

Erster Teil: Grundlagen

§ 1 Subsidiarität des Strafrechts

Fall 1: Der Polizeibeamte P, der nicht im Dienst ist, verbringt den Silvesterabend bei seiner Geliebten G. Beide trinken zuviel Alkohol, was verhängnisvolle Folgen hat: Sie geraten aus nichtigem Anlass in Streit. Wütend verlässt P die Wohnung der G, setzt sich ans Steuer seines privaten Pkw und fährt davon. Leider ist er infolge des erheblichen Genusses alkoholischer Getränke jedoch nicht mehr in der Lage, das Fahrzeug sicher zu führen. Diese alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit ist ihm auch bewusst. P vertraut aber darauf, er werde heil nach Hause kommen, ohne andere Personen oder fremde Sachen in Gefahr zu bringen. Dennoch verursacht er wegen seiner alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit einen schweren Unfall, bei dem zwei Fußgänger getötet werden. P hatte zur Tatzeit eine BAK von 1,7 Promille.¹ Seine Schuldfähigkeit war durch den Alkoholgenuss nicht aufgehoben.²

I. Strafrecht als Teil der rechtlichen Sozialkontrolle

Das menschliche Zusammenleben bedarf gewisser »Spielregeln« (Verbote und Gebote). Die Summe solcher Spielregeln nennt man Sozialordnung;³ sie besteht aus außerrechtlichen Sozialnormen und Rechtsnormen.

1. Außerrechtliche Sozialkontrolle

Träger dieser Form der Sozialkontrolle sind insbesondere Familie, Schule, Nachbarschaft, Gemeinden, Kirchen, Betriebe, Vereine. Sie überwachen die Einhaltung der ungeschriebenen und geschriebenen Sozialnormen und reagieren mit positiven Sanktionen (Lob, materielle Belohnung etc.) bzw. negativen (Tadel, Entzug von Taschengeld, Hausarrest, Vereinsstrafen, Disziplinarmaßnahmen).

2. Rechtliche Sozialkontrolle

In einem modernen Staat kann auf rechtliche Sozialkontrolle durch staatlich garantierte Normen, d.h. **Rechtsnormen**, nicht verzichtet werden. Eine der vornehmsten Aufgaben des Staates ist die Sicherung des inneren Friedens, d.h. die Sorge für ein gedeihliches menschliches Zusammenleben.

Der Ausgangsfall verdeutlicht, dass die außerrechtliche (»informelle«) Sozialkontrolle der Ergänzung durch das **Recht** als Instrument formeller, staatlicher Sozialkontrolle bedarf:

Rechtsnormen als staatlich durchsetzbare Normen, d.h. Gesetze – und nicht nur Sitte, Ethik oder Religion – müssen es **verbieten**, andere Menschen vorsätzlich oder, wie in casu, fahrlässig zu töten, Trunkenheitsfahrten zu begehen etc.

1 Ab einer BAK von 1,1 Promille bejaht die Rechtsprechung für das Führen eines Kraftfahrzeugs eine absolute Fahruntüchtigkeit; siehe dazu: BGHSt 37, 89 (95, 97, 99); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/1, Rn. 1118.

2 Volltrunkenheit (d.h. alkoholbedingte Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB) kommt in der Regel ab 3,0 Promille BAK in Betracht, kann aber im Einzelfall auch schon bei einer geringeren BAK anzunehmen sein; vgl. dazu *Fischer*, § 20 Rn. 19 f.

3 *Jescheck/Weigend*, § 1 I 1.

Rechtsnormen müssen es **gebieten**, dass in Fällen wie dem vorliegenden der Schädiger den Geschädigten (hier: unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen) Schadensersatz leistet, etwa durch Zahlung einer Rente.

3. Strafrecht als Kerngebiet der rechtlichen Sozialkontrolle

- 4 Seine Aufgabe, die innere Sicherheit zu garantieren, kann der Staat nicht ohne den Einsatz des Strafrechts erfüllen. Es existiert ein Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen, deren Beachtung mittels **Androhung von Kriminalstrafen** erzwungen werden darf und muss: Delikte wie Mord, Totschlag, Vergewaltigung, Brandstiftung an Wohngebäuden und Raub müssen bei Strafe verboten sein. Anderenfalls würde das Recht seiner **Friedensfunktion** nicht gerecht.

Auch in **Fall 1** würde es nicht genügen, dem Täter (P) Schadensersatzpflichten aufzuerlegen (Zivilrecht). Weiterhin würden auch schwere Sanktionen des Disziplinarrechts für Beamte (Öffentliches Recht) wie Gehaltskürzung oder Entfernung aus dem Dienst die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung nicht hinreichend manifestieren, denn solche Disziplinarmaßnahmen sind nur Mittel der »internen Disziplinierung« zum Zweck der Aufrechterhaltung von Ordnung und Integrität innerhalb der Beamtenschaft.⁴ Sie sind nicht mit dem sozialetischen Unwerturteil verbunden, das für die Kriminalstrafe charakteristisch ist. Vielmehr ist für schwere Straftaten wie die des P

– **Fahrlässige Tötung** (§ 222 StGB) und **Gefährdung des Straßenverkehrs** (§ 315c Abs. 1 Nr. 1a ‹Trunkenheitsfahrt› mit Abs. 3 Nr. 1 StGB) –

die Androhung und Verhängung einer Strafe notwendig, um der Friedensfunktion des Rechts zu genügen.

Demgemäß kann man das **Strafrecht als Kerngebiet und Fundament der rechtlichen Sozialkontrolle** bezeichnen.⁵

Diese Einsicht darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass die Effektivität der strafrechtlichen Sozialkontrolle in starkem Maße von der Funktionsfähigkeit der informellen Sozialkontrolle abhängt. Wo diese Fähigkeit dramatisch sinkt, weil Familie, Schule,⁶ Nachbarschaft und Kirchen insoweit an Einfluss verloren haben, ist die Strafjustiz letztlich hoffnungslos überfordert.

II. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts

- 5 Die Aufgabe des Strafrechts, einen Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen zu garantieren, ist kein Selbstzweck, sondern sie dient dem Rechtsgüterschutz; er bezeichnet die eigentliche Funktion des Strafrechts.⁷

4 BVerfGE 21, 391 (404).

5 *Jescheck/Weigend*, § 1 I 1; *Welzel*, S. 1-6.

6 Gemäß Art. 86 Abs. 1 BayEUG können zur Sicherung des Bildungs- und Erziehungsauftrags oder zum Schutz von Personen und Sachen gegenüber Schülern Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen getroffen werden.

7 Dazu grundlegend *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 1-50, 120 ff. Ebenso: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 2 Rn. 7 f.; *Jescheck/Weigend*, § 1 III; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 9; eingehend und m.w.N. *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens*. Abweichend *Jakobs*, 2/16 ff., 22 ff.; *Welzel*, S. 3-5;

1. Begriff des Rechtsguts

Versuche einer Definition des Rechtsguts sind vielfach recht diffus;⁸ seine nähere Konkretisierung erfolgt zumeist anhand von Beispielen:

Rechtsgüter des Einzelnen (Individualrechtsgüter) sind insbesondere:

Leben; das ungeborene Leben des Embryo / körperliche Unversehrtheit / sexuelle Selbstbestimmung / Freiheit / Ehre / Hausrecht / Geheimsphäre (Vertraulichkeit des nichtöffentlich gesprochenen Wortes⁹, Briefgeheimnis, Privatgeheimnisse wie dem Arzt anvertraute, etc.) / Eigentum / Vermögen.

Rechtsgüter der Allgemeinheit (Universalrechtsgüter), deren Schutz ebenfalls Aufgabe des Strafrechts ist, sind namentlich:

Bestand der Bundesrepublik Deutschland / verfassungsmäßige Ordnung / Vertraulichkeit von Staatsgeheimnissen zum Schutz der äußeren Sicherheit unseres Staates / ungestörte Durchsetzung des rechtmäßigen Staatswillens / Rechtspflege / Lauterkeit (Unbestechlichkeit) des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Bürger in diese Lauterkeit / Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen staatlichen Wirtschaftsförderung durch Subventionen / Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Urkunden / Sicherheit des Straßenverkehrs / Umweltmedien (Wasser, Luft und Boden).

Diese Beispiele erlauben es, den Begriff des Rechtsguts wie folgt zu **definieren**:⁷ Rechtsgüter sind von der Rechtsordnung vorgefundene oder von ihr erst geprägte Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen, die für den Einzelnen oder die Allgemeinheit nützlich sind und daher Rechtsschutz genießen.¹⁰

2. Bedeutung des Rechtsguts für die Auslegung von Strafgesetzen

Nach h.M. ist die wichtigste Auslegungsmethode die teleologische, d.h. die **Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes** (ratio legis).¹¹

Da alle Strafgesetze den Schutz bestimmter Rechtsgüter bezwecken, sonst wären sie verfassungswidrig,¹² ist für die teleologische Auslegung einer Strafnorm die Frage nach dem von ihr geschützten Rechtsgut von erheblicher Relevanz.¹³

Fall 2: S hat ein Vergehen der Unfallflucht (»Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort«, § 142 StGB) begangen. Als die Polizei ihn vernimmt, erklärt er, seine Ehefrau E sei gefahren; er selbst sei zur Tatzeit zu Hause gewesen. Diese Aussage hatte S mit E abgesprochen, damit die Polizei nicht weiter gegen ihn, sondern gegen E ermittelt.

Gärditz, JZ 2016, 641 (648) – Demokratieprinzip; vertiefend auch aus rechtsphilosophischer Perspektive: Schick, GA 2020, 14 ff.

8 Zum strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff vgl. Rönnau, JuS 2009, 209; Vogel, StV 1996, 110 insbes. zur Rspr. des BVerfG.

9 Dieses Rechtsgut wird z.B. durch Tonbandaufnahmen bei unbefugter Telefonüberwachung oder beim unbefugten Lauschangriff verletzt (vgl. §§ 100a-100d StPO mit § 201 StGB).

10 In der Sache ähnlich: Roxin/Greco, § 2 Rn. 8 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 11.

11 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 7 Rn. 73 ff.; Jescheck/Weigend, § 17 IV m.w.N.; Otto, AT, § 2 Rn. 49 ff.; kritisch Herzberg, NJW 1990, 25 ff.

12 Vgl. Heinrich, AT, Rn. 8.

13 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 7 Rn. 73; Jescheck/Weigend, § 17 IV 3; zum Rechtsgut in der Fallbearbeitung Rönnau, JuS 2009, 209 (211).

Ist die durch seine unwahre Aussage gegenüber der Polizei tatbestandlich erfüllte **Falsche Verdächtigung** (§ 164 Abs. 1 StGB) durch die Einwilligung der E gerechtfertigt?¹⁴

Der Rechtfertigungsgrund **Einwilligung** des Betroffenen ist nur bei Straftaten gegen den Einzelnen anwendbar, genauer: er gilt nur bei solchen Rechtsgütern des Einzelnen, die für diesen disponibel (»verzichtbar«) sind (Rn. 568, 655). § 164 StGB schützt nach herrschender und zutreffender Ansicht zwei Rechtsgüter:

- Schutz des Bürgers vor dem Missgriff irregeleiteter Behörden
- Schutz der inländischen Rechtspflege.

Dabei ist für die Anwendbarkeit des § 164 StGB ausreichend, dass eines von beiden Rechtsgütern verletzt ist.

Da die Falsche Verdächtigung neben dem betroffenen Bürger auch die Rechtspflege schützt, folglich auch eine Straftat gegen die Allgemeinheit ist, greift der Rechtfertigungsgrund Einwilligung für die Tat des S nicht ein.

3. Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt

- 10 Rechtsgut ist das ideelle Gut (der ideelle Sozialwert), dessen Schutz das jeweilige Strafgesetz bezweckt. Dagegen ist Handlungsobjekt das konkrete Tatobjekt der Straftat.¹⁵

Beispielsweise ist bei Mord und Totschlag Handlungsobjekt das konkrete Opfer, Rechtsgut das Leben. Bei der Sachbeschädigung ist Tatobjekt die beschädigte oder zerstörte fremde Sache, Rechtsgut das Eigentum.

4. Rechtsgüterschutz statt Stabilisierung von Moral und Sittlichkeit als Aufgabe des Strafrechts

- 11 Zum Schutz von Rechtsgütern wie Leben, sexuelle Selbstbestimmung, Eigentum und Rechtspflege normiert das Strafrecht Verbote (Tötung, Vergewaltigung, Diebstahl, Meineid). Strafgesetze garantieren einen Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen, z.B. »Du sollst nicht töten!«. Daher wird vertreten, das Strafrecht bezwecke den »Schutz der elementaren sozial-ethischen Gesinnungswerte«; hierher gehört auch die Redensart von der »sittenbildenden Funktion« des Strafrechts.¹⁶

Gewiss entfaltet das Strafrecht »sittenbildende Kraft«¹⁷, da es einen Kernbereich rechtlicher Verhaltensnormen durch die Androhung von Kriminalstrafe für den Fall der Normübertretung garantiert. Doch ist diese Garantie nur das Mittel zum **Zweck** »Schutz von Rechtsgütern«. Demgemäß verwechselt Mittel und Zweck, wer jene sittenbildende Funktion als die primäre Aufgabe des Strafrechts bezeichnet.

- 12 Darüber hinaus sind Formulierungen wie die von der Aufgabe des Strafrechts, die elementaren sozialetischen Gesinnungswerte zu schützen, aus einem weiteren Grund bedenklich. Sie begründen die Gefahr, ein Rechtsprinzip zu ignorieren, das

14 Eingehend zu diesem Fall *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/1, Rn. 899 ff.

15 *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 65 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 14.

16 *Welzel*, S. 3-5.

17 *Jescheck/Weigend*, § 1 II 1 m.w.N.

für ein modernes freiheitlich-rechtsstaatliches Strafrecht schlechthin konstituierend ist; gemeint ist das Prinzip:

Aufgabe des Strafrechts darf es niemals sein, bloße Verstöße gegen Normen der Sittlichkeit, Ethik oder Religion zu kriminalisieren.¹⁸

Unmoralische oder religiösen Geboten widersprechende Handlungen als solche begründen keine staatliche Strafbefugnis (ius puniendi), sofern sie kein Rechtsgut – wie Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (§§ 174, 176, 182 StGB), Schutz des öffentlichen Friedens (§ 166 StGB) etc. – verletzen. Dieses Prinzip ist die zentrale Botschaft der Lehre vom Rechtsgut.

Beispiele für die gebotene Trennung zwischen dem staatlichen Strafrecht einerseits und Sittlichkeit, Ethik und Religion andererseits: **13**

a) Homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen mögen religiösen Vorstellungen zuwiderlaufen, sind aber weder sittlich noch ethisch anstößig und dürfen daher schon gar nicht bei Strafe verboten werden.

b) Sexuelle Kontakte zwischen Personen, die nicht miteinander verheiratet sind, dürfen nicht kriminalisiert werden, es sei denn, es geht um den Schutz von Kindern bzw. schutzbedürftigen Jugendlichen gegenüber sexuellen Handlungen von Älteren usw.

c) Es darf nicht strafbar sein, zu konvertieren, d.h. die Religion zu wechseln, oder sich sonst von seiner Religion zu lösen.

Strafgesetze, die hiergegen verstoßen, wären nicht nur kriminalpolitisch unerwünscht, sondern in Deutschland auch **verfassungswidrig**.¹⁹

5. Rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Anerkennung von Rechtsgütern und bei ihrem Schutz durch Strafgesetze

a) Welche Rechtsgüter durch das Strafrecht geschützt werden und wie dieser Schutz im Einzelnen ausgestaltet wird, entscheidet der Gesetzgeber. Ihm räumt unsere Verfassung einen **politischen Gestaltungsspielraum** ein, setzt zugleich aber Grenzen. **14**

Beispielsweise liegt es im politischen Ermessen der Legislative, ob sie:

(1) Strafgesetze gegen Beförderungserschleichung (§ 265a StGB) oder gegen den Unbefugten Gebrauch von Fahrrädern (§ 248b StGB) schafft:²⁰

(2) bei Vergehen wie (einfacher) Körperverletzung (§ 223 StGB) oder Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB) nur die vollendete Tat mit Strafe bedroht²¹ oder auch den **Versuch**;

(3) bei Straftaten wie Fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und Fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) jede Fahrlässigkeit einschließlich der **leichten** genügen lässt – so das geltende Recht – oder Leichtfertigkeit (grobe Fahrlässigkeit) fordert.

18 Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele*, § 2 Rn. 4 ff.; *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 17 ff., 43 ff.; *Frister*, 3/31 ff.

19 Ähnlich *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 17, 43 ff., 86 ff., 94.

20 Gemeint sind solche Taten, die nicht schon als Betrug (Schwarzfahren) bzw. Diebstahl oder Unterschlagung (Unbefugter Gebrauch von Fahrrädern) strafbar sind.

21 So die Rechtslage vor dem 1.4.1998.

- 15 b) Der kriminalpolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist jedoch durch die **Wertentscheidungen der Verfassung** begrenzt.²² Dies insbesondere durch die Grundrechte, durch die Staatsstrukturprinzipien wie Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1-3, Art. 23 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) und durch ungeschriebene Verfassungsprinzipien wie den »**Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**«, das »**Schuldprinzip für Strafen**« etc.²³

Die Wertentscheidungen unserer Verfassung können dabei dem Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht entgegenstehen (Kriminalisierungs**verbote**); sie können aber auch ausnahmsweise den Gesetzgeber zum Schutz von Rechtsgütern durch Strafgesetze zwingen (Kriminalisierungs**gebote**). Hierauf ist im Folgenden (unter III. und IV.) zurückzukommen.

III. Subsidiarität dieses Rechtsgüterschutzes

1. Das Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit als Schranke des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums im Allgemeinen

- 16 Für das Verfassungsrecht ist der im Rechtsstaatsprinzip verankerte Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (sog. **Übermaßverbot**) von elementarer Bedeutung.²⁴
- a) Eingriffe in Grundrechte der Bürger müssen zur Erreichung des mit dem Eingriff verfolgten Zwecks geeignet sein (**Grundsatz der Geeignetheit**).
- b) Der Eingriff muss erforderlich sein, d.h. es darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, das zum gleichen Erfolg führt (**Prinzip der Erforderlichkeit**).
- c) Die Belastung des Betroffenen durch den Eingriff darf nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Nutzen stehen; daher muss der Eingriff **angemessen** sein (**Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne** – »Verbot, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen«)²⁵. Es geht auf dieser Ebene um eine Abwägung unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs, des mithilfe des Eingriffs intendierten Zwecks sowie der zwischen Intensität und Zweck bestehenden Relation.²⁶

22 Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele*, § 2 Rn. 15 ff., 31; *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 86 ff.; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991. Das BVerfG hat vielfach befunden, der Gesetzgeber habe zu weit in Freiheitsrechte eingegriffen (so etwa BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 (akustische Wohnraumüberwachung); BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 (Telekommunikationsüberwachung); BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822 (Online-Durchsuchung)).

23 Beispiel: BVerfG NJW 2008, 1137 (Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB; Verbot des Geschwisterinzests). Jedenfalls in der Gesamtheit der durch die Norm geschützten Rechtsgüter (Familie, sexuelle Selbstbestimmung, eugenische Gesichtspunkte) sei die Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 GG, zu legitimieren (BVerfGE 120, 224 = NStZ 2008, 614 = NJW 2008, 1137). Kritisch unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Hassemer*, HRRS 2008, 143.

24 BVerfGE 19, 342 (349); 28, 264 (280); BVerfG NJW 2020, 2953 (2954) – »Containern« – m. Anm. *Sachs*, JuS 2021, 280 u. *Muckel*, JA 2020, 956; *Krey/Heinrich*, StPO, Rn. 42-46; *Schröder*, AL 2015, 327.

25 Allgemein im Bezug zur Rechtsprechung des BVerfG: *Daiber*, JA 2020, 37.

26 Vertiefend: *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195 ff.).

An den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch der **Gesetzgeber** gebunden; daher sind Gesetze, die gegen das Übermaßverbot verstoßen, verfassungswidrig.

Am 4.5.2011 entschied das BVerfG, dass die seinerzeitige **Regelung der Sicherungsverwahrung** u.a. nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprach. »Die Berechtigung zur Anordnung und zum Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln wie der Sicherungsverwahrung folgt [...] aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Anordnung und Vollzug sind nur dann legitim, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Betroffenen im Einzelfall überwiegt.«²⁷

2. Bedeutung des Übermaßverbots speziell für den Strafgesetzgeber

Der Grundsatz der **Geeignetheit** verlangt für Strafgesetze, dass mit ihrer Hilfe der angestrebte Schutz des jeweiligen Rechtsguts gefördert werden kann. Jedoch begründet dieser Grundsatz keine erhebliche Begrenzung des kriminalpolitischen Ermessens der Legislative; das BVerfG hat dem Gesetzgeber insoweit einen **weiten Beurteilungsspielraum** eingeräumt.²⁸

Bedeutsamer als verfassungsrechtliche Schranken bei der Normierung von Strafgesetzen sind demgegenüber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und insbesondere das Prinzip der Erforderlichkeit:

a) Strafwürdigkeit von Normverstößen als Voraussetzung ihrer Kriminalisierung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne begründet für das Strafrecht das Erfordernis der **Strafwürdigkeit**. Nicht jedes rechtswidrige Verhalten, das ein Rechtsgut verletzt oder gefährdet, darf bei Strafe verboten, d.h. kriminalisiert werden. Die Kriminalstrafe ist das schärfste Instrument im System des staatlichen Rechtsgüterschutzes, zumal zu der Strafe selbst noch das **sozialethische Unwerturteil** des Staates über den Täter tritt,²⁹ verbunden mit dem Vorwurf, der Täter habe »**elementare Werte des Gemeinschaftslebens**« verletzt.³⁰ Mit dem Schuldspruch des Strafgerichts wird der Verurteilte »öffentlich gebrandmarkt« (sog. »Verrufswirkung« des Schuldspruchs).

In diesem Sinne spricht man auch vom **fragmentarischen Charakter des Strafrechts**.³¹ Das Strafrecht ist seiner Natur nach »**lückenhaft**«: Nur erheblich sozial-schädliche Taten erlauben den Gebrauch des »scharfen Schwertes des Strafrechts«, da dieser Gebrauch **angemessen** sein muss. Mit anderen Worten: Straftaten müssen strafwürdige Taten sein.³² Allerdings besteht auch hinsichtlich des Kriteriums der Strafwürdigkeit ein Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers.³³

27 BVerfGE 128, 326 (372 ff.) = NJW 2011, 1931 (1936 f.), Tz. 96 ff.; 104.

28 BVerfGE 90, 145 (172 f.) – Cannabis; BVerfG NJW 2020, 2953 (2954) – »Containern« – m. Anm. Hoven; Roxin/Greco, § 2 Rn. 87; zum Thema auch: Zimmermann, JZ 2021, 186 ff.

29 BVerfGE 90, 145 (172); Jescheck/Weigend, § 8 I 2b; siehe bereits Rn. 4.

30 BVerfG NJW 2020, 2953 (2954) – »Containern«.

31 Vertiefend: Hefendehl, JA 2011, 401.

32 Jescheck/Weigend, § 7 I 1; Kindhäuser/Zimmermann, § 2 Rn. 6; Heinrich, AT, § 1 Rn. 11.

33 Siehe hierzu: BVerfGE 120, 224 – Inzestverbot.

Beispiele: Das falsche Parken eines Kfz, die völlig ungefährliche Geschwindigkeitsüberschreitung bei Tage auf einsamer Autobahn, das Rauchen trotz Rauchverbots im leeren Treppenhaus eines öffentlichen Gebäudes, wenn jede Brandgefahr ausgeschlossen ist, sind zwar jeweils Normbrüche – aber Bagatellen. Auf sie mag der Staat mit Sanktionen reagieren – jedoch nicht mit **Kriminalstrafe**; ansonsten würde er »mit Kanonen auf Spatzen schießen«.³⁴

b) Straftaten als strafbedürftige Normverstöße

- 18 Die Strafnorm ist die »schärfste Waffe« und zugleich »ultima ratio«³⁵ im Instrumentarium des Gesetzgebers.

»Nach dem das ganze öffentliche Recht einschließlich des Verfassungsrechts beherrschenden rechtsstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit darf er von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Jedoch muß auch dieses letzte Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist. Dies fordern der Wert und die Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes. Es handelt sich dann nicht um eine »absolute« Pflicht zu strafen, sondern um die aus der Einsicht in die Unzulänglichkeit aller anderen Mittel erwachsende »relative« Verpflichtung zur Benutzung der Strafdrohung.«³⁶

Der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht ist also **subsidiär**. Gemäß dem dargelegten Verfassungsprinzip der **Erforderlichkeit** (Rn. 16) setzt die Kriminalisierung eines Verhaltens voraus, dass durch mildere rechtliche Instrumente des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts kein ausreichender Rechtsgüterschutz gewährleistet ist.³⁷ Wenn dagegen solche milderen Instrumente als hinreichende Sicherung der fraglichen Rechtsgüter erscheinen, fehlt es am Strafbedürfnis. **Straftaten sind also strafbedürftige Normverstöße.**

19 Beispiele:

(1) Bei fahrlässigen Sachbeschädigungen kann es grundsätzlich mit zivilrechtlichen Reaktionen (Gewährung von Schadensersatzansprüchen) sein Bewenden haben; dasselbe gilt für fahrlässige Vermögensschädigungen durch Vertragsverletzungen.

(2) Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung (§ 24 StVG, § 49 StVO) bedürfen grundsätzlich nicht der strafrechtlichen Ahndung (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe). Hier sind für den Rechtsgüterschutz die Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts ausreichend, es sei denn, es handelt sich um schwere und gefährliche Verkehrsverstöße, wie etwa die in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassten sog. »Todsünden im Straßenverkehr«.

20 3. Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht³⁸

Der Gesetzgeber verzichtet bei weniger schwerwiegenden Fehlverhalten auf die Verhängung einer Strafe und ahndet dieses als bloße **Ordnungswidrigkeit**. Bei dem

34 Zum (fehlenden) Strafbedürfnis auch: Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur Aufhebung der Strafbarkeit des Schwarzfahrens (19/1690).

35 Mit dem Versuch einer Neuausrichtung des Begriffs *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969.

36 BVerfGE 39, 1 (45, 47) – Schwangerschaftsabbruch.

37 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 2 Rn. 15 ff.; *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 97-122.

38 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 3 Rn. 4 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 7 V m.w.N.; *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 60 ff., 99, 101, 130 ff.

in Deutschland existierenden Ordnungswidrigkeitenrecht handelt es sich seiner Natur nach zwar auch um **staatliches Sanktionsrecht**, das **nicht zum Kriminalstrafrecht** zählt. Dabei verlaufen die Grenzen zwischen Kriminal- und Verwaltungsunrecht fließend, weshalb dem Gesetzgeber ein großer Entscheidungsspielraum diesbezüglich zugestanden wird.³⁹

Die Hauptsanktion des Ordnungswidrigkeitenrechts ist die **Geldbuße** (§§ 1, 17 OWiG). Ihr Betrag kann je nach Spezialgesetz sehr hoch sein: So können die nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angedrohten Geldbußen gemäß § 81c Abs. 1 S. 1 GWB bis zu 1.000.000 Euro betragen (für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen siehe etwa § 81c Abs. 2-5 GWB).⁴⁰

Eine Ahndung der Zuwiderhandlung erfolgt durch die **Verwaltungsbehörden** (§§ 35 ff. OWiG). Erst eine eröffnete anschließende gerichtliche Überprüfung findet vor dem Strafrichter am Amtsgericht statt (§§ 67 ff., 71 ff. OWiG).

Im Gegensatz zur Geldstrafe und Freiheitsstrafe als Sanktionen für Verbrechen und Vergehen ist die Geldbuße nur ein **Denkzettel**, eine nachdrückliche Ermahnung zur künftigen Pflichterfüllung. Die Geldbuße ist nicht mit dem ehrenrührigen sozialemischen Unwerturteil (Stigma) verbunden, das mit einer Verurteilung zu Geld- oder Freiheitsstrafe einhergeht.

Formal betrachtet ist die Ordnungswidrigkeit nach der Legaldefinition in § 1 OWiG »**eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt**«.

Materiell lässt sich die Ordnungswidrigkeit als rechtswidrige und schuldhaft Normübertretung umschreiben, bei der es typischerweise um **Verwaltungsunrecht** ohne erhebliche Sozialschädlichkeit geht,⁴¹ z.B. um:

- Verletzung von Meldepflichten;
- Verstöße gegen die StVO;
- Erregung unzulässigen Lärms (§ 117 OWiG).

Ob die Differenzierung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten qualitativer Art ist oder nur quantitativer, ist lebhaft umstritten. Herrschend ist als vermittelnde Meinung die »gemischt qualitativ-quantitative Betrachtungsweise«.⁴² Orientiert man sich bei dieser Frage an den gesetzlichen Wertungen, so ergibt sich in der Tat kein klares Bild: 21

Einerseits wird bzw. ist der Betroffene durch die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten mit einer Geldbuße **nicht vorbestraft**.⁴³ Zudem erfolgt diese Ahndung durch die Verwaltungsbehörde, d.h. durch die **Exekutive**.⁴⁴

39 Heinrich, AT, § 4 Rn. 52.

40 Zum Bußgeldverfahren und zu den materiell-rechtlichen Fragen des Bußgeldtatbestandes: Nowroussian, JA 2020, 241 ff.

41 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 3 Rn. 4 ff.; Jescheck/Weigend, § 7 V.

42 So Jakobs, 3/8 ff.; Roxin/Greco, § 2 Rn. 130 ff.

43 Jescheck/Weigend, § 7 V 4. Anders als Strafen werden Geldbußen nicht in das Bundeszentralregister (das das Bundesamt für Justiz führt, § 1 Abs. 1 BZRG) eingetragen (§ 3 BZRG).

44 §§ 35 ff. OWiG; die Ahndung erfolgt durch Bußgeldbescheid.

Dagegen ist die Verurteilung wegen einer Straftat der rechtsprechenden Gewalt (**Judikative**) vorbehalten (Art. 92 GG)⁴⁵, erfolgt also in richterlicher Unabhängigkeit. Diese Tatsachen sprechen für die Annahme eines qualitativen Unterschieds zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit.

- 22 Andererseits gilt das Prinzip »**Keine Strafe ohne Gesetz**« (nulla poena sine lege), das in Art. 103 Abs. 2 GG verankert ist, auch für Sanktionen wegen Ordnungswidrigkeiten.⁴⁶ Zudem entscheiden auf Einspruch des Betroffenen gegen den Bußgeldbescheid⁴⁷ **Strafgerichte** über die Ahndung der Ordnungswidrigkeit, nicht etwa Verwaltungsgerichte. Diese Umstände sprechen für einen nur quantitativen Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit.

Im Übrigen besitzt die Legislative bei der Frage, ob sie bestimmte Normverstöße im Interesse eines effektiven Rechtsgüterschutzes als Straftaten bewertet oder die Einstufung als Ordnungswidrigkeit genügen lässt, einen politischen Ermessensspielraum.⁴⁸ Denn bei jener Frage geht es ja um das **Strafbedürfnis** gemäß dem Verfassungsprinzip der Erforderlichkeit (Grundsatz des mildesten Mittels) und hierzu hat das BVerfG zu Recht entschieden.⁴⁹

Ein Strafgesetz sei erforderlich, wenn kein gleich wirksames rechtliches Instrument mit geringerer Eingriffsintensität zur Verfügung stehe; jedoch besitze der Gesetzgeber insoweit einen erheblichen Beurteilungsspielraum.

Aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot folgt, dass Straftaten strafwürdige und strafbedürftige Normverstöße sein müssen. Ungeachtet dieser Feststellung scheint aber der punitive Zeitgeist Vielstraferei und Strafschärfung zu fordern. Leider ist der Gesetzgeber diesen populistischen Forderungen in den letzten Jahren zunehmend gefolgt. Das ist aus verfassungsrechtlicher Sicht befremdlich, aus kriminalpolitischer Sicht unklug.

IV. Kriminalisierungsgebote (Verfassungsrecht, Europarecht, Völkerrecht)

- 23 Der kriminalpolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Frage der Kriminalisierung von Normübertretungen wird – wie dargelegt – zum einen durch Kriminalisierungs**verbote** beschränkt: Das Übermaßverbot des Verfassungsrechts steht der strafrechtlichen Sanktionierung von Taten, die nicht strafwürdig und strafbedürftig sind, entgegen.

Schranken jenes politischen Ermessens des Strafgesetzgebers sind zum anderen Kriminalisierungs**gebote**.

45 BVerfGE 22, 49 (77 ff.); 27, 18 (28); *Krey/Heinrich*, StPO, Rn. 100 f.

46 BVerfGE 71, 108 (114).

47 Der Betroffene kann gegen den Bußgeldbescheid Einspruch einlegen, über den die Strafgerichte (Amtsgericht) entscheiden (§§ 67 ff., 71 ff. OWiG).

48 BVerfGE 27, 18 (28-30); 45, 272 (289).

49 BVerfGE 90, 145 (172 f.) – Cannabis.