

Da die Ahndung von Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz bezogen auf Cannabis zum Massengeschäft am Amtsgericht Hamburg/St. Georg zählt, würde eine Entkriminalisierung in diesem Bereich eine deutliche Entlastung bedeuten, die angesichts der knappen Ressourcen ermöglichen würde, Zeit und Energie in andere (relevantere) Verfahren zu investieren.

#### § 265a StGB (BEFÖRDERUNGERSCHLEICHUNG)

Die Entkriminalisierung des Erschleichens von Leistungen ist eine alte Forderung, die dringend umgesetzt werden sollte. Ergänzend zu den bekannten Argumenten möchte ich aus meiner persönlichen Empirie hinzufügen, dass die überwiegende Anzahl der Menschen, die wegen des Vorwurfs des Erschleichens von Leistungen angeklagt sind, sich in einer sozialen bzw. finanziellen Notlage befindet. Die Bundeszentralregisterauszüge von langjährig drogenabhängigen Menschen weisen häufig neben Verurteilungen wegen Beschaffungskriminalität auch Verurteilungen wegen Beförderungerschleichung auf. Verfahren richten sich auch regelmäßig gegen obdachlose Menschen, die beispielsweise in den Wintermonaten die öffentlichen Verkehrsmittel nutzen, um sich aufzuwärmen. In diesen Fällen wird absolut augenfällig, dass die strafrechtliche Verurteilung nicht geeignet ist, die eigentlichen Probleme, Obdachlosigkeit, Drogensucht, Armut, nachhaltig zu lösen, sondern diese vielfach verschärft.

Auch unter dem Aspekt des Strafrechts als ultima ratio ist eine strafbewehrte Sanktionierung der Beförderungerschleichung nicht geboten.

Ich halte es daher für sinnvoll, die Beförderungerschleichung als Straftatbestand ersatzlos zu streichen. Stattdessen sollten nachhaltige Maßnahmen, wie beispielsweise die Vergabe von Sozialtickets, endlich realisiert werden.

Prof. Dr. Sebastian Scheerer\*

## ENTRÜMPELUNG UND ENTKRIMINALISIERUNG

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

Carl J.A. Mittermaier (1819)<sup>1</sup>

Es gibt Orte, an denen sich im Laufe der Jahre, Dekaden und Generationen immer mehr Gegenstände ungeklärter Nützlichkeit ansammeln. Immer mehr kommt hinzu, wird gehortet, aber nicht wirklich gehegt und gepflegt – es wird auch kaum etwas aussortiert, weil man zuerst nicht weiß, wozu es vielleicht noch mal gut sein könnte, und weil man es dann vergisst. Bis es eines schönen Tages einfach alles zu viel wird. Auch das Strafrecht können wir uns als einen solchen Ort vorstellen: Laufend kommen neue Tatbestände und ganze strafrechtliche Nebengesetze hinzu, ohne dass dem Strom des Zusätzlichen eine nennenswerte Subtraktion des Unbrauchbaren gegenübersteht. Und auch hier nähern wir uns dem Punkt, an dem einfach alles zu viel wird.

Die letzten Entrümpelungsaktionen sind schon viel zu lange her. Denkwürdig zwar das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946,<sup>2</sup> die Abschaffung der Todesstrafe 1949 (Art. 102 GG) und, ab 1968,

\*Der Autor dankt Johannes Feest für die kritische Durchsicht einer früheren Fassung.

<sup>1</sup> Mittermaier, Carl Josef Anton, Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern, Bonn 1819

<sup>2</sup> Mit einem Schlag aufgehoben wurden u.a. folgende Tatbestände: Hochverrat (§§ 80, 82–86 StGB in der Fassung vom 20. September 1945), Nötigung von Verfassungsorganen (§ 81), Landesverrat (§ 87), Mitgliedschaft in einem fremden Wehrdienst (§ 88), Sabotagehandlungen an Verteidigungsmitteln (§§ 89–91), Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 92), Verunglimpfung des Reichspräsidenten (§ 94), Hochverrat gegen einen ausländischen Staat (§ 102), Beleidigung von Organen oder Vertretern ausländischer Staaten (§ 103), Aufforderung zum militärischen Ungehorsam (§ 112), Verunglimpfung des Staates oder der NSDAP und seiner/ihrer Symbole (§§ 134a, 134b), Fahnenflucht (§§ 140, 140a, 140b), Anwerben für fremden Wehrdienst (§ 141a), Wehrpflichtentziehung (§ 142, 143, 143a), Verunglimpfung des Andenkens Gefallener (§ 189 Abs. 3), Zerstörung der Fruchtbarkeit auf Verlangen (§ 226b), Munitionsdiebstahl (§ 291), Bruch des Amtsgeheimnisses (§ 353a) und Erwerb von Heeres- oder Marineuniformen (§ 370 Abs. 3).

die unvollendet gebliebene Große Strafrechtsreform, der wir immerhin die Abschaffung der Zuchthausstrafe, des Arbeitshauses und der strafrechtlichen Kategorie der Übertretungen verdanken<sup>3</sup> – und die zudem auch einige Abschnitte im Besonderen Teil des StGB ganz gut entstaubte.<sup>4</sup> Seither aber reißt der Strom der Neukriminalisierungen nicht ab.<sup>5</sup> Da wird modernisiert und entformalisiert (»flexibilisiert«), vor allem aber expandiert.<sup>6</sup> Streichungen von Tatbeständen sind seltene Ausnahmen.<sup>7</sup>

Mittlerweile ist jedoch eine gewisse Ungeduld zu spüren. Die Strafrechtswissenschaft hat bemerkt, dass die Überlastung des Systems das filigrane Gebäude des rechtsstaatlichen Strafverfahrens ins Wanken bringt und das Feilschen um den besten Deal im Begriff steht, den Strafprozess nachhaltig zu entstellen, während der Gesetzgeber die

3 Nach Inkrafttreten des Ordnungswidrigkeitengesetzes (1952) wurde zunächst auf die Schaffung neuer Übertretungstatbestände im StGB sowie auf Vergehenstatbestände mit ausschließlicher Geldstrafenbewehrung verzichtet; der entscheidende Schritt war der Transfer der verbliebenen Verkehrsübertretungen vom Kriminal- in das Ordnungsunrecht im Jahre 1968. Der Rest der Übertretungen verschwand zum Jahresbeginn 1975 durch die Aufhebung des 29. Abschnitts des StGB und die Beseitigung der Übertretungen des Bundesneben- und des Landesstrafrechts, die teils zu Vergehen hoch-, teils zu Ordnungswidrigkeiten heruntergestuft, ansonsten der Landesgesetzgebung überlassen oder ersatzlos gestrichen wurden.

4 Den Startschuss gab die Entkriminalisierung vieler Verkehrsdelikte im Zuge des EGOWiG (1968); als »überfällige Entrümpelung des StGB« (Hirsch, Hans J., in: GS Hilde Kaufmann, Berlin: DeGruyter 1986, S. 131) folgte mit dem 1. StrRG vom 25.06.1969 die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs und der Kuppelei, der Sodomie und der einfachen Homosexualität (sowie des privilegierten Tötungstatbestands des Zweikampfs); das 3. StrRG vom 20.05.1970 brachte eine gewisse Liberalisierung des Demonstrationsstrafrechts und das 4. StrRG vom 27.11.1973 reformierte dann noch die Sittlichkeitsdelikte (§§ 171 ff. StGB) und schnitt sie auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zu.

5 ausführlich Beck, Tobias A., Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975. Fortführung oder Aufgabe der Reformgrundsätze? Berlin: Logos, 2016

6 Vormbaum, Thomas, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik. Berlin: LIT 2011, S. 32

7 Als der Tatbestand der Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103 StGB) mit Wirkung zum 1. Januar 2018 aufgehoben wurde, argumentierte man sehr edel und geradezu radikaldemokratisch mit der Gleichheit aller Menschen und dem Anachronismus der Strafbarkeit von »Majestätsbeleidigungen«. Tatsächlich war es wohl eher ein Einzelfall, bei dem es darum ging, einem türkischen Präsidenten ein Abwehrmittel gegen eine Schmähung zu nehmen. Dass der Anachronismus nur vorgeschoben war, erhellt auch aus der Tatsache, dass die »Majestätsbeleidigungs«-Vorschrift des § 90 StGB (Verunglimpfung des Bundespräsidenten) aus der Diskussion herausgehalten wurde und nach wie vor intakt ist. So auch: Schultz, Mandy, »Grußaugust, Wandervogel«, Majestätsbeleidigung ist Bürgerpflicht, in: FREISPRUCH, Heft 10, März 2017, S. 1 - 3.

Lage mit einem Strom von Kleinbuchstaben-Gesetzen noch weiter verschlimmbessert, die er einem uninformierten Publikum als Fleißnachweis zu präsentieren sucht. Was hingegen fehlt, sind neue Gedanken über die Rolle des Strafrechts in Gegenwart und Zukunft.

Die Notwendigkeit einer Verschlinkung des Strafrechts steht außer Frage. Erst vor kurzer Zeit verband Arthur Kreuzer<sup>8</sup> seine Kritik der vergangenen Legislaturperiode mit dem Stoßseufzer »Reformiert endlich das Strafrecht!«, und Wolfgang Mitsch<sup>9</sup> konstatierte, dass es »ohnehin an der Zeit« sei, »überflüssigen Strafrechtsballast abzuwerfen.« Als Kenner der Rechtswirklichkeit hinter dem schönen Schein des *law in the books* fordert Wolfgang Heinz<sup>10</sup> schon länger, es nicht bei der Vervielfältigung von prozessualen Notbehelfen zu belassen, sondern endlich materiellrechtliche Reformen in Angriff zu nehmen und darüber hinaus auch außerstrafrechtliche Regelungsmechanismen ernsthaft in Erwägung zu ziehen. *Last not least* weckte eine Kölner Tagung über »Entbehrliche Tatbestände« Hoffnungen auf eine reduktionistische Wende. Immerhin hatte eine Umfrage nicht weniger als 74 Tatbestände ergeben, die von mindestens zwei Strafrechtswissenschaftler\*innen für verzichtbar gehalten worden waren.<sup>11</sup>

In der Politik freilich spürt man von einem solchen *wind of change* bislang kaum einen Hauch, so dass wir uns – von jedem Aktualitätsdruck entlastet – der Reflexion nicht nur über das hier und heute politisch Durchsetzbare, sondern auch über das Mögliche und das Wünschbare widmen können. Also der ganzen Bandbreite von der *Entrümpelung* über die *Entkriminalisierung* bis hin zur *Ersetzung* des Strafrechts durch Humaneres, Klügeres und Besseres.

8 Kreuzer, Arthur, Reformiert endlich das Strafrecht! DIE ZEIT 27.12.2017 <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kriminalpolitik-grosse-koalition-strafrecht-kriminologie/komplettansicht> (Zugriff 28.07.2018)

9 Mitsch, Wolfgang, Der unmögliche Zustand des § 130 StGB. KRiPoZ, 2018, 198-203, S. 198

10 Heinz, Wolfgang, Der schöne Schein des Strafrechts, Konstanz 2010, S. 36 [http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz\\_Schoener\\_Schein\\_StrafR.pdf](http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz_Schoener_Schein_StrafR.pdf) (Zugriff: 28.07.2018)

11 Hoven, Elisa (2017a), Was macht Straftatbestände entbehrlich? Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB, ZStW 2017, 334-348; dies. (2017b), Entbehrliche Straftatbestände, DRiZ 2017, 280-285. Bedauerlicherweise konnte dort (und kann auch hier, von ganz wenigen Erwähnungen abgesehen) nicht auf die Problematik des ausufernden Nebenstrafrechts eingegangen werden.

## I. ENTRÜMPELUNG

Verzichtbar sind erstens die sogenannten toten Tatbestände,<sup>12</sup> die entweder *durch politische Entwicklungen überholt* sind wie die Verschleppung (§ 234a StGB) und die Politische Verdächtigung (§ 241a StGB) oder *durch technische Entwicklungen* (wie die Verletzung amtlicher Bekanntmachungen nach § 134 StGB und die Variante des Scheckkartenmissbrauchs in § 266 b StGB). Zweitens natürlich auch die *irrelevanten Kuriositäten* wie die Störung einer Bestattungsfeier (§ 167a StGB), der unbefugte Gebrauch von Pfandsachen (§ 290 StGB), die Gefährdung von Schiffs-, Kraft- oder Luftfahrzeugen durch Bannware (§ 297 StGB), die Gefährdung einer Entziehungskur (§ 323b StGB) und der Vertrauensbruch im öffentlichen Dienst (§ 353a StGB). Darüber hinaus gehören aber wohl noch mindestens zwei weitere Fallgruppen in diese Kategorie, nämlich die redundanten Tatbestände und die Bagatelldelikte.

### Redundante Tatbestände

Manchmal verspürt der Gesetzgeber ein tagespolitisch motiviertes Bedürfnis, eine bestimmte Erscheinungsform eines Delikts, das bereits strafbar ist, nach der Devise ›doppelt genäht hält besser‹ noch einmal extra (in einem eigenständigen Paragraphen) zu erwähnen. Das war 1938 so, als aus aktuellem Anlass der Tatbestand des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer eingeflochten wurde, und das ist heute noch so, wenn bestimmte Formen der Nötigung und der Körperverletzung noch einmal extra vertatbestandlicht werden.

Von der Nutzung der Strafgesetzgebung für gesellschaftspolitische Akzentsetzungen dieser Art ist jedoch abzuraten. Nicht nur, weil es für derlei die vielen nicht-legislativen Optionen politischer Initiativen, Wertungen und Aktionsprogramme gibt, sondern vor allem, weil redundante Kriminalisierungen zu einer Re-Materialisierung des Formalrechts tendieren, die sowohl der Arbeitsteilung zwischen legislativer Bestimmung des Strafrahmens und dessen justizieller Ausfüllung im Einzelfall zuwiderläuft als auch tendenziell die Gleichheit aller vor dem Gesetz in Frage stellt.

<sup>12</sup> Hoven, 2017a (Fn. 10)

Insofern wäre angesichts der Existenz der Raub- und der Tötungs-Tatbestände (§§ 249 ff., 211 ff.) der Verzicht auf § 316a StGB (Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) eher ein Gewinn. Dasselbe Sparsamkeitsgebot – *lex parsimoniae* – sollte auch für die §§ 113, 226a und 237 StGB gelten (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte; Verstümmelung weiblicher Genitalien, Zwangsheirat), deren Unrechtsgehalt auf entsprechende Weise schon durch die §§ 224-226 und 240 StGB abgedeckt ist.

Dagegen ließe sich einwenden, dass von einer Aufhebung der fraglichen Vorschriften das falsche Signal ausginge. Das ist insofern richtig, als das eben logischerweise die Kehrseite der erwünschten Propagandawirkung symbolischer Gesetzgebung ist: Wer Strafgesetzgebung nicht so sehr im Hinblick auf dauerhaften notwendigen Rechtsgüterschutz betreibt, sondern vor allem im Hinblick auf den Augenblickseffekt im Akt der Gesetzgebung selbst, riskiert natürlich einen entgegengesetzten Symboleffekt in der Stunde der Rücknahme. Nun ist die Politik aber keineswegs darauf angewiesen, einfach abzuwarten, wie ein solcher Akt verstanden oder missverstanden wird. Regierungen, Parlamente und Parteien verfügen über privilegierte Möglichkeiten, sich der Öffentlichkeit mitzuteilen und Missverständnissen vorzubeugen. Die Aufhebung redundanter Vorschriften erfolgt ja nicht im luftleeren Raum, sondern kann und sollte inhaltlich begründet und diskursiv vorbereitet, begleitet und nachbereitet werden. Insofern ist das Dauerargument von Reformgegnern, diese oder jene Aufhebung von objektiv überflüssigen oder kontraproduktiven Gesetzen könnte in der Öffentlichkeit falsch verstanden werden, wenig überzeugend. Wer etwas Richtiges zu tun unterlässt, weil er glaubt, die Menschen würden es falsch verstehen, hat meist andere Motive für seine Haltung, die er mit diesem Argument verschleiert – oder hat tatsächlich selber etwas nicht verstanden.

### Bagatellen

Vor allem ist es Zeit, Bagatellunrecht kategorisch aus der Sinnprovinz der Kriminalität auszuschließen. Anläufe dazu gab es immer wieder – einschließlich Bundesratsinitiativen, Petitionen und Gesetzentwürfen von Oppositionsparteien im Bundestag. Dass all das bislang fruchtlos blieb, ist bedauerlich. Nicht umsonst wird das Strafrecht

immer wieder auch als das schärfste Schwert des Staates bezeichnet – als Instrument, das nicht zur Beseitigung von bloßen Störungen der Ordnung und auch nicht zur Behebung jeglicher Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit taugt, sondern dessen Einsatz der Ahndung schwersten Unrechts vorbehalten ist. Man zückt das Schwert ja nicht bei jeder Kleinigkeit: *de minimis non curat lex*.<sup>13</sup>

Die Kriminalstrafe als außergewöhnliche staatliche Machtdemonstration wirkt gegenüber Bagatelldelikten – meist von sozial desintegrierten und verarmten Individuen und eher aus Planlosigkeit und situativer Überforderung denn rechtsfeindlicher Absicht begangen – deplatziert, übertrieben, und in der Praxis oftmals völlig grotesk.<sup>14</sup>

Massendelikte mit typischerweise geringem Unrechtsgehalt sind zum Beispiel:

- der *Ladendiebstahl* und die Unterschlagung geringwertiger Sachen (§§ 242, b, 246, 263 StGB; dazu Albrecht et al. 1992 a, b, 1996);

13 Die Kriminalstrafe darf erst da zum Zuge kommen, wo es um die Ahndung von Taten geht, die »in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unter Menschen unerträglich« sind (BVerfGE 88, 208, 257 f.). Das ergibt sich schon – in der Theorie zumindest – aus den bekanntesten strafrechtswissenschaftlichen Grundsätzen, die hinter den Stichworten vom fragmentarischen Charakter, von der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität des Strafrechts stehen und die allesamt in dem Gebot kulminieren, dass der Staat nur dann zum Mittel der Kriminalisierung greifen darf, wenn alle anderen Mittel erschöpft sind und sich als wirkungslos erwiesen haben. Für die Vorbeugung und Bearbeitung allgemeiner Risiken und Störungen im gesellschaftlichen Prozess gibt es das Zivil- und das Verwaltungsrecht mit seinem hochdifferenzierten und keineswegs zahnlosen Instrumentarium (von Auflagen, Betriebsschließungen, Bußgeldern und der Rücknahme von Erlaubnissen und Genehmigungen über Schadensersatz, Schmerzensgeld und Störerhaftung bis zur Zwangsvollstreckung).

14 Hinzu kommt: Als Demonstration machtvoller Vergeltung ist die Kriminalstrafe zugleich ein Offenbarungseid. Wie hilflos ist es doch, auf die heiße Grausamkeit eines schweren Verbrechens nicht klüger, nicht humaner und nicht effektiver zu reagieren, als mit der kalten Grausamkeit der Wiedervergeltung.

- das *Schwarzfahren* (Beförderungserschleichung nach § 265a StGB)<sup>15</sup>
- der *Konsum von Cannabis und anderen Freizeitdrogen* mit allem, was an Anbau, Erwerb, Weitergabe, Besitz usw. sozialtypisch dazugehört;<sup>16</sup>
- die *Unfall- bzw. Fahrerflucht* (§ 142 StGB Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort)<sup>17</sup> und

15 Das Schwarzfahren ist sozusagen das Falschparken der Autolosen. Dennoch ist dieses bloße Ordnungswidrigkeit, jedes fahrscheinloses U-Bahn-Fahren hingegen schon eine Straftat. Das macht keinen Sinn. Meist sind es junge Leute (denen man auch nichtstrafrechtliche Denkkzettel verpassen kann und sollte) oder es sind Arme und Desorganisierte, die einerseits auf den öffentlichen Nahverkehr angewiesen sind, andererseits aber weder die Fahrscheine noch die erhöhten Beförderungsentgelte und die Geldstrafen zahlen können und dann (immerhin zu Tausenden) die Gefängnisse in unserem reichen Land bevölkern. Ihr aus der Not geborenes Verhalten ist kein schweres Unrecht und mithin keine Kriminalität. Entkriminalisierung ist hier das Gebot der Stunde. Und auch die ebenso ungerechte wie unsoziale und überaus unzweckmäßige Institution der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB) kann und muss gleich mit abgeschafft werden (*Feest, Johannes, Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe* (§ 43 StGB). Eine Petition mit Fußnoten. In: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 2016, S. 491-494).

16 Der Freizeitgebrauch von Drogen ist im Rechtsstaat erst dann eine Angelegenheit des Strafrechts, wenn Dritte geschädigt werden. Für den Fall des Alkoholkonsums ist das im deutschen Recht grundsätzlich angemessen geregelt, für den Konsum von BtMG-Drogen (noch) nicht. Die Entkriminalisierung der Konsumsphäre in Portugal (2001) hat durch die Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit schon manches verbessert; dem Recht auf Selbstbestimmung über die private Lebensgestaltung entspricht aber erst die Legalisierung (*Husak, Douglas, Drugs and Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992; *Nestler, Cornelius, Das Verbot weicher Drogen*, in: ZStW 2017, S. 467 - 472, *Böllinger, Lorenz, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots*, NEUE KRIMINALPOLITIK 30, 2018, S. 239-257). – Übrigens sind außerstrafrechtliche Wirkmechanismen auch gesundheitspolitisch effektiver: Während die Anti-Raucher-Politik funktioniert (die Zahl der Raucher geht zurück und die verbliebenen rauchen weniger und leichtere Zigaretten; *Pierce, J.P. et al. (2011) Prevalence of Heavy Smoking in California and the United States, 1965-2007. JAMA: THE JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION*, 2011; 305 (11): 1106 DOI: 10.1001/jama.2011.334), hat der Krieg gegen die Drogen trotz enormer Kosten in den vergangenen Dekaden weder die Ware verknappen noch die Zahl der Konsumenten verringern können (*Werb, Dan et al., The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems*. In: *BMJ Open* 2013 <http://bmjopen.bmj.com/content/3/9/e003077>). Möglicherweise ist es also weniger die Intensität als die Intelligenz einer Drogenpolitik, die über den Erfolg entscheidet. Und das Schwert des Strafrechts ist hier, wie so oft im Bereich menschlichen Verhaltens, nicht die beste Wahl.

17 Der zivilrechtliche Zweck des § 142 StGB ließe sich auch ohne Strafrecht erreichen. Dafür gibt es Vorbilder im europäischen Ausland – oder auch Konzepte wie das eines neutralen Online-Melderegisters, das das Verweilen am Unfallort entbehrlich macht und die Schadensregulierung einleitet, ohne dass der Verursacher sich direkt (entgegen dem *nemo tenetur* Grundsatz) der Strafverfolgung aussetzen muss (*Kubatta, Ziva, Zur Reformbedürftigkeit der Verkehrsunfallflucht* (§ 142 StGB). Göttingen: Universitätsverlag, 2008).

- die *Verletzung der Unterhaltspflicht* nach § 170 StGB<sup>18</sup>;
- das *Eigendoping* (§ 4 Anti-Doping-Gesetz);<sup>19</sup>
- das *Herunterladen von Musikstücken* für den privaten Gebrauch (§ 106 Urheberrechtsgesetz).<sup>20</sup>

Außerdem erreichen auch viele Ärgernisse und Störungen *der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung* nicht mehr einfach so den notwendigen Grad der Erheblichkeit. Gute Kandidaten für eine legalisierende oder zumindest transformierende (d.h. zur Ordnungswidrigkeit herabstufende) Entkriminalisierung sind zum Beispiel die Doppellehe bzw. doppelte Lebenspartnerschaft (§ 172 StGB), der Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB), Exhibitionistische Handlungen (§ 183 StGB), Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB), Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184 f. StGB), Tierpornographie (§ 184a 2. Alt. StGB), Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b StGB) und Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB).

Damit wollen wir die Vorschläge zur Entrümpelung dann aber auch schon vorläufig abschließen. Zwar gibt es noch die verfassungswidrigen, die systemwidrigen und die rechtsgutslosen Tatbestände, ganz zu schweigen von Lobby-Tatbeständen und denen im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen,<sup>21</sup> doch kann man sich sicherlich lange darüber streiten, in welchen Fällen die zum Begriff des Gerümpels

18 Mit dem § 170 StGB macht sich die Strafjustiz zum Büttel von Jugend- und Sozialämtern, was aber den Unterhaltsberechtigten nicht unbedingt hilft – im Gegenteil kann die Bestrafung des Unterhaltspflichtigen leicht alles noch weiter verkomplizieren. Es zahlt sich letztlich für niemanden aus, mit der Brechstange in ein Gebiet hineinzuregieren, von dem das Strafrecht wenig versteht und wo es wenig Konstruktives bewirken, aber viel Schaden anrichten kann.

19 Diese Vorschrift ignoriert das Subsidiaritätsprinzip zugunsten einer vielleicht populären, aber praktisch folgenlosen Regelung (näher: *Bott, Ingo & Mitsch*, Wolfgang, Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings. KRiPoZ H. 3 2016, S. 159-168; Kreuzer 2017 (Fn. 7)).

20 Ein Lobby-Gesetz: von der Musikindustrie mittels einer Kampagne (»Raubkopierer sind Verbrecher«) unter Außerachtlassung des Subsidiaritätsgrundsatzes durchgedrückt (*Albach, Gregor*, Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet. Norderstedt: BoD 2015). Angesichts der Kanonen, mit denen man hier auf die Spatzen privater nicht-kommerzieller Aktivitäten schießt, aber auch angesichts der Existenz zivilrechtlicher Möglichkeiten, mit entsprechenden Problemen besser und effektiver umzugehen, ein Fall von Überkriminalisierung.

21 Hoven 2017a (Fn. 10)

gehörende (gewisse) Evidenz der Entbehrlichkeit vorliegt und in welchen nicht.<sup>22</sup>

## II. ENTKRIMINALISIERUNG

Kandidaten für eine Entkriminalisierung sind alle Straftatbestände, die:

1. vom Unrechtsgehalt her nicht strafwürdig sind, und
2. deren legitimes Regelungsziel ebenso gut oder besser ohne Strafrecht erreicht werden kann.

Diese beiden Grundsätze unterscheiden den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von allen anderen Regierungsformen. Nur hier kann und muss die Existenzberechtigung von Strafgesetzen von ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne abhängig gemacht werden, und nur hier ist das Strafrecht (deshalb) auch subsidiär im Verhältnis zu anderen Regierungsformen. Idealerweise ist das Strafrecht im freiheitlichen Rechtsstaat eben kein Steuerungsmittel wie jedes andere auch, sondern darf nur als *ultima ratio* zum Einsatz kommen – hat also dort nichts verloren, wo mildere Sanktionen genügen oder wo es überhaupt andere Mittel gibt, um ein legitimes Ziel ebenso gut oder sogar besser zu erreichen. Strafgesetze, die über dieses erforderliche Maß hinaus existieren, sind zurückzunehmen. Nimmt man das alles ernst (von der Verfassungsrechtsprechung werden all diese Fragen gerne zugunsten einer Proklamation gesetzgeberischer Prärogativen weiträumig umfahren; für die Wissenschaft gibt es aber keinen Grund, es ihr gleichzutun), dann melden sich automatisch einige starke Kandidaten für eine Entkriminalisierung, nämlich jedenfalls in den Kategorien:

22 So kann man zum Beispiel den Tatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB) aus gutem Grund für einen Verstoß gegen die Menschenwürde und die allgemeine Handlungsfreiheit (Artikel 1 und 2 GG), für einen Verstoß gegen die Akzessorietätsregeln (strafbare Beihilfe zu strafloser Haupttat) und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und aus diesen und noch mehr Gründen für verfassungswidrig und daher durchaus entbehrlich halten. Dennoch würde es angesichts des starken Rückhalts, den sie ganz offenbar im Wertehimmel weiter Bevölkerungskreise (und insbesondere in Kirchenkreisen) genießt, womöglich wenig goutiert werden, § 217 StGB als Gerümpel zu bezeichnen.

## 1. Private Unerwünschtheiten

Es gibt einen Kernbereich freier individueller Lebensgestaltung, der frei sein muss von allen Versuchen strafrechtlicher Steuerung. Das ist auch von der Verfassungsrechtsprechung wiederholt betont worden, wenngleich es an einer Präzisierung von Inhalt und Grenzen in der Strafrechtswissenschaft (wie in der Rechtsprechung selbst) noch mangelt.<sup>23</sup> Der Grundgedanke ist freilich klar. Der Staat kann sich zum Beispiel zum Ziel setzen, den Fleischkonsum der Bevölkerung (aus Gründen des Umwelt- und des Gesundheitsschutzes) zu senken und kann dafür alle möglichen Aktivitäten der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, des Umweltbundesamtes usw. finanzieren, aber er darf keine strafbewehrten Schnitzel- und keine Frikadellenverbote erlassen. Dasselbe gilt im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat natürlich auch für die Selbstbestimmung in Bezug auf das persönliche Erscheinungsbild (Kleidung, Frisur etc.), auf Freizeitaktivitäten (Chillen oder Motocross), auf die sexuelle Orientierung (homosexuell, heterosexuell, bisexuell) und auf die Religionszugehörigkeit.<sup>24</sup> Zu diesem strafrechtsfreien Bereich privater Lebensgestaltung kann die Selbstbestimmung über die Gestaltung des eigenen Lebensendes nicht ausgenommen bleiben. Zum Kernbereich menschlicher Autonomie gehört mithin auch die Antwort, die ein Mensch auf die ganz persönliche Frage findet, wie er zum Suizid steht und ob und gegebenenfalls welche Hilfe er zur Beendigung des eigenen Lebens in Anspruch nehmen möchte.

Die pauschale Strafdrohung des § 217 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) ist überaus widersprüchlich. Erstens war es erklärte Absicht des Gesetzgebers, die Selbstbestimmung am Lebensende vor ungewollter Beeinflussung zu bewahren; doch verboten wird gerade die Realisierung der Hilfe, die das mündige Individuum am Lebensende ausdrücklich will. Zweitens ist es systemwidrig (und

<sup>23</sup> Greco, Luis, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, S. 234–238

<sup>24</sup> Letzteres gab es natürlich zur Zeit des Augsburger Religionsfriedens (1555) noch lange nicht (*cuius regio eius religio*), aber auch Vorletzteres gibt es noch nicht lange (man gehe zurück in das Jahr 1957 und lese dafür BVerfGE 6, 389 zum Recht des Staates auf Kriminalisierung der Homosexualität: was vor einem halben Jahrhundert noch strafbar war, ist heute gutes Recht und legitimer Lebensstil, geschützt von Art. 1, 2 und 3 des Grundgesetzes).

widerspricht zudem der Logik), eine Hilfeleistung strafbar zu machen, wenn die Handlung, zu der die Hilfe geleistet wird, selbst nicht strafbar ist. Die Tatsache ihrer »Geschäftsmäßigkeit« selbst kann es ja wohl nicht sein – denn Ärzte helfen in aller Regel nicht unentgeltlich und es gibt keinen Grund, sie in diesem schwierigen Bereich auf *pro bono* zu verpflichten. Sollte das Kriterium der Geschäftsmäßigkeit andeuten, dass der Gesetzgeber etwas gegen unseriöse Geschäftemacher unternehmen wollte, dann wäre das natürlich in Ordnung. Aber wozu dann auch die seriösen Helfer bestrafen? Und warum sollte zur Verhinderung unseriöser Akteure nicht das Vereins- und Gewerbe-recht als schnelleres und effektiveres Mittel genügen?

Das Gegenargument der Befürworter des § 217 StGB gegen die holländische Regelung in den Artikeln 293 II und 294 II nStGB (es könne zu Implementierungsproblemen kommen und so ein Gesetz könnte missverstanden werden) überzeugt nicht, denn das sind übliche Probleme, gegen die auch etwas getan werden kann. Auch kann es kein Trost sein, dass sich z.B. Palliativmediziner, die dem Wunsch eines Sterbenden nach Assistenz beim Suizid nachkommen wollen, »nicht in jedem Fall strafbar machen«.<sup>25</sup> In Holland jedenfalls gibt es klare Regeln (Einschaltung von Ärzten, Hinterfragung des Suizid-Entschlusses unter Erörterung von Alternativen, Kontrolle des gesamten Prozesses durch eine ansonsten nichtbeteiligte Person usw.). Demgegenüber kann die deutsche Lösung mit ihrer pauschalierenden Strafbarkeit nur ein Resultat haben: Ungeachtet einer möglicherweise hohen Zahl berechtigter Sterbewünsche bleibt die Zahl assistierter Suizide extrem niedrig. Das ergibt dann sicherlich niedrigere Suizidraten als etwa in Holland,<sup>26</sup> doch dahinter würde sich ein höchst problematischer Lebensschutz auf Kosten derjenigen verbergen, die gegen ihren Wunsch zum Weiterleben und Weiterleiden gezwungen würden.

Auch in § 218 StGB kolonialisiert der strafende Staat einen privaten Bereich der Lebensgestaltung. Die Schärfe des Konflikts um das Grundrecht auf Abtreibung hat zwar seit der Herabstufung vom

<sup>25</sup> Tolmein, Oliver & Radbruch, Lukas, Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Balanceakt in der Palliativmedizin. DEUTSCHES ÄRZTEBLATT 114, 2017, S. 627-634

<sup>26</sup> Boer, Theo A., Dialectics of lead: fifty years of Dutch euthanasia and its lessons. INTERNATIONAL JOURNAL OF ENVIRONMENTAL STUDIES, 25 January 2018

Verbrechen zum Vergehen (1969) und der Einführung der Fristenlösung mit Beratungspflicht und Wartefrist (1994) abgenommen. Die prinzipielle Ungerechtigkeit gegenüber den schwangeren Frauen blieb aber bestehen. Normalerweise hat das strafrechtliche Verbot, etwas zu tun (zu stehlen, zu rauben, zu töten), keine langdauernden und lebensverändernden Folgen für die Normadressaten. Insofern ist das Verbot der Abtreibung etwas Besonderes. Denn das Verbot abzutreiben zwingt die Schwangere in eine unendliche Folge weiterer Entscheidungen, die ihr gesamtes Leben verändern. Das geht gegen den Kern der Selbstbestimmung darüber, wie und als wer eine Person leben möchte. Kein Strafgesetz sollte zum Austragen einer Schwangerschaft zwingen. Es mag ein bevölkerungspolitisches Interesse (und eine weltanschauliche Wertorientierung) an der Geburt werdenden Lebens geben – eine rechtsstaatliche Begründung, dem Embryo eine eigenständige Rechtspersönlichkeit zuzuschreiben und damit ein Recht auf Geborenwerden erscheint hingegen sophistisch – nicht mehr und nicht weniger als die von der Rechtsprechung kreierte Idee einer Pflicht des Staates zum Erlass von Strafgesetzen zur Verhinderung von Abtreibungen. Grundrechte sollen die Staatsmacht begrenzen, nicht begründen oder erweitern.

Das Werbeverbot für Abtreibungen (§ 219a StGB) soll das Unrecht von Abtreibungen demonstrativ unterstreichen – deren ethisch-moralische Problematik soll sichtbar bleiben. Das mag als Ziel der Politik legitim sein und kann auf vielfältigen Wegen auch implementiert werden. Aber es sollte nicht auf strafrechtlichem Wege passieren und es sollte auch nicht auf einem Weg geschehen, der das Recht verletzt, sich und andere über ärztliche Leistungen umfassend zu informieren. Marktschreierische und irreführende Werbung ist Ärztinnen und Ärzten aufgrund allgemeiner Regeln sowieso untersagt. Dafür bedarf es keiner Sondervorschrift dieser Art.<sup>27</sup> Dem Staat und gesellschaftlichen Gruppen wie den Kirchen bleibt es unbenommen, für ihre gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen einzutreten und auch zu werben, solange sie die Rechte der Frauen respektieren. Die Strafdrohungen der §§ 218 bis 219a StGB aber sind mehr als nur einfach entbehrlich.

<sup>27</sup> Bähr, Julia, Straffrei, aber geächtet. Wie scheinheilig die Debatte um § 219a geführt wird. FAZ 24.2.2018, S. 11

Zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört auch die sexuelle Orientierung. Das ist für die Homosexualität inzwischen ja geklärt. Menschen mit einer pädosexuellen Veranlagung (sog. Kernpädagogie) sind allerdings in einer tragischen Situation: Ihre Veranlagung ist nun einmal da und als Teil ihrer Persönlichkeit zu respektieren – andererseits dürfen sie ihre sexuelle Orientierung nicht praktisch werden lassen (§ 176 StGB Sexueller Missbrauch von Kindern). Ob der komplexe Knoten dieses Dilemmas kommunikativ-helfend und betreuend aufgelöst werden kann oder am besten doch mit dem scharfen Schwert des Strafrechts durchschlagen werden sollte, ist Gegenstand einer mit Schärfe geführten Kulturkriege<sup>28</sup> – also einer Form der (kriminal-) politischen Auseinandersetzung, bei der von der Wissenschaft vor allem erwartet wird, dass sie die Vorannahmen der Krieger nicht in Frage stellen möge.<sup>29</sup>

## 2. Polizeiwidrige Gefährdungen ökonomisch-ökologischer Art

Die Tendenz zur Konstruktion großflächiger ökonomisch-ökologischer Rechtsgüter und zur Kriminalisierung ihrer (potentiellen) Gefährdung beförderte bestimmte Verhaltensweisen im Laufe weniger Jahrzehnte vom Status bloßen Verwaltungsungehorsams über das Neben- bis in das Kernstrafrecht, wo es allerdings auf die Frage nach der Eignung und Erforderlichkeit ausgerechnet des Strafrechts im Vergleich zum Verwaltungsrecht keine rechte Antwort weiß. Ganz unabhängig von der Frage, welche strafrechtsbegründende oder -begrenzende Funktion dem Rechtsgutsbegriff selbst (noch

<sup>28</sup> Hunter, James Davison, Culture Wars: The Struggle to Define America. New York: Basic Books 1991

<sup>29</sup> Zur Empirie: Sandfort, Theodorus & Brongersma, E., & van Naerssen, A., Male intergenerational intimacy. New York: Haworth Press 1991, Lautmann, Rüdiger, Die Lust am Kind. Porträt des Pädophilen. Hamburg: Ingrid Klein 1994, Rind, Bruce & Tromovitch, Philip & Bauserman, Robert, A Meta-Analytic Examination of Assumed Properties of Child Sexual Abuse Using College Samples. PSYCHOLOGICAL BULLETIN Vol. 124, 1, 1998, S. 22-53, Ulrich, Heather M.; Randolph, Mickey; Acheson, Shawn, »Child Sexual Abuse: A Replication of the Meta-analytic Examination of Child Sexual Abuse by Rind, Tromovitch, and Bauserman (1998)«. THE SCIENTIFIC REVIEW OF MENTAL HEALTH PRACTICE: objective investigations of controversial and unorthodox claims in clinical psychology, psychiatry and social work (SRMHP) 2005; grundsätzlicher zum Spannungsverhältnis von Jugendschutz und Selbstbestimmung vgl. Lenz, Hannah, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen. Baden-Baden: Nomos 2017.

oder wieder) zukommen kann oder sollte,<sup>30</sup> erscheint eine Befreiung des Strafrechts von dieser Last deshalb schon auf Grund des Ultima-Ratio-Grundsatzes angezeigt. Jedenfalls wäre es eine lohnende Aufgabe nachzuforschen, ob und wie sich etwa die §§ 264a und 329 StGB (Kapitalanlagebetrug; Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete) und Ähnliches durch effektive Reaktionen auf bloßes Verwaltungsunrecht ersetzen lassen.<sup>31</sup>

### 3. Politische Polizeiwidrigkeiten

Zwar kann die Konstruktion von Straftatbeständen zwecks Kriminalisierung politisch unerwünschter Meinungsäußerungen und Aktivitäten im ›Vorfeld des Vorfelds‹ von Rechtsgutsverletzungen auf eine lange (präkonstitutionelle) Tradition zurückblicken, doch sollte der Gesetzgeber im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat der Versuchung widerstehen, etwas, das von der Sache her bloßes Polizeiunrecht ist, zu einer eigenständigen Straftat aufzublasen. Das gilt auch und gerade für manche heiligen Kühe des Sicherheits- und Präventionsstaats wie

- das Verbreiten von Propagandamitteln (§ 86) und das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a);
- die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat (§ 89a StGB), die Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Straftat (§ 89b StGB) und die Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB);
- die Tatbestände betreffend kriminelle und terroristische Vereinigungen im Inland und im Ausland (§§ 129, 129a, b StGB) einschließlich ihrer prozessualen Anhängsel und
- die Volksverhetzung (§ 130 StGB) sowie die Beschimpfung von

<sup>30</sup> Hefendehl, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Köln u.a.: Heymann 2002, Greco 2008 (Fn. 23), Engländer, Armin, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht? ZStW 137, 2015, S. 616-634

<sup>31</sup> Für detaillierte Ausführungen zum Wirtschaftsstrafrecht und einen (schön optimistisch gestimmten) Ausblick auf die Modernisierung des Strafrechts im Kooperationsstaat siehe Kubiciel, Michael, Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. ZStW 129, 2017, S. 473-491; ders., Was wird aus dem Strafrecht? Koalitionsregierung und Kriminalpolitik – die Wissenschaft muss mit der Betrachtung der Wirklichkeit beginnen und ihre Leitbilder anpassen. FAZ 15.2.2018, S. 6).

Bekanntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 StGB).

Der Rechtsstaat sollte mit dem Verbot von Symbolen vorsichtig sein.<sup>32</sup> Aber auch mit dem Verbot von Karikaturen – selbst wenn diese bei den Betroffenen Anstoß erregen. Aktuell wird in der Öffentlichkeit vor allem die Abschaffung von § 166 StGB gefordert.<sup>33</sup> Im Grunde wird die inkriminierte Äußerung bei derlei *potenziellen Gefährdungsdelikten* erst zur Straftat, nachdem sie getätigt wurde und dann die Einschätzung erlaubt, dass sie den öffentlichen Frieden gefährden oder stören könnte – etwa weil eine Anstoß nehmende Person einer Gruppe angehört, bei der die Behörden mit einer Störung des öffentlichen Friedens rechnen können. Die berühmt-berüchtigte Kategorie des ›öffentlichen Friedens‹ ermöglicht aber gar keine Abgrenzung straflosen und strafbewehrten Verhaltens; sieht man das kriminelle (!) Unrecht in so etwas wie einer drohenden Trübung der Sicherheitserwartungen bei einer Mehrzahl von Bürger\*innen, dann bleibt das als Unrechtsbegründung immer noch zirkulär (soll diese doch nur durch eine Unrechtstat eintreten können, die deswegen als Unrechtstat gilt, weil sie für die Veranlassung einer solchen Eintrübung geeignet ist). Es gälte aber, den Unrechtsgehalt der Äußerung selbst zu begründen und ihn nicht durch den vermeintlichen Unrechtsgehalt des potentiellen Gefährdungserfolgs zu substituieren. Die Bemühtheit der Konstruktionen, die hier vorgeschlagen werden, zeigt allerdings schon, dass solche potentiell anstoßerregenden mündlichen oder schriftlichen Äußerungen im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen in Wirklichkeit gar keine Angelegenheit für das Kriminalrecht, sondern allenfalls schlichte Polizeiwidrigkeiten darstellen.

*A fortiori* gelten die gegen § 166 sprechenden Argumente auch für den Fall des § 130 StGB (Volksverhetzung). Wo mit einem Einzelfallgesetz das Bezweifeln oder Bestreiten ganz bestimmter historischer Vorgänge strafbedroht ist (§ 130 III StGB), verletzt man das Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Das kann durchaus kontraproduktiv wirken, indem es *prisoners of conscience* schafft und ist vor allem

<sup>32</sup> Reuter, Dirk, Verbotene Symbole. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zum Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a StGB. Baden-Baden: Nomos 2005

<sup>33</sup> Becker, Markus, Warum Blasphemie dazugehört. SPIEGEL-ONLINE 09.01.2015

ungerecht. Von den Problemen einer seinerzeit rein polizeitaktisch motivierten Strafgesetzgebung wie im Fall des § 130 IV StGB ganz zu schweigen.

### III. ERSETZUNG

Beschränkt man sich darauf, das Strafrecht Tatbestand für Tatbestand durchzumustern, dann verliert man leicht den Überblick und kommt vor allem womöglich nie zu den Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Kaum jemand verschwendet heutzutage noch einen Gedanken an die Frage, ob es vielleicht etwas gibt, das »besser als Strafrecht, das sowohl klüger als auch menschlicher als das Strafrecht wäre«. <sup>34</sup>

Dabei gäbe es für eine prinzipielle Kritik der strafenden Vernunft genügend Ansatzpunkte:

Der *erste* ist ein diskurstaktischer und gewissermaßen strafrechtspolitischer. Er besteht in der Erkenntnis, dass es eines Gegenpols zur tendenziell unbegrenzt strafwilligen Kriminalpolitik bedarf, und dass dieses Gegengewicht (nur) eine an Freiheit und Gerechtigkeit orientierte Strafrechtswissenschaft sein kann. Aufgabe der Wissenschaft ist die Kritik, nicht die Förderung staatlichen Strafens: »In der Sache bedeutet dies eine abolitionistische Perspektive, also eine Perspektive der Entkriminalisierung«. <sup>35</sup>

Der *zweite* ist ein historisch-genealogischer. Das System peinlicher Strafen – und damit »unser« Strafrecht mit der Freiheitsstrafe und in manchen Staaten auch mit der Todesstrafe – entstand aus dem Umgang mit Sklaven und anderen Unfreien. <sup>36</sup> Im frühen Mittelalter war so etwas für Freie noch undenkbar. Unter freien Menschen gab es als Reaktion z.B. auf Tötungen keine Eingriffe in Leib, Leben oder Bewegungsfreiheit des Täters. Die Folge von Unrecht bestand in Sühneverträgen und Sühneleistungen zwischen den beteiligten Sippen. Es gab

<sup>34</sup> Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 1932, S. 403. Vielleicht ist es die Angst vor der Antwort, die uns zurückhält. Im Erfolgsfall hätten wir ja nach unseren eigenen Prinzipien gar keine andere Wahl, als unverzüglich eine umfassende Entkriminalisierung in Gang zu setzen. Dieser Prozess wäre nicht auf einzelne Strafbestimmungen begrenzt, sondern es ginge ums Ganze. Und der Gedanke ist dann doch ein bisschen unheimlich.

<sup>35</sup> Vormbaum 2011 (Fn. 5), S. 41

<sup>36</sup> Sellin, Thorsten, Slavery and the Penal System. New York, Oxford: Elsevier, 1976

also Verpflichtungen, die zu erfüllen waren, und wenn die Leistungen erbracht waren, gab es wieder Frieden, wobei die leistende Partei per »Gleichheitseid« zum Ausdruck brachte, dass die erbrachte Leistung im umgekehrten Fall auch ihr selbst genügen würde: »Umarmung und Friedenskuss konnten den Sühnevorgang beschließen«. <sup>37</sup> Erst im Hochmittelalter kam es zur Ausdehnung des Sklavenrechts auf Freie, die dadurch allmählich zu Untertanen einer sich absolutistisch gebärdenden Herrschaft wurden. Untertanen blieben die Menschen dann bis zur Etablierung demokratischer Verhältnisse. Zur vollständigen Emanzipation gehört auch die Überwindung des Strafrechts durch ein menschenwürdiges System von Unrechtsfolgen.

Der *dritte* ist ein soziologischer. Strafrecht trifft noch heute vor allem die Armen, die Angehörigen von Minderheiten, die Benachteiligten, die Unterdrückten, die Zurückgebliebenen, die Gestörten und die anwaltlich unzulänglich Vertretenen. Gegen diese Menschen holt die Gesellschaft mit der Strafe nach, was sie für sie zu tun versäumte. Man macht sich keine Vorstellung von der Art, wie mit den vielen Millionen Häftlingen, die es heute weltweit gibt, faktisch umgegangen wird – eher wie mit Tieren oder Sachen und jedenfalls bei weitem nicht so, wie es die Menschenwürde und die von den Vereinten Nationen beschlossenen Mindeststandards für die Behandlung von Gefangenen – die seit Dezember 2015 so genannten Nelson Mandela Rules – fordern.

Der *vierte* ist ein politikwissenschaftlicher. Das Strafrecht ist klassisches Subordinationsrecht. Für die Steuerung gesellschaftlicher Prozesse durch Befehl und Gehorsam ist der Staat in einer Demokratie aber nur noch sehr begrenzt legitimiert und befähigt. Der Wandel vom autoritären Subordinations- zum kooperativen Verhandlungsstaat wird auch vor der Rahmung und Regelung von Konflikten nicht haltmachen.

Der *fünfte* ist ein rechtssoziologischer. Die aktuelle Entwicklung des Strafrechts zeigt zugleich die Grenzen seiner Modernisierbarkeit. Versuche, das Strafrecht von konditionaler auf Zweckprogrammierung umzustellen und es durch den Einbau von Rückkopplungsme-

<sup>37</sup> Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1983, S. 24

chanismen (reflexives Recht) zu einem hochflexiblen Steuerungsinstrument zu machen, sind mit der freiheitsschützenden und strafbegrenzenden Funktion des liberalen Strafrechts unvereinbar. Besser geeignet wäre hier ein Koordinationsrecht, das auf der Rechtsfolgen-seite dann nicht mit Strafe, sondern mit *smart sanctions* und *soft power* arbeitete.

Der *sechste* ist ein ideengeschichtlicher. Im liberalen Rechtsstaat sind alle Eingriffe in die Freiheitssphäre der Bürger so gering wie möglich zu halten. Der Satz *Cesare Beccarias*,<sup>38</sup> dass jeder Akt der Herrschaft eines Menschen über einen Menschen, der nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, tyrannisch ist, gilt auch und gerade für die Normen des Strafrechts. Was nicht unbedingt erforderlich ist, ist nicht verhältnismäßig, ist nicht *ultima ratio*, ist nicht verfassungsgemäß, ist nicht erlaubt und nicht zu tolerieren.

Der *siebte* ergibt sich aus der Krise des Gefängnisses. Wenn es sich herausstellt, dass die Freiheitsstrafe im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat nicht mehr zulässig, nicht mehr zeitgemäß oder auch nur nicht mehr gewollt ist und abgeschafft gehört,<sup>39</sup> dann wäre damit auch die Frage nach der Notwendigkeit des Strafrechts (implizit und im negativen Sinne) beantwortet. Denn als Nachfolgerin der früheren Körper- und Leibesstrafen ist die Freiheitsstrafe das, was das Strafrecht wesentlich von anderen Sanktionen in anderen Rechtsge-

38 *Beccaria*, Cesare, Über Verbrechen und Strafen. Frankfurt a.M.: Insel 1764/1966, S. 52

39 Der Gefängnisstrafe liegen drei Annahmen zugrunde: Erstens, dass es vertretbar ist, Menschen zur Vergeltung ihrer Missetaten in Zellen einzusperrern – in Zellen, notabene, die manchmal nicht viel anders als Käfige aussehen und jedenfalls in der Regel wie Käfige funktionieren; zweitens, dass eine Kombination der *pains of imprisonment* mit Hilfsangeboten geeignet ist, Straftäter von künftigen Delikten abzuhalten; drittens, dass die Freiheitsstrafe ein notwendiges Übel darstellt, um die Sicherheit der Bevölkerung nicht aufs Spiel zu setzen. Erstens verhält sich aber die Käfighaltung von Menschen zur Menschenwürde wie Feuer zu Eis; zweitens gleicht auch noch die beste Hilfe durch psychologische Fachdienste allenfalls die Haftschäden aus (manchmal erreichen sie mehr, meistens weniger) und drittens erfordert die öffentliche Sicherheit zwar tatsächlich Freiheitsentzug bei den *dangerous few*: doch da geht es nicht um Strafe, sondern um Sicherung, also menschenwürdige Unterbringung in nicht-straftendem, respektvollen Ambiente. Dass Zellengefängnisse und Käfighaltung dann ausgeschlossen sind, versteht sich von selbst. Dessen ungeachtet ist es an der Zeit, das Gefängnis als Strafsanktion abzuschaffen und es, wie die kanadischen Quäker in ihrer *Minute on Prison Abolition* (1981) vorschlugen (Minute on Prison Abolition (1981) Approved by Canadian Yearly Meeting of the Religious Society of Friends in 1981 <http://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2011/05/CYM-Minute-on-Prison-Abolition.pdf> (Zugriff 28.07.2018)), so bald und so beharrlich wie möglich durch nicht-punitiv, lebensbejahende und versöhnende Antworten zu ersetzen.

bieten unterscheidet. Mit *Klaus Lüderssen*<sup>40</sup> kann man davon ausgehen, dass ein Strafrechtssystem, das sich vom Gefängnis befreit haben wird und deshalb nur noch die Geldstrafe kennt, »das eigentliche Odium des öffentlichen Strafens bereits abgestreift haben wird und die Verschmelzung dieses Systems mit anderen Systemen, welche um Zweckrationalität und Gewährleistung von Autonomie im staatlich-gesellschaftlichen Umgang mit schweren Interessenverletzungen bemüht sind, kein Problem mehr sein wird.« – »Die zu Ende gedachte Aufklärung könnte also zur Abschaffung der Strafe schlechthin führen.«

Der *achte* ist ein utopisch-gedankenexperimenteller, den einst *Gerhard Mauz*<sup>41</sup> formulierte, als er schrieb:

»Es muss nicht bis zum Ende aller Tage angeklagt und verurteilt werden. Über die Verstöße gegen unsere Vereinbarungen, die wir Gesetze nennen, als hätten wir sie wie Moses vom Berge herabgebracht, kann auch solidarisch verhandelt, sie können auch leidenschaftslos ausgetragen werden (so jedenfalls, dass nicht noch mehr Leid entsteht, so schon gelitten wird). – Es setzt dies nur voraus, dass wir darauf verzichten, über Menschen zu befinden; dass wir uns dazu entschließen, mit ihnen, für sie und damit auch für uns nach Lösungen zu trachten. – Eine Utopie? Eine Utopie ist wohl eher die Vorstellung, es könne unsere Mühe um den Austrag der Konflikte, die im Zusammenhang mit unseren Vereinbarungen entstehen, für alle Zeit im Anklagen und Verurteilen am Ziel sein – in einem Recht, das über uns richtet. Eine Utopie ist doch wohl eher die Vorstellung, wir könnten für alle Zeit damit am Ziel sein, dass wir strafen.«

Der *neunte* ergibt sich aus der Tatsache der Existenz von radikalen Alternativen zum Strafen, die bereits ihr Funktionieren unter Beweis gestellt haben. *Restorative* und *Transformative Justice* zeitigen

40 *Lüderssen*, Klaus, Abschaffen des Strafens? Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995, S. 415

41 *Mauz*, Gerhard, Das Spiel von Schuld und Sühne. Die Zukunft der Strafjustiz. Düsseldorf: Diederichs, 1975, S. 7

meist bessere Ergebnisse als der traditionelle Gang des Strafrechts.<sup>42</sup> Es gibt eben auch andere *reordering rituals* als nur den Strafprozess - wie zum Beispiel Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, Täter-Opfer-Ausgleich, *Restorative* und *Transformative Justice*, und weitere können erfunden werden. Das Strafrecht ist eng und autoritär, indem es nach dem Normbruch, dem Schuldigen und der Strafe sucht. Es geht aber auch anders. Zum Beispiel können die Opfer im Mittelpunkt stehen und das, was sie erlitten haben, ebenso wie das herausgearbeitet werden könnte, was zu einer Wiedergutmachung oder zu einer verbesserten Veränderungen der Situation erforderlich wäre - und erst dann wäre zu fragen, wer was dazu beisteuern könnte, sollte, müsste. Spätestens beim ›Sollte‹ wird dann auch ausführlich über die Verpflichtungen des ›Täters‹ gesprochen. Ihm wird jedenfalls nichts gegen seinen Willen auferlegt. An ihm wird auch nichts ›vollzogen‹, schon gar keine Strafe. Es geht nicht um Rache, sondern um *restoration* und *transformation* durch eine Übereinkunft zwischen allen *stakeholders*. Es ist die Kraft des den Täter stützenden und fordernden Kollektivs, das ihn für verantwortlich hält und dem gegenüber er sich verantwortlich fühlt.<sup>43</sup>

42 Sherman, Lawrence W., Strang, Heather, Mayo-Wilson, Evan, Woods, Daniel J., Ariel, Barak, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review. JOURNAL OF QUANTITATIVE CRIMINOLOGY 31, 1, 2015, S. 1-24; Sherman, Lawrence W., Strang, Heather, Barnes, Geoffrey, Woods, Daniel J., Bennett, Sarah, Inkpen, Nova, et al., Twelve experiments in restorative justice: the Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences. JOURNAL OF EXPERIMENTAL CRIMINOLOGY 11, 4, 2002, S. 501-540; Braithwaite, John, Restorative Justice and Responsive Regulation. New York: Oxford University Press 2002; Braithwaite, John, Principles of restorative justice, in: Andrew von Hirsch et al., eds., Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford: Hart 2003

43 Das funktioniert natürlich nur bei Freiwilligkeit von Tätern und Opfern. Für die anderen Fälle muss vielleicht das traditionelle Prozedere bereitstehen. Kein Opfer wäre zur Kommunikation mit den Tätern gezwungen, kein Täter wäre der *community* ausgeliefert - es gäbe jederzeit die Möglichkeit des Hinüberwechslens in das Gerichtsverfahren. Die Gerichte aber könnten also wieder sorgfältig und skrupelhaft arbeiten. - Wolfgang Naucke (Naucke, Wolfgang), Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff. Wiesbaden: F. Steiner, 1985), Klaus Lüderssen (Lüderssen 1995 (Fn. 38)) und Winfried Hassemer (Hassemer, Winfried, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer. Berlin: Ullstein 2009) waren wesentlich skeptischer gegenüber der Ersetzung staatlichen Strafrechts durch eine originär gesellschaftliche Konfliktregelung als etwa Alessandro Baratta (1988) und Nils Christie (Christie, Nils, Conflicts as Property. BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY, DELINQUENCY AND DEVIANT SOCIAL BEHAVIOUR, 17, 1977, S. 1-15). Aber auch Baratta plädierte (ähnlich wie Naucke) für ein Minimalstrafrecht, und selbst Christie (Christie, Nils (2016) Fünf drohende Gefahren für Restorative Justice. TOA-MAGAZIN 1, 2016, S. 4-9) war in späteren Jahren dafür zu haben: eben als *ultima ratio*, wenn es anders nicht ging (vgl. zu allem auch Braithwaite 2002, 2003 (Fn. 40)).

Strafgesetze entstehen aus einem von vielen Akteuren beeinflussten Prozess selektiver Thematisierung, einem Prozess des Sortierens, Assoziierens, Hervorhebens, Weglassens und Dramatisierens, wodurch das Phänomen, das man bekämpfen will, in gewisser Weise erst seine passende Form, wenn nicht sein Wesen, erhält. Diese Rahmung ist nicht alternativlos, so wie die kriminelle Karriere eines Individuums nicht alternativlos ist, sondern ebenfalls durch eine andere Rahmung eine andere Richtung nehmen könnte. Nach einer Phase der Anbetung des Staates und seines Strafrechts im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert ist man heute nüchterner und kann schon Bescheid wissen über die kontraproduktiven Folgen der Kriminalisierung. Und da es bei längerem Nachdenken nicht einmal unwahrscheinlich ist, dass es - entschlösse man sich denn, den Betrieb der Strafgesetzgebung, Strafjustiz und des Strafvollzugs einfach einzustellen - statt eines Anstiegs einen Rückgang der Verhaltensweisen gäbe, die wir jetzt als kriminell bezeichnen, läge es in unser aller Interesse, sich wieder verstärkt mit den Grundfragen sozialer Ordnung und sozialer Kontrolle auseinanderzusetzen. Dass ausgerechnet die Institution des Strafrechts (geschweige denn des Gefängnisses) wegweisend für die Zukunft sein sollte, darf nicht nur bezweifelt, es sollte auch verhindert werden.