005), 267 ff.

Die Krise der Kriminalpolitik in der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts: von der Gewährleistung von Grundrechten zum Sicherheitsdiskurs

von Prof. Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid

Vortrag an der Humboldt-Universität von Berlin am 27.5.2015

4. Schlussfolgerungen

4.1. Der kriminalpolitische Diskurs der Sicherheit, der eine Verschärfung des strafrechtlichen Sanktionensystems und eine Orientierung des Strafrechts an der Gefährlichkeit des Straftäters propagiert, spielt eine Hauptrolle in der Kriminalpolitik der westlichen Länder.

4.2. Wir sind von einem auf die begangene Tat fokussierten Schuldstrafrecht zu einem Sicherheitsstrafrecht übergegangen, bei dem die zum Rechtsstaat gehörenden subjektiven Rechte zur Disposition stehen, wenn damit mehr „Sicherheit“ geschaffen werden kann. Die Wirksamkeit dieser Strategie ist nicht ausgewiesen, und darüber hinaus ist auch die Legitimitätsfrage zu stellen, wenn die Hauptgrundsätze, die den strafrechtlichen Eingriff eingrenzen (Gesetzlichkeit, Schuld, Tatverhältnismäßigkeit, Menschlichkeit) konterkariert werden. In einigen Bereichen scheint hier ein unauflösbarer Widerspruch zu bestehen, so zum Beispiel bei lebenslangen Strafen oder bei der Sicherungsverwahrung. Angesichts eines „Feindstrafrechts“ kann nur mit einem Bürgerstrafrecht geantwortet werden.

4.3. Eine rationale Kriminalpolitik, die mit dem Rechtsstaat vereinbar ist, muss vom Boden der Grundentscheidungen der Verfassung eines sozialen und demokratischen Rechtsstaates sowie von den Erkenntnissen der Kriminologie ausgehen, um Ursachen der Kriminalität auszumachen und geeignete Mittel zu ihrer Bekämpfung zu entwickeln.

In diesem Zusammenhang ist an eine kriminalpolitische Binsenweisheit zu erinnern: die beste Kriminalpolitik ist stets Sozialpolitik, das heißt, die Vermeidung von Kriminalität außerhalb des Strafrechts muss Vorrang haben, unmittelbar mit einer rechtsstaatlich eingegrenzten Aktivität der Polizeidienste beginnen und mittelbar mit einer fortschrittlichen Sozialpolitik einhergehen, bei der die wirtschaftliche, arbeitsrechtliche, erziehungs-, gesundheits- und steuerrechtliche Organisation der Gesellschaft auf die wirklichen Ursachen von Kriminalität einwirken kann.

4.4. Das Scheitern des kriminalpolitischen Sicherheitsdiskurses zeichnet sich sowohl in Sachen Effizienz als auch in Sachen Legitimität jetzt schon ab. Dieser Diskurs stellt einerseits auf immer härtere Strafsanktionen (Strafen und Maßregeln) ab, die vornehmlich einen langen Freiheitsentzug für schwere Delikte beinhalten, und entspricht andererseits einer ultrakonservativen politischen Ideologie, die das Strafrecht nur benutzt. Das Beispiel Spaniens ist hier besonders deutlich: in einem

der Länder mit den niedrigsten Kriminalitätsraten Europas ist eine der höchsten Strafgefangenenraten zu verzeichnen, was auf eine Reihe von verschärfenden und unbedachten Reformen in den letzten Jahren zurückzuführen ist.

4.5. Eine rationale Kriminalpolitik, die der Verfassung entspricht, muss dessen eingedenk sein, dass Kriminalität ein unausrottbares gesellschaftliches Phänomen ist. Das Strafrecht, als Instrument formalisierter Kontrolle des Verbrechens, kann nur die Kontrolle und die Eindämmung der Kriminalität bis hin zu erträglichen Ausmaßen versuchen, ohne dem Traum ihrer Ausmerzungen zu erliegen. Gehen wir von dieser Grundüberlegung einer jeden rationalen Kriminalpolitik aus, so ist die Unterwerfung des Strafrechts unter rechtsstaatliche Prämissen kein Verzicht auf die Sicherheit, sondern nur auf vollständige Sicherheit.