

NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold

Kristina Peters

Nina Schrott

Thomas Steenbreker

AUFSÄTZE

Die Verhältnismäßigkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen im Hinblick auf die
Resozialisierung
ANDRÉ BOHN

Kipppunkt Gewaltbegriff: Ein rechtsvergleichender Blick auf die Kriminalisierung
von non-violent resistance
JULIA GENEUSS & CORA WEGEMUND

Zur Kritik an der Ersatzfreiheitsstrafe –
Ein Beitrag zur Abschaffung einer ungerechten Ersatzsanktion
SVEN GROßMANN

Kriminologie und Strafrechtswissenschaft: eine Subjekt-Objekt-Beziehung
RALF KÖLBEL

Aufgaben einer kritischen Strafrechtswissenschaft
INGA SCHUCHMANN

REZENSIONEN

Kargruber, Die Würde des Tiers.
Eine verfassungsrechtliche Neupositionierung des Tiers als Subjekt
und deren Auswirkung auf das einfache Recht
am Beispiel eines strafrechtlichen Mindestschutzes
FELIX AIWANGER

Martin Heuser, Objektive Zurechnung – Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?
GEORGIA STEFANOPOULOU

Die Verhältnismäßigkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen im Hinblick auf die Resozialisierung

André Bohn, Hamburg/Kiel*

ABSTRACT

Der Beitrag betrifft die verfassungsrechtliche Legitimation von Freiheitsstrafen. Als Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person nach Art. 2 II 2 GG wird der Frage nachgegangen, ob die Verhängung von Freiheitsstrafen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Bezug auf die Resozialisierung der verurteilten Person genügt. Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei die Notwendigkeit einer evidenzbasierten Kriminalpolitik.

A. Einleitung

Vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der bekanntlich voraussetzt, dass eine Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, ein legitimes Ziel zu verfolgen,¹ sollte es eigentlich selbstverständlich sein, dass der Gesetzgeber den aktuellen Stand der Wissenschaft der jeweiligen Fachrichtung berücksichtigt.² Dies ist de lege lata aber häufig nicht der Fall, was sich in jüngerer Vergangenheit beispielsweise in der Debatte um das sogenannte Sicherheitspaket der Ampel-Regierung als Reaktion auf einen Terroranschlag in Solingen

* Der Verfasser ist als Strafverteidiger in Hamburg und als Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Universität zu Kiel tätig. Kontakt: abohn@law.uni-kiel.de.

¹ Ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: *Schulze-Fielitz*, in Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 179 ff.

² Vgl. zum Erfordernis der evidenzbasierten Rechtssetzung nur: Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Evidenzbasierung gesetzgeberischer Maßnahmen im Gesundheitsrecht, 2021, S. 4 f.



zeigt.³ Diesbezüglich monierten Expert*innen den Mangel an evidenzbasierter Argumentation im Hinblick auf die Notwendigkeit neuer gesetzlicher Regelungen.⁴

Im Rahmen des vorliegenden Kurzbeitrags soll die Problematik anhand der Verhängung von Freiheitsstrafen dargestellt werden, mithin einem Bereich, der zumeist als selbstverständlich angesehen wird.⁵ So gibt es kaum Stimmen, die die Wirksamkeit von Freiheitsstrafen und die Legitimität deren Verhängung kritisch hinterfragen.⁶ Zwar führten die aktuellen Vorwürfe gegen Angestellte der JVA Gablingen, die insbesondere die Unterbringung von Inhaftierten in sogenannten besonderen gesicherten Hafträumen (bgH) betreffen, dazu, dass die Medien vermehrt über die Situation in Gefängnissen berichteten;⁷ dies wurde aber – soweit ersichtlich – nicht zum Anlass genommen, sich grundsätzlicher mit der Frage der Legitimität des zwangsweisen Freiheitsentzugs im Rahmen des strafrechtlichen Sanktionssystems auseinanderzusetzen.

Im Folgenden sollen einige Denkanstöße gegeben werden, die sich insbesondere auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit von Freiheitsstrafen beziehen. Zuvor muss aber die Verhältnismäßigkeitsprüfung dogmatisch verortet werden, und es bedarf einer Feststellung, welchen legitimen Zwecken der Vollzug von Freiheitsstrafen dient.⁸

³ Siehe zu dem Terroranschlag nur den Wikipedia-Artikel zu dem Anschlag, abrufbar unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Messeranschlag_in_Solingen, zuletzt aufgerufen am 14.1.2025 m. zahlreichen w. N.

⁴ Siehe beispielsweise: *Arzt*, Die Woche der Sicherheitspakete: Evidenzbasierte Gesetzgebung geht anders, *VerfBlog* v. 17.9.2024, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-woche-der-sicherheitspakete>, zuletzt aufgerufen am 14.1.2025, und die Kritik zusammenfassend: *Reuter*, Massive Kritik am Sicherheitspaket der Ampel, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2024/grundrechte-abbau-massive-kritik-am-sicherheitspaket-der-ampel>, zuletzt aufgerufen am 14.1.2025.

⁵ Siehe beispielsweise: *Di Fabio* in Dürig/Herzig/Scholz, GG-Kommentar, Werkstand: 105. Ergänzungslieferung, Mai 2024, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 61: Freiheitsstrafe und ihr Vollzug als „verfassungsrechtlich vorgesehene Einschränkungen der Freiheit der Person“. Kritisch zu der eingeschränkten Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht in diesem Bereich: *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 181 ff.

⁶ Aktuell jedoch: *Galli*, Wie wir das Verbrechen besiegen können, Ideen für eine Überwindung der Strafe, 2024, passim, insb. S. 12 f., 16 f. und 86 ff.; siehe weiterhin: *Hassemer*, Vom Sinn des Strafens – Essay, *APuZ* 2010, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/32965/vom-sinn-des-strafens-essay>, zuletzt aufgerufen am 14.1.2025; *Mühl*, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, 2015, passim, insb. S. 25 ff., 31 ff. und 175; vgl. auch: *Spiess*, Soziale Probleme, 2013, S. 87, 107 f.

⁷ Siehe zu den Vorwürfen nur: *Fuchs*, Gefängnissskandal in Gablingen, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/augsburg-gablingen-folter-jva-gefaengnis-justizministerium-eisenreich-haftraeume-ermittlungen-staatsanwaltschaft-skandal-anstaltsleiterin-lux.AX-BDQ21ymPbNP5j5FwZhbR>, zuletzt aufgerufen am 28.1.2025.

⁸ Zu den generellen Problemen, staatliche Strafen im Rahmen der üblichen Verhältnismäßigkeitsdogmatik zu überprüfen, siehe: *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 174 f.

B. Dogmatische Verortung der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Verfassungsrechtlich ist die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ein Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person nach Art. 2 II 2 GG, wonach die Freiheit der Person unverletzlich ist.⁹ Dabei stellt bereits die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe einen Eingriff dar.¹⁰ Einschränkungen sind nach Art. 2 II 3 GG i. V. m. Art. 104 I 1 GG möglich.¹¹ Art. 2 II 3 GG legt diesbezüglich fest, dass unter anderem in das Recht auf Freiheit der Person nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf. Ähnlich normiert Art. 104 I 1 GG, dass die Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden kann. Zudem kann auch Art. 12 III GG angeführt werden, wonach Zwangsarbeit nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig ist. Dies setzt zumindest voraus, dass der Staat grundsätzlich legitimiert ist, jemanden unter bestimmten Voraussetzungen einzusperren.

Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Legitimation von Freiheitsstrafen liegt mithin bereits in diesen möglichen Einschränkungen der Freiheit der Person.¹² Doch die Verhängung von Freiheitsstrafen muss eben auch verhältnismäßig sein.¹³ Die folgenden Erörterungen beziehen sich dabei maßgeblich auf die Darstellung des legitimen Zwecks, der Geeignetheit, der Erforderlichkeit. Auf die Angemessenheitsprüfung werden lediglich einige Schlaglichter geworfen, da die in der Angemessenheitsprüfung vorzunehmende Abwägung nur schwer einer wissenschaftlichen Analyse zugänglich ist.

⁹ BVerfGE 29, 312, 316.

¹⁰ *Rixen*, in Sachs, Grundgesetz Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 237.

¹¹ Siehe dazu nur *Jarass*, in Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 138.

¹² Siehe nur: *Di Fabio*, in Dürig/Herzig/Scholz, GG-Kommentar, Werkstand: 104. Ergänzungslieferung, April 2024, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 29 m.w.N.; vgl. auch bereits: BVerfGE 33, 1, 10; kritisch dazu: *Feltes*, Der strafrechtliche Strafanspruch, 1991, S. 211 f. m.w.N., der an anderer Stelle auf das gesamte Grundgesetz als implizite Rechtsgrundlage abstellt, siehe *ders.*, Der strafrechtliche Strafanspruch, S. 246 ff.

¹³ *Mühl*, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, S. 32; *Hassmer*, Vom Sinn des Strafens – Essay, APuZ 2010, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/32965/vom-sinn-des-strafens-essay>, zuletzt aufgerufen am 14.1.2025, weist jedoch darauf hin, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der heutigen Zeit, in der die Sicherheit als oberstes Gebot postuliert wird, ein schwaches Korrektiv darstellt.

C. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der Geeignetheit und Erforderlichkeit

I. Legitimer Zweck

Zunächst stellt sich dabei die Frage, was die legitimen Zwecke der Verhängung einer Freiheitsstrafe sind. Nach dem Bundesverfassungsgericht gebietet die Verfassung, „den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung der Gefangenen hin auszurichten.“¹⁴ Dies spricht dafür, den potenziellen legitimen Zweck von Freiheitsstrafen in der Resozialisierung zu sehen. Dafür kann auch beispielhaft § 1 S. 1 StVollzG NRW angeführt werden, wonach der Vollzug der Freiheitsstrafe dem Ziel dient, Gefangene zu befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. In § 1 S. 2 StVollzG NRW heißt es zudem, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe darüber hinaus die Aufgabe hat, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten zu schützen. Entsprechende Regelungen existieren auch in den jeweiligen Strafvollzugsgesetzen der anderen Bundesländer,¹⁵ sodass generell die Resozialisierung und der Schutz der Allgemeinheit¹⁶ als die durch die Verhängung von Freiheitsstrafen angestrebten Zwecke beschrieben werden können. Diese Zwecke können auch als positive und negative Spezialprävention definiert werden,¹⁷ wobei darauf zu achten ist, dass die Strafzwecke nicht zwangsläufig mit den Gründen, die zur Legitimation der Verhängung von Freiheitsstrafen herangezogen werden, identisch sind und daher grundsätzlich zwischen diesen beiden Bereichen differenziert werden sollte.¹⁸

Weiterhin erkennt das Bundesverfassungsgericht „Schuldausgleich, Sühne und Vergeltung“¹⁹ als legitime Aspekte einer strafrechtlichen Sanktion an.

Auf diese letzten vom Bundesverfassungsgericht als legitim angesehenen Zwecke soll im Rahmen dieses Beitrags jedoch nur am Rande

¹⁴ BVerfGE 98, 169, 200; vgl. auch: BVerfGE 45, 187, 238.

¹⁵ Eine vergleichende Übersicht jeweils zweier Vollzugsgesetze der Bundesländer bietet die Internetseite: <https://stvollzg.de>, zuletzt aufgerufen am 14.01.2025.

¹⁶ Siehe dazu auch: *Hofmann*, in Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 2 Rn.75.

¹⁷ Siehe nur die Darstellung bei: *Joecks/Erb*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 1 Rn. 60.

¹⁸ *Meier*, in Meier/Leimbach (Hrsg.), Gefängnisse im Blickpunkt der Kriminologie, 2020, S. 13, 15; vgl. dazu auch: *Feltes*, Der strafrechtliche Strafanspruch, S. 249.

¹⁹ BVerfGE 64, 261, 271.

eingegangen werden, weil auch hier wissenschaftlich nur schwer untersucht werden kann, wann eine Strafe als Vergeltung, Schuldausgleich oder Sühne angemessen ist oder nicht.

Die beiden zuvor herausgearbeiteten Zwecke sind jedoch als legitim anzusehen, da dem Resozialisierungsgebot Verfassungsrang zukommt,²⁰ und der Schutz der Allgemeinheit vor der Begehung von Straftaten hängt als staatliche Schutzpflicht eng damit zusammen.²¹

II. Geeignetheit

Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe muss auch geeignet sein, die Resozialisierung und den Schutz der Allgemeinheit zu fördern. Dies ist für den Schutz der Allgemeinheit scheinbar leicht zu beantworten, weil Inhaftierte – abgesehen von der möglichen Begehung von Straftaten innerhalb des Vollzugs –²² keine weiteren Straftaten mehr begehen können.²³ Sofern man den Zeitraum für den Schutz der Gesellschaft aber über den Zeitraum des Vollzugs der Freiheitsstrafe hinaus ausweitet, geht die Frage letztlich in die Frage der Geeignetheit zur Resozialisierung über, da resozialisierte Straftäter*innen keine Straftaten mehr begehen und eine effektive Resozialisierung somit die Gesellschaft schützt.²⁴

Für die Resozialisierung steht die Geeignetheit des Strafvollzugs allerdings in Frage:²⁵ So konstatiert beispielsweise *Albrecht*, dass „gut belegt [sei], dass eine reguläre Gefängnisstrafe zum Abbruch von kriminellen Karrieren und zur Reduzierung von Rückfallkriminalität nichts

²⁰ Siehe nur die Nachweise aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei *Di Fabio*, in Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 39. Lfg. 2001, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 216 ff. So betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der Strafvollzug an dem Gebot der Resozialisierung auszurichten sei, siehe dazu auch die Nachweise bei *Lübbe-Wolff*, Die Rechtsprechung des BVerfG zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, 2016, S. 46 f.

²¹ BVerfGE 116, 69, 86; vgl. auch: BVerfGE 64, 261, 271.

²² Siehe dazu: *Goeckenjan*, in Müller/Sander/Válková (Hrsg.), FS Eisenberg, 2009, S. 705 ff.; *Mühl*, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, S. 40 f.; *Streng*, in Lösel u.a. (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, 65, 69; vgl. auch: *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, 8. Aufl., 2024, § 41 Rn. 16.

²³ Vgl. dazu auch: *Feest*, in: *ders.* (Hrsg.), Definitionsmacht, Renitenz und Abolitionismus, 2020, S. 301, 305.

²⁴ Vgl. dazu auch: *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. 2012, Rn. 70; *ders.*, in Lösel u.a. (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, 65, 69.

²⁵ Vgl. bereits aus dem amerikanischen Raum: *Andrews u.a.*, Criminology Vol. 28 (1990), 369, 373 ff.; vgl. auch: *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, Eine Grundlegung, 8. Aufl. 2021, § 20 Rn. 46.

beiträgt.“²⁶ Der Strafvollzug ist mit dem Leben außerhalb des Strafvollzugs – insbesondere auch wegen der Reglementierung im Vollzug –²⁷ nicht ansatzweise vergleichbar.²⁸ Die inhaftierte Person davon ausgehend im Rahmen des Strafvollzugs auf ein straffreies Leben außerhalb des Strafvollzugs vorzubereiten, erscheint nahezu absurd.²⁹ Daher verwundert es auch nicht, dass die Rückfallquote nach der Verbüßung von Freiheitsstrafen innerhalb von drei Jahren nach Entlassung zwischen 45 % und 50 % liegt,³⁰ wobei zu berücksichtigen ist, dass die Rückfallforschung mit vielen Unwägbarkeiten behaftet ist.³¹ Bei Vollstreckung der Haft in einer sozialtherapeutischen Einrichtung³² fällt die Rückfallquote zwar tendenziell geringer aus;³³ die Vollstreckung der Freiheitsstrafe in einem solchen Rahmen stellt aber nicht den Regelfall dar, und sie ist an besondere Voraussetzungen geknüpft. Daher kann die niedrigere Rückfallquote bei der Behandlung der Inhaftierten in sozialtherapeutischen Einrichtungen die generellen Einwände gegen die Geeignetheit des Vollzugs von Freiheitsstrafen nicht allgemein in Frage stellen.

Zudem steht die Stigmatisierung, die mit einer Gefängnisstrafe einhergeht, einer Resozialisierung gerade im Wege.³⁴ Gleiches gilt für den Umstand, dass der Gefangene aus dem „normalen“ gesellschaftlichen Leben herausgerissen wird. Dies mag bei reinem sozialem Kontakt zu einem „kriminogenen Milieu“ sinnvoll sein;³⁵ in allen anderen Fällen – und das

²⁶ *Albrecht*, in Dessecker/Harrendorf/Höffler (Hrsg.), *Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung*, 2019, S. 165, 176.

²⁷ Siehe dazu auch: *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Rn. 268 m.w.N.

²⁸ Dies, obwohl in § 2 S. 1 StVollzG NRW normiert ist, dass das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit wie möglich anzugleichen ist. Vergleichbare andere Regelungen existieren wiederum auch in den Strafvollzugsgesetzen der anderen Bundesländer.

²⁹ Vgl.: *Eisenberg/Köbel*, *Kriminologie*, § 36 Rn. 35 f.; *Streng*, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 46 Rn. 34.

³⁰ *Jehle u.a.*, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen*, 2021, 41 Abb. B 1.1.3.1.

³¹ Siehe zu den Problemen nur: *Villmow*, in NK-StGB, *Vorbemerkungen zu §§ 38-45b* Rn. 62 m.w.N.

³² Siehe dazu beispielsweise § 13 StVollzG NRW. Vergleichbare Regelungen finden sich auch in den anderen Bundesländern.

³³ Siehe nur: *Dünkel/Pruin*, in: NK-StGB, § 57 Rn. 41.

³⁴ *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Rn. 268, hier auch zum Folgenden.

³⁵ Vgl. dazu auch: *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Rn. 269.

dürfte die Mehrheit sein – ist die damit verbundene „Entsozialisierung“ eher kontraproduktiv³⁶ oder zumindest ambivalent.³⁷

Auch wirkt eine feste Arbeitsstelle oft präventiv;³⁸ die Arbeitsstelle verliert der/die Inhaftierte aber auch, und mit einer oder sogar mehreren Vorstrafen wird es umso schwieriger, eine neue Arbeitsstelle nach der Entlassung zu finden. Zudem wirkt sich der ständige Kontakt zu anderen rechtskräftig verurteilten Straftäter*innen potenziell negativ aus. *Streng* kommt daher zu dem ernüchternden Ergebnis, dass „man sich vom Behandlungsgedanken im modernen Strafvollzug kaum mehr versprechen [könne] als eine Begrenzung des vom Vollzug selbst produzierten Schadens.“³⁹ Resozialisierungserwägungen alleine können vollstreckbare Freiheitsstrafen daher nicht legitimieren.⁴⁰ Wenn dies aber der soeben herausgearbeitete legitime Zweck von Freiheitsstrafen darstellt, so ist es um die Erforderlichkeit der Freiheitsstrafen schlecht bestellt.⁴¹

Das Bundesverfassungsgericht behilft sich diesbezüglich häufig mit der Konstruktion der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.⁴² Die Grenze der Einschätzungsprärogative ist allerdings erreicht, wenn die gesetzgeberische Einschätzung „offensichtlich fehlerhaft“⁴³ ist oder die dem Gesetz zugrunde liegenden Maßnahmen „in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben könnten.“⁴⁴ Es liegt nach den eben dargestellten Erkenntnissen zumindest nicht vollkommen fern, dass die zugrunde liegende Annahme einer Resozialisierung durch den (derzeitigen) Strafvollzug offensichtlich fehlerhaft ist und praktischer Erfahrung widerspricht.

³⁶ *Mühl*, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, S. 40.

³⁷ Vgl. auch: *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 8; *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, Eine Grundlegung, § 20 Rn. 43.

³⁸ Vgl. dazu nur in Bezug auf Jugendkriminalität: *Palit/Chabra*, in: Sahni/Bhadra (Hrsg.), Kriminalpsychologie und das Strafrechtssystem in Indien und darüber hinaus, 2023, S. 107, 123.

³⁹ *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, Rn. 269 m.w.N.

⁴⁰ *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 34.

⁴¹ *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, Rn. 270.

⁴² Ständige Rspr., siehe nur: BVerfGE 126, 112, 141; 145, 20, 72; siehe ebenfalls: *Funke*, in Dreier, GG, Band I, Art. 1-19, 4. Aufl. 2023, Art. 2 II 2 Rn. 20.

⁴³ BVerfGE 145, 20, 72 f.

⁴⁴ BVerfGE 145, 20, 75.

III. Erforderlichkeit

Trotzdem sollen zum Abschluss noch einzelne Erwägungen zur Erforderlichkeit und danach zur Angemessenheit dargestellt werden.⁴⁵

Im Rahmen der Erforderlichkeit ist zu prüfen, ob es gleich geeignete, mildere Mittel gibt, um die legitimen Zwecke zu verfolgen.⁴⁶

Ausgangspunkt der hiesigen Überlegungen ist, dass die Rückfallwahrscheinlichkeit mit der Schwere der Sanktion steigt.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund wäre jede Art von milderer Reaktion verhältnismäßiger als die Verhängung unbedingter Freiheitsstrafen.⁴⁸

Aus anderen Studien ergibt sich zumindest, dass zwischen nicht freiheitsentziehenden Sanktionen und freiheitsentziehenden Maßnahmen keine signifikanten Unterschiede bei der Legalbewährung bestehen,⁴⁹ was aber ebenfalls zur Verneinung der Erforderlichkeit führen würde.

Bestimmte Lebensereignisse wie die Aufnahme einer Arbeit, einer Beziehung und/oder Familiengründung scheinen positivere Effekte auf die Rückfallwahrscheinlichkeit zu haben. Auch ist die Rückfallquote nach dem offenen Vollzug geringer als nach der Ableistung der Strafe im geschlossenen Vollzug.⁵⁰ Zudem spricht – wie oben bereits dargestellt – viel dafür, dass die Ableistung der Strafe in einer sozialtherapeutischen Anstalt zu einer niedrigeren Rückfallquote als im Normalvollzug führt.⁵¹

⁴⁵ Zu dem sehr eingeschränkten Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Erforderlichkeit in Bezug auf strafrechtliche Sanktionen, siehe: *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 177 ff.

⁴⁶ Siehe nur: *Sommermann*, in Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 314.

⁴⁷ Siehe die Tabelle bei: *Jehle u.a.*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2021, S. 50, Abb. B.2.2.3; siehe ebenfalls: *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, Eine Grundlegung, § 20 Rn. 39; vgl. auch: *Kury*, in Feuerhelm/Schwind/Bock (Hrsg.), FS Böhm, 1999, S. 251, 261.

⁴⁸ Vgl. dazu auch die Metaanalyse von *Killias/Villettaz*, in Lösel u.a. (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, S. 207, 213.

⁴⁹ Siehe hierzu das Ergebnis der Meta-Studie von *Villettaz/Gillieron/Killias*, The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge, Campbell Systematic Reviews 1/2015, S. 58; vgl. auch: *Albrecht*, in Dessecker/Harrendorf/Höffler (Hrsg.), Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung, 2019, S. 165, 173, m.w.N., hier auch zum Folgenden; *Eisenberg/Kölbl*, Kriminologie, § 41 Rn. 18.

⁵⁰ *Eisenberg/Kölbl*, Kriminologie, § 41 Rn. 28; *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, Eine Grundlegung, § 20 Rn. 48; vgl. auch: *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, Rn. 316 m. w. N.

⁵¹ *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, Eine Grundlegung, § 20 Rn. 48; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, Rn. 317 ff. m. zahlreichen w.N.; relativierend: *Eisenberg/Kölbl*, Kriminologie, § 41 Rn. 50 ff.

Im Rahmen des bestehenden Sanktionssystems schneidet die Geldstrafe am besten im Hinblick auf das Rückfallrisiko ab.⁵² Vor diesem Hintergrund ist auch die Erforderlichkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen – zumindest im „Normalvollzug“ zu verneinen.⁵³ Das Bundesverfassungsgericht mahnt diesbezüglich zumindest an, dass Erfolge und Misserfolge des Vollzugs erhoben und kritisch überprüft werden müssten,⁵⁴ wobei es aus den oben dargestellten Erkenntnissen nicht auf die Verfassungswidrigkeit des derzeitigen Vollzugs schließt.

IV. Angemessenheit

Auch soll im Folgenden zumindest ein kurzer Überblick zu den Erwägungen im Rahmen der Angemessenheit gegeben werden.

Dabei ist von dem Gedanken der praktischen Konkordanz auszugehen, wonach die sich gegenüber stehenden Grundrechtspositionen so in Ausgleich miteinander zu bringen sind, dass beide möglichst weitgehend wirksam werden.⁵⁵ Auf der einen Seite steht das Recht auf Freiheit der Person nach Art. 2 II 2 GG und auf der anderen Seite, ausgehend von den Erörterungen zum legitimen Zweck, das verfassungsrechtlich abgesicherte Resozialisierungsgebot⁵⁶ und als staatliche Schutzpflicht der Schutz der Gesellschaft vor der Begehung von Straftaten. Hier taucht aber bereits das Problem auf, dass das Resozialisierungsgebot nach dem bisher zur Wirksamkeit von Freiheitsstrafen Gesagten auch auf der Seite der potenziell von der Freiheitsstrafe Betroffenen zu verorten sein könnte; denn wenn der Vollzug der Freiheitsstrafe nahezu keine positiven Effekte auf die Resozialisierung hat, kann die betroffene Person sich darauf berufen, dass eine Strafe verhängt wird, die die Resozialisierung auch tatsächlich fördert. Zwar hat auch die Gesellschaft an sich ein Interesse an wirksamer Resozialisierung oder sie sollte es zumindest haben, weil dadurch die Begehung von Straftaten verhindert wird; allerdings ist das Resozialisierungsgebot vom Bundesverfassungsgericht als Recht

⁵² Kunz/Singelnstein, Kriminologie, Eine Grundlegung, § 20 Rn. 39 m.w.N.

⁵³ Vgl. auch: Mühl, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, S. 37.

⁵⁴ BVerfGE 116, 69, 91, im Hinblick auf den Jugendstrafvollzug; vgl. auch: BVerfGE 88, 203, 310.

⁵⁵ Ständige Rechtsprechung des BVerfG, siehe nur: BVerfGE 134, 204, 223 m.w.N.

⁵⁶ Siehe nochmals lediglich die Nachweise bei: *Di Fabio*, in Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 39. Lfg. 2001, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 216 ff.

der von der Freiheitsstrafe betroffenen Person entwickelt worden.⁵⁷ Wenn aber davon ausgehend auf der anderen Seite im Rahmen der praktischen Konkordanz nur noch der Schutz der Gesellschaft vor der Begehung von Straftaten steht, dieser Aspekt aber zumindest nach Verbüßung der Haftstrafe in den Aspekten der Resozialisierung aufgeht, weil wirksame Resozialisierung das beste Konzept zur Verhinderung der Begehung von Straftaten ist, bleibt lediglich der Schutz der Gesellschaft während des Zeitraums der Verbüßung der Haftstrafe. Da diesem Zweck aber – wie oben bereits ausgeführt – auch anders begegnet werden kann und der Freiheitsentzug eine der gravierendsten und eingriffsintensivsten staatlichen Maßnahmen darstellt, spricht auch im Rahmen der Angemessenheit Vieles dafür, die Verhängung von Freiheitsstrafen vor dem Hintergrund der Resozialisierung als nicht angemessen anzusehen.

D. Fazit

Zwar sind die dem Beitrag zugrunde liegenden Studien immer mit Vorsicht zu interpretieren, weil beispielsweise in Bezug auf die unterschiedlichen Sanktionsarten auch unterschiedliche Eingangsvoraussetzungen vorliegen, da beispielsweise Geldstrafen eher bei weniger schwerwiegenden Delikten verhängt werden;⁵⁸ die Tendenz ist aber eindeutig: Die Freiheitsstrafe ist vor dem Hintergrund der Resozialisierung in der derzeitigen Art und Weise des Vollzugs nicht zu rechtfertigen, wenn man den derzeitigen kriminologischen Forschungsstand zur Wirkung und Wirksamkeit von Freiheitsstrafen zugrunde legt. Davon ausgehend wird teilweise von Vertreter*innen des Abolitionismus sogar die Abschaffung von Gefängnissen gefordert.⁵⁹ Allerdings schließen die dargestellten Erkenntnisse nicht zwingend aus, dass die Verhängung von Freiheitsstrafen im Einzelfall erfolgreich sein kann; sinnvoller wäre jedoch eine individuellere Herangehensweise, in deren Rahmen eruiert wird, welche Art von Sanktion mit welcher Wahrscheinlichkeit für wen erfolgsversprechend vor dem Hintergrund der Resozialisierung erscheint.⁶⁰

⁵⁷ Grundlegend: BVerfGE 35, 202, 235 f.

⁵⁸ Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, § 41 Rn. 27; Kunz/Singelstein, Kriminologie, Eine Grundlegung, § 20 Rn. 39; siehe zu den Schwierigkeiten auch allgemein: Bock, in FS Böhm, S. 251, 285, 286 f.; Mühl, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?, S. 33 f.

⁵⁹ Siehe dazu nur im Überblick: Feest, Kritische Kriminalpolitik 2024, 21 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu nur: Kury, in FS Böhm, S. 251, 261 m.w.N.

**Kipppunkt Gewaltbegriff:
Ein rechtsvergleichender Blick
auf die Kriminalisierung von *non-violent resistance***

Julia Geneuss, Potsdam, und Cora Wegemund, Potsdam *

ABSTRACT

Sitzblockaden von Klimaaktivist:innen sind bzw. waren in den letzten Jahren ein international weit verbreitetes Phänomen. Während in rechtsvergleichender Perspektive vor allem die Frage nach einer Straffreistellung – „climate necessity defence“ – thematisiert wird, spielt die einer Straffreistellung vorgelagerte Frage, welche Straftatbestände bei entsprechenden Blockadeaktionen eigentlich einschlägig sind, eine geringe Rolle. Ausgehend von der deutschen Rechtslage und dem durchaus speziellen Gewaltbegriff des Nötigungstatbestands, wird in diesem Beitrag in einem kursorischen Rechtsvergleich untersucht, ob und wenn ja nach welchen Tatbeständen (passive) Sitzblockaden in ausgewählten anderen (europäischen) Rechtsordnungen unter Strafe gestellt sind.

A. Einleitung

Sitzblockaden von Klimaaktivist:innen – weitläufig auch bezeichnet als „climate disobedience“¹ – sind bzw. waren in den letzten Jahren ein international weit verbreitetes Phänomen. Oftmals wurde und wird das Strafrecht gegen diese Blockaden in Stellung gebracht. Im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung der Teilnehmer:innen dieser Blockadeaktionen konzentriert sich das Schrifttum vor allem auf Fragen der Recht-

* Julia Geneuss ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Potsdam. Kontakt: julia.geneuss@uni-potsdam.de;

Cora Wegemund ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung sowie Doktorandin an der Universität Potsdam. Kontakt: cora.wegemund@uni-potsdam.de.

¹ Vgl. nur *Mégret/Khodry*, „We Want to Live!“ Climate Change and the Limits of Civil Disobedience, *Georgetown Environmental Law Review* 35 (2022), 155 ff.



fertigung bzw. Entschuldigung. Dies gilt auch für die wenigen rechtsvergleichenden Zugriffe, die sich ebenfalls mit Fragen der Straffreistellung – „climate necessity defence“ – befassen.²

Aus rechtsvergleichender Perspektive weitaus weniger thematisiert wird die einer Straffreistellung vorgelagerte Frage, welche Straftatbestände bei entsprechenden Blockadeaktionen eigentlich einschlägig sind, das heißt, wie – und nochmals vorgelagert auch: ob – sie kriminalisiert sind. Im deutschen Strafrecht steht der Tatbestand der Nötigung im Zentrum der Praxis und der Diskussion: Blockadeaktionen werden unter den Gewaltbegriff des § 240 StGB subsumiert. Dabei ist der Gewaltbegriff der Nötigung schon aufgrund seiner bekannten historischen Entwicklung in der Rechtsprechung, die noch zu skizzieren sein wird, durchaus speziell. Jedenfalls mit Blick auf den zwischenzeitlich vertretenen „vergeistigten Gewaltbegriff“, aber gleichsam auch die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“, wird klar, dass dieser Gewaltbegriff der „Kipppunkt“ ist, der aus passiven Sitzblockaden jedenfalls im strafrechtlich-normativen Sinn *violent resistance* macht. Dies strahlt wiederum auf die außerstrafrechtliche Diskussion aus, über den strafrechtlichen Gewaltbegriff werden Straßenblockaden auch in der öffentlichen Debatte als gewalttätig verstanden.³

Angesichts der historischen Entwicklung und der Spezifika des Gewaltbegriffs der Nötigung im deutschen Strafrecht drängt sich die Frage auf, wie in anderen Strafrechtsordnungen mit vergleichbaren Blockadeaktionen umgegangen wird. Werden auch hier passive Straßenblockaden strafrechtlich als Gewalt verstanden? In diesem Beitrag soll hierzu ein erster Überblick gegeben werden, mittels einer Auswahl an Strafrechtsordnungen, die uns für diese Frage interessant erschien, entweder, weil Klimaproteste in der Strafrechtspraxis und der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion ebenfalls ein Thema waren und/oder sich unserer Auffassung nach die Rechtslage angesichts der Unterschiedlichkeit zum deutschen Strafrecht besonders anbot.

² Vgl. bspw. *Coca-Vila Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence*, *Res Publica* 30 (2024), 567 ff.

³ Hierzu *Zoll/Schäfer*, *Ziviler Ungehorsam – Eine philosophische Reflexion*, *Stimmen der Zeit* 2023, 643 ff., 646 („Eine solche Rechtspraxis ist problematisch, da sie Straßenblockaden als Gewaltnötigung interpretiert und durch diese Benennung einer (Medien-)Öffentlichkeit vermittelt, jene Aktionen der Letzten Generation als legitime Protestmittel dem Begriff des zivilen Ungehorsams, welcher sich auf gewaltfreie Mittel beschränkt, entziehen zu können.“).

Es wird sich zeigen, dass die Grenzlinie zwischen *violent* und *non-violent resistance* unterschiedlich gezogen wird und der deutsche Ansatz mit dem Gewaltbegriff des § 240 StGB im Vergleich besonders scharf erscheint. Gleichzeitig werden in jenen Staaten, in denen Straßenblockaden als *non-violent resistance* angesehen werden und bei denen keine oder weniger scharfe Straftatbestände zur Anwendung kommen, neue Straftatbestände zur Kriminalisierung von Blockadeaktionen eingeführt bzw. wird deren Schaffung jedenfalls diskutiert.

Vor der rechtsvergleichenden Skizze ist jedoch eine – hier freilich nur sehr kursorische – Begriffsannäherung angezeigt.

B. Begriffsannäherung: ziviler Ungehorsam und gewaltloser Widerstand

Ausgangspunkt der begrifflichen Annäherung ist der „zivile Ungehorsam“.⁴ Der amerikanische Schriftsteller *Henry David Thoreau* (1817–1862) gilt als derjenige, der den Begriff des „zivilen Ungehorsams“ nach heutigem Verständnis geprägt hat, als er 1849 einen Essay mit dem Titel „Civil Disobedience“ veröffentlichte.⁵ *Thoreau* rechtfertigte darin die Weigerung, seinen Steuerpflichten nachzukommen, mit seiner Ablehnung gegenüber der Sklaverei und dem Mexikokrieg stellte ein Handeln im Einklang mit dem eigenen Gewissen also über die Einhaltung gesetzlicher Pflichten.⁶ Der Fall *Thoreaus* lässt bereits ein zentrales Wesensmerkmal des zivilen Ungehorsams erkennen, das als kleinster gemeinsamer Nenner allen heutigen Definitionsansätzen zugrunde liegt, nämlich der bewusste Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht aus Gewissensgründen. Über weitere Merkmale und Legitimität des gewissensbedingten Gesetzesverstoßes hingegen herrscht Uneinigkeit: Ist es legitim, Gesetze zu brechen, die in keinem inneren Zusammenhang mit dem eigentlichen Anliegen stehen?⁷ Und sollten Gewissensgründe, hier im Wesentlichen verstanden als subjektive Gerechtigkeitsüberzeugungen, unter

⁴ Zur begrifflichen Klärung *Keller*, „Klimaterrorismus“ oder ziviler Ungehorsam? Eine Begriffsklärung, *sui generis* 2024, 123 ff.

⁵ *Thoreau*, *Civil Disobedience*, 1849. Im Deutschen lautet der Titel: Über die Pflicht zum Ungehorsam gegenüber dem Staat.

⁶ *Stratenwerth* in: *Oswald* (Hrsg.), *Macht und Recht*. Festschrift für *Heinrich Popitz* zum 65. Geburtstag, 1990, 257 ff., 259; *Wassermann* *ZfP* (30) 1983, 343 ff., 345.

⁷ Sog. „mittelbarer“ oder „indirekter“ ziviler Ungehorsam, dazu auch *Frankenberg* *JZ* 1984, 266 ff., 268 f.

demokratiethoretischen Erwägungen überhaupt zum Maßstab für politisches Handeln gemacht werden können?⁸

Begrifflich kann der „zivile Ungehorsam“ („civil disobedience“) dabei vom „gewaltlosen Widerstand“ („non-violent resistance“) unterschieden werden, wobei das Verhältnis beider Phänomene zueinander unklar ist. Gelegentlich wird der zivile Ungehorsam als „eigenständige Spielart des Widerstandes“⁹ angesehen; an anderer Stelle werden die Begrifflichkeiten mehr oder weniger gleichgesetzt.¹⁰ Bei *Gandhi* hingegen findet sich gar der Begriff des „zivilen Widerstandes“,¹¹ der die semantischen Grenzen gänzlich aufhebt. Ohne eine Klärung der Problematik zu beanspruchen, liegt dem vorliegenden Text ein Verständnis von „zivilem Ungehorsam“ als herausgehobene, gleichsam „typische“ Ausprägung gewaltfreien Widerstands zugrunde, da ziviler Ungehorsam nach der hier gebrauchten Definition stets Gewaltlosigkeit bedingt.

Die Kontroverse um das Phänomen des zivilen Ungehorsams berührt im Kern das Verhältnis von Legalität und Legitimität. Der vorliegende Beitrag fokussiert sich daher auf den zivilen Ungehorsam bzw. gewaltlosen Widerstand als Protestform im Rechtsstaat, dessen Gesetze demokratisch legitimiert sind und der grundsätzlich legale Möglichkeiten bereithält, gegen empfundene Missstände anzugehen. Nur deshalb verlangt ein gewissenbedingter Gesetzesbruch, der legale Protestformen bewusst ignoriert, eine besondere Legitimierung. In nicht-rechtsstaatlichen Ordnungen hingegen, in denen legales Protesthandeln von vornherein nicht zulässig ist, entfällt die besondere Begründungsbedürftigkeit mangels legaler Protestalternative; das Spannungsfeld aus Vereinbarkeit des Ungehorsams mit dem demokratischen Rechtsstaat, das die Vorbedingung der einschlägigen Legitimationsprobleme dieser Protestform ist, besteht nicht.¹² Gelegentlich wird angeführt, dass ein Gesetzesbruch im demokratischen Rechtsstaat nie legitim sein könne, weil es stets legale Pro-

⁸ Ablehnend etwa *Isensee* in: Braune (Hg.), *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, 2017, 229 ff., 232.

⁹ *Wassermann* (Fn. 6), S. 345.

¹⁰ *Frankenberg* (Fn. 7), S. 268.

¹¹ *Gandhi*, Letter to P. K. Rao, Servants of India Society, 1935, zitiert nach *Fischer*, *The Life of Mahatma Gandhi*, 1997, S. 87 ff.

¹² *Pfahl-Traugher*, Die Protestform des zivilen Ungehorsams, Bundeszentrale für politische Bildung, Beitrag vom 9.8.2023, abrufbar unter www.bpb.de/themen/linksextremismus/dossier-linksextremismus/523756/die-protestform-des-zivilen-ungehorsams (zuletzt abgerufen am 29.1.2025).

testmöglichkeiten gebe; andernfalls bestünde die Gefahr, dass eine aktive Minderheit ihre ethisch-moralischen Überzeugungen einer trägen Mehrheit aufdränge.¹³ Überwiegend jedoch wird ziviler Ungehorsam zwar als illegale, unter bestimmten Voraussetzungen gleichwohl legitime Protestform im Rechtsstaat anerkannt.¹⁴

Anknüpfend an *John Rawls* „Theorie der Gerechtigkeit“ hat *Jürgen Habermas* Anfang der 1980er Jahre eine entsprechende Definition vorgeschlagen, die hier als Ausgangspunkt dienen soll: „Ziviler Ungehorsam ist ein moralisch begründeter Protest, dem nicht nur private Glaubensüberzeugungen oder Eigeninteressen zugrunde liegen dürfen; er ist ein öffentlicher Akt, der in der Regel angekündigt ist und von der Polizei in seinem Ablauf kalkuliert werden kann; er schließt die vorsätzliche Verletzung einzelner Rechtsnormen ein, ohne den Gehorsam gegenüber der Rechtsordnung im Ganzen zu affizieren; er verlangt die Bereitschaft, für die rechtlichen Folgen der Normverletzung einzustehen; die Regelverletzung, in der sich ziviler Ungehorsam äußert, hat ausschließlich symbolischen Charakter – daraus ergibt sich schon die Begrenzung auf gewaltfreie Mittel des Protests.“¹⁵ Nach *Habermas*‘ Begriffsverständnis lässt sich Ungehorsam gegenüber dem Gesetz also dann als „zivil“ und damit als „legitim“ qualifizieren, wenn es sich um einen gewaltlosen und gewissenbestimmten Gesetzesbruch handelt, für den die handelnde Person bereit ist, die rechtlichen Konsequenzen zu tragen.

Entscheidend ist freilich nun die Frage, was unter „Gewaltlosigkeit“ zu verstehen ist. Bei *Habermas* ist der Gewaltbegriff eher unscharf;¹⁶ und auch darüber hinaus ist die Frage nach der Gewaltförmigkeit passiven Protests – also auch Straßenblockaden, bei denen es nicht zu Angriffen auf die körperliche Integrität oder das Eigentum Dritter kommt – seit jeher höchst umstritten. Im deutschen Diskurs zur Gewaltförmigkeit des

¹³ *Isensee*, Grundrecht auf Ungehorsam gegen das demokratische Gesetz?, in: *Streithofen* (Hg.), *Frieden im Lande*, 1983, 155 ff.; *Scholz* NJW 1983, 705 ff., 709; *Schwarz* NJW 2023, 275 ff., 276.

¹⁴ Umfassender Überblick über die verschiedenen Ansätze bei *Akbarian*, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, 2023, 100-126 ff. m.w.N.

¹⁵ *Habermas*, *Herbst 83 – oder die moralische Neutralisierung des Rechts*, in: *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985, 77 ff., 83; bereits bei *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1971, 401: „... öffentliche, gewaltfreie, gewissenhafte und zugleich politische Handlung, die gegen das Gesetz verstößt und in der Regel mit dem Ziel erfolgt, eine Änderung des Gesetzes oder der Politik der Regierung herbeizuführen.“

¹⁶ Umfassend zum Gewaltbegriff bei *Habermas* als auch zur Kritik an der Voraussetzung der Gewaltlosigkeit generell *Celikates* in: *Martinsen/Flügel-Martinsen* (Hg.), *Gewaltbefragungen*, 2013, 211 ff., 216 ff. m.w.N.

zivilen Ungehorsam wird dabei regelmäßig auf die (straf-) juristische Debatte und den Gewaltbegriff des Nötigungstatbestands – dazu sogleich – Bezug genommen. So entsteht jedoch die Gefahr der Begriffsverengung und einer gewissen zirkulären Argumentation, die die Grenzen der Disziplinen verschwimmen lässt.¹⁷

Ohne dies weiter vertiefen zu können, wird im Folgenden nun aus rechtvergleichender Perspektive untersucht, wie *das Strafrecht* mit Protestformen umgeht, die passiv und damit *prima facie* zivil und gemeinhin gewaltlos sind, es jedenfalls nicht zu körperlichen Gewalttätigkeiten oder Sachbeschädigungen kommt.

C. Rechtsvergleichende Perspektive

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die deutsche Rechtslage. Die hier vertretene These ist: Es lässt sich vermuten, dass der in der Rechtsprechung vertretene strafrechtliche Gewaltbegriff des Nötigungstatbestands schon aufgrund seiner historischen Entwicklung derart speziell ist, dass es sich lohnt, mit spezifischem Fokus insbesondere auf die Blockadeaktionen zu untersuchen, ob ähnliche Gewaltdefinitionen in den Strafrechtsordnungen anderer Staaten vertreten werden, und – sollte dem nicht so sein – wie das Strafrecht dieser Staaten mit derartigen Protestformen umgeht.

I. Ausgangspunkt: Die Rechtslage in Deutschland

Das deutsche Strafgesetzbuch erfasst die Strafbarkeit von Straßenblockaden nicht als eigenes Delikt, allerdings kommt regelmäßig eine Strafbarkeit wegen Nötigung gemäß § 240 StGB¹⁸ in Betracht. Dogmatischer Anknüpfungspunkt ist dabei die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Gewalt.¹⁹ In den letzten sechs Jahrzehnten hat sich die höchst-

¹⁷ Kritik bzgl. einer strafrechtlich informierten Ausweitung des Gewaltbegriffs bei *Frankenberg* (Fn. 7) 269: „Wenn Passivität als Entfaltung von Gewalttätigkeit und Streiks oder Sitzstreiks als gewaltsame Nötigung interpretiert werden, wenn auch das Unterlassen jeglicher physischen oder psychischen Zwangseinwirkung auf andere Personen bereits als passive Gewalt gelten kann, dann führt die Verpflichtung auf gewaltlose Protestmittel geradewegs zur Verpflichtung, auf jeglichen Protest zu verzichten, der als politisch motiviertes Dasein den Unmut anderer hervorrufen oder die Bewegungsfreiheit anderer auch nur unwesentlich beeinträchtigen könnte.“ *Keller* (Fn. 4), 131 f., schlägt vor, statt auf „Gewaltlosigkeit“ auf „Friedlichkeit“ abzustellen.

¹⁸ § 240 Abs. 1 und 2 StGB in der Fassung vom 4.11.2016, BGBl. I S. 2460.

¹⁹ Zum u.a. Gewaltbegriff im deutschen Strafrecht *Höffler NSW 2024, S. 355 ff.*

terliche Rechtsprechung immer weiter von der ursprünglichen Definition entfernt, die unter Gewalt „allein eine physische Einwirkung des Täters auf das Opfer, die bei diesem als physischer Zwang wirkt“, verstand. Nicht nur verlor die Voraussetzung der vom Täter aufzuwendenden Kraft immer weiter an Bedeutung, sondern auch das Erfordernis der körperlichen Zwangswirkung beim Opfer.²⁰ Im Ergebnis unverändert vertritt die Rechtsprechung damit seit Jahrzehnten – lediglich mit wechselnder dogmatischer Begründung – die Position, dass auch rein passives Verhalten Gewalt sein kann, sofern damit eine Zwangswirkung beim Opfer eintritt. Damit – und mit der skizzierten Voraussetzung der Gewaltlosigkeit des zivilen Ungehorsams – wird deutlich, dass das strafrechtlich-normative Verständnis von Gewalt einen definitorischen Kippunkt darstellt.

Das sogenannte „*Laepple*-Urteil“²¹ des Bundesgerichtshofs von 1969 markiert den Beginn dieser extensiven Auslegung des Gewaltbegriffs: Um gegen geplante Fahrpreiserhöhungen der Kölner Verkehrsbetriebe zu protestieren, hatte *Klaus Laepple* als AStA-Vorsitzender der Universität zu Köln 1966 Schienenabschnitte des Kölner Straßenbahnnetzes blockiert. Der BGH sah darin den Tatbestand der Nötigung aufgrund von Gewaltanwendung mittels „psychischen Zwangs“ als erfüllt an, hob den Freispruch des Landgerichts Wuppertal auf und verwies den Fall zurück. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, löste sich der BGH von der bis dahin zugrunde gelegten Definition von Gewalt, die den „unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte“ voraussetzte und stellte fest, dass es ausreiche, dass der Täter „mit geringem Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozeß“ beim Opfer in Gang setzte, es für eine Nötigungsstrafbarkeit folglich auf „das Gewicht der psychischen Einwirkung“ ankomme. Auf Grundlage dieses sogenannten „vergeistigten Gewaltbegriffs“ dehnte sich der Anwendungsbereich des Nötigungstatbestands erheblich aus.²²

Diese Auslegung des Gewaltbegriffs wurde in der Literatur von jeher kontrovers diskutiert.²³ Tatsächlich aber ließ auch die Rechtsprechung keine eindeutige Linie erkennen; so berücksichtigten diverse Entscheidungen in der Folgezeit weiterhin, ob eine physische Zwangswirkung

²⁰ Zum Ganzen BVerfGE 92, 1, 15.

²¹ BGHSt 23, 46.

²² Das Bundesverfassungsgericht verwarf den vergeistigten Gewaltbegriff zugunsten der „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“, BVerfGE 92, 1, 15.

²³ Umfangreiche Nachweise zum damaligen Diskussionsstand in BVerfGE 73, 206, 232 f.

beim Opfer eingetreten war.²⁴ Als in den 1980er Jahren Blockaden von Zugstrecken durch die Anti-Atom-Bewegung erneut die Frage nach der (Nötigungs-)Strafbarkeit von Straßen- bzw. Schienenblockaden aufwarfen, ließen Stimmen in der Literatur mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der extensiven Auslegung laut werden; anders als erhofft brachte das „Mutlangen-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts von 1986 wegen Stimmengleichheit im Senat jedoch keine Klärung in der Frage.²⁵

Eine Korrektur dieser Linie erfolgte erst mit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1995, das die Unvereinbarkeit der „vergeistigten“ Auslegung mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG feststellte.²⁶ Zur Begründung führte der Senat aus: „Der Begriff der Gewalt, der im allgemeinen Sprachgebrauch mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird, muß hier im Zusammenhang des Normgefüges verstanden werden. Der Gesetzgeber wollte in § 240 StGB nicht jede Zwangseinwirkung auf den Willen Dritter unter Strafe stellen. [...] Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 Abs. 2 StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, kann die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern muß über diesen hinausgehen. Deswegen verband sich mit dem Mittel der Gewalt im Unterschied zur Drohung von Anfang an die Vorstellung einer körperlichen Kraftentfaltung auf Seiten des Täters. Zwangseinwirkungen, die nicht auf dem Einsatz körperlicher Kraft, sondern auf geistig-seelischem Einfluß beruhen, erfüllen unter Umständen die Tatbestandsalternative der Drohung, nicht jedoch die der Gewaltanwendung.“²⁷

Eine rein psychische Zwangswirkung reicht für eine Nötigungsstrafbarkeit seitdem zwar nicht mehr aus. Viel geändert hat sich im Ergebnis aber trotzdem nicht: Teilnehmende von Sitzblockaden können grundsätzlich nach wie vor wegen Nötigung bestraft werden, bloß stützt sich die Rechtsprechung nun auf eine andere Begründung, bemüht nämlich die Figur der mittelbaren Täterschaft („Zweite-Reihe-Rechtsprechung“). Hindere

²⁴ Etwa BGHSt 23, 46; OLG Köln NJW 1983, 2206; weitere Nachweise bei *Sinn* in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 34.

²⁵ BVerfGE 73, 206.

²⁶ BVerfGE 92, 1.

²⁷ BVerfGE 92, 1, 16 f.

das Sitzen auf der Straße Fahrzeuge am Passieren, übten die Teilnehmenden der Sitzblockade zwar nur psychischen Zwang in Bezug auf die zunächst ankommenden Fahrzeuge aus, in Bezug auf die sich darauf stauenden Fahrzeuge jedoch liege – grundsätzlich tatbestandsmäßig – physischer Zwang vor. Wegen „Instrumentalisierung“ der ersten Fahrzeugreihe gegen die nachkommenden Fahrzeuge könne eine Nötigung in mittelbarer Täterschaft regelmäßig zu bejahen sein.²⁸

Da nach (vom Bundesverfassungsgericht bestätigter²⁹) Auffassung des BGH „auch geringer körperlicher Aufwand – dazu gehören das Sich-Hinsetzen oder das Sich-auf-die-Fahrbahn-Begeben – den Anforderungen an den Gewaltbegriff genügen kann, wenn seine Auswirkungen den Bereich des rein Psychischen verlassen und (auch) physisch wirkend sich als körperlicher Zwang darstellen,“³⁰ sind die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der Gewalt trotz Abkehr vom „vergeistigten Gewaltbegriff“ nach wie vor gering; rein passives Verhalten kann, sofern es als „physisch wirkender Zwang“ beim Opfer darstellt, dem Gewaltbegriff unterfallen.

Es erweitert die Komplexität dieser dogmatischen Konstruktion, dass die Rechtsprechung bei der Frage nach der Strafbarkeit einer Blockade außerdem danach unterscheidet, ob die Demonstrierenden durch schlichtes „Loslassen“ das Hindernis beseitigen können oder sich fest mit der Umgebung verbunden haben: „Gewalt im Sinne des § 240 StGB übt im Rahmen einer Blockadeaktion nur derjenige aus, der durch eine körperliche Kraftentfaltung einen körperlich wirkenden Zwang auf sein Opfer ausübt. An einer solchen körperlichen Zwangswirkung fehlt es, wenn der Täter über seinen eigenen Körper hinaus kein physisch wirkendes Hindernis schafft, sondern sich jederzeit selbst durch einfaches Loslassen befreien kann.“³¹

Auf Grundlage dieser Rechtsprechung kam es auch in jüngerer Vergangenheit mitunter zu Verurteilungen von Teilnehmenden von Straßenblockaden.³² Mitglieder der „Letzten Generation“ hatten sich im laufenden

²⁸ Grundlegend BGHSt 41, 182.

²⁹ BVerfG NJW 2011, 3020.

³⁰ BGHSt 41, 182, Rn. 9 f.

³¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2015, 2152; zuvor schon BGH NJW 1998, 2149; BVerfG NJW 2002, 1031.

³² Vgl. nur AG Freiburg 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, juris; AG München 30.11.2022 – 864 Ds 113 Js 200103/22, juris; AG München, 16.12.2022 – 851 Cs 113 Js 124160/22, juris; KG Berlin, Beschluss vom 31.01.2024 – 3 ORs 69/23, juris.

Verkehr auf den Straßen deutscher Großstädte gesetzt, dort mit Sekundenkleber festgeklebt und so eine Serie von Straßenblockaden verursacht, um gegen die Klimapolitik der Bundesregierung zu protestieren; die anschließenden Verurteilungen von Aktivist:innen ließen die Diskussion um die Gewalttätigkeit, Strafbarkeit und auch die Strafwürdigkeit von Blockadeaktionen erneut aufbranden. Angesichts der wiederkehrenden Kontroverse richtet sich das Augenmerk folgend auf andere europäische Rechtsordnungen, um die rechtliche Bewertung von Blockadeaktionen dort näher in den Fokus zu nehmen.

II. Zur Rechtslage in Österreich

Anders als in Deutschland gestaltet sich die Rechtslage in Österreich: Die österreichische Rechtsprechung legt den Gewaltbegriff – ähnlich wie das deutsche RG und der frühe BGH³³ – restriktiv aus und nimmt Gewalt nur bei „Einsatz nicht unerheblicher physischer Kraft zur Überwindung eines wirklichen oder erwarteten Widerstands“ an (sog. Körperlichkeitstheorie).³⁴ Passives Verhalten wie etwa das bloße „Rumsitzen“ oder auch das Sich-Festkleben auf der Straße gilt danach nicht als Gewalt, fehlt aufgrund der Passivität doch in aller Regel die zentrale Voraussetzung des „nicht unerheblichen Krafteinsatzes“. Auch wenn sich der Wortlaut des deutschen § 240 StGB und des österreichischen § 105 StGB³⁵ annähernd decken und die beiden Tatbestände im Wesentlichen die gleichen Merkmale beinhalten, bedeutet diese restriktive Tatbestandsauslegung für Teilnehmende von Blockadeaktionen, dass eine Strafbarkeit wegen Nötigung grundsätzlich nicht in Betracht kommt.

Gleichwohl gibt es in der österreichischen Rechtsprechung vereinzelt Abweichungen von dieser Auslegungspraxis.³⁶ Einzelne Entscheidungen nahmen für den Fall eines quergestellten Kraftfahrzeugs, dessen Fahrer einen Lastkraftwagen zum Anhalten bewegen wollte, eine Nötigung an mit der Begründung, dass die Bewegung des Kraftfahrzeugs durch den Fahrer mit einer „kinetischen Energie verbunden [sei], welche ihre zerstörerische Wirkung dann entfaltet, wenn ihr eine entsprechende Masse

³³ Zur historischen Entwicklung des Gewaltbegriffs in Deutschland siehe z.B. Eidam, in Matt/Renzikowski, 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 15 ff.

³⁴ *Kert* ÖJZ 272 ff., 273.

³⁵ § 105 öStGB in der Fassung vom 1.1.2016, BGBl. I Nr. 112/2015.

³⁶ Etwa OGH, 14.9.2021, 11 Os 89/21d; weitere Nachweise bei *Kert* (Fn. 34), 273.

entgegengestellt“ werde.³⁷ Nicht nur stößt diese weite Interpretation des Gewaltbegriffs in der österreichischen Literatur auf Kritik; für den Regelfall auch der jüngsten Blockadeaktionen, in denen die Demonstrierenden keine Gegenstände, sondern ihren eigenen Körper als „Hindernis“ einsetzen, ist sie mangels „entsprechender Masse“ ohne Belang. In Österreich gilt damit nach wie vor die Devise: Widerstand kann passiv sein, Gewalt nicht.³⁸

Kriminalstrafen kommen in Österreich demnach grundsätzlich nicht in Betracht, wenn es um die rechtliche Ahndung von Blockadeaktionen geht. Möglich sind jedoch Verwaltungsstrafen, etwa nach Vorschriften des Straßenverkehrsrechts und des Versammlungsrechts, etwa über § 81 Abs. 1 SP, § 76 Abs. 1 i.V.m. § 99 Abs. 3 lit. d StVO oder §§ 14, 19 VersG, die sich zumeist in Geldstrafen erschöpfen.³⁹ Auch wenn aus Teilen der österreichischen Politik gelegentlich Rufe nach einer Verschärfung der rechtlichen Konsequenzen laut werden,⁴⁰ zeichnen sich ernsthafte Bestrebungen mit dem Ziel einer Kriminalisierung von Straßenblockaden bislang nicht ab.

III. Zur Rechtslage in Frankreich

Blockadeaktionen gehören in Frankreich seit Jahrzehnten zum Reservoir ziviler Protestformen. In den letzten Jahren sorgten insbesondere die *gilets jaunes* (die sog. „Gelbwesten“) für mediale Aufmerksamkeit, als sie aus Ärger über die gestiegenen Benzinpreise Zufahrtsstraßen zu Einkaufszentren und Kreisverkehre im ganzen Land blockierten und von französischen Gerichten mit Geld- und Bewährungsstrafen belegt wurden. Ähnliche rechtliche Konsequenzen drohen nun auch den Teilnehmenden von Klima-Protesten, insbesondere von Gruppierungen wie *Dernière Génération* („Letzte Generation“), die nach dem gleichen Vorgehen wie in Deutschland seit 2022 eine Serie von Straßenblockaden verursachten und so erneut die öffentliche Debatte über um die Legalität der Straßenblockaden belebten.

³⁷ OGH, 28.3.1996, 15.Os.5/96.

³⁸ Zum ganzen Absatz *Lengauer* VerfBlog, 4.2.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/sitzen-ist-keine-gewalt> (zuletzt abgerufen am 29.1.2025).

³⁹ Etwa VG Wien, Az.: 001/016/7755/2023-8; VG Wien, Az.: 001/086/7664/2023-12.

⁴⁰ So forderte die Landeshauptfrau Niederösterreichs *Johanna Mikl-Leitner* (ÖVP) in einem Brief an Justizministerin *Alma Zadić* (Grüne) eine Verschärfung der rechtlichen Konsequenzen für die „Klimakleber:innen“, Presseberichterstattung des ORF vom 23.8.2023, abrufbar unter <https://noe.orf.at/stories/3221145/> (zuletzt abgerufen am 29.1.2025).

Anders als in Deutschland findet sich in Frankreich aber keine Strafvorschrift, die in der Entsprechung zum deutschen Strafgesetzbuch, dem *Code pénal*, eine Sanktionierung von Blockadeaktionen ermöglicht; maßgeblich für die Justiziabilität solcher Blockaden ist stattdessen der *Code de la route* – sozusagen die französische Straßenverkehrsordnung –, der straf- und verwaltungsrechtliche Vorschriften zu den allgemeinen Verkehrsregeln enthält. Gemäß Artikel L412-1 des *Code de la route*⁴¹ wird wegen *Entrave à la circulation* („Behinderung des Straßenverkehrs“) mit „bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe und 4500 € bestraft, wer auf einer öffentlichen Straße einen Gegenstand, der die Durchfahrt von Fahrzeugen behindert, platziert oder zu platzieren versucht, oder irgendein Mittel verwendet oder zu verwenden versucht, um den Verkehr zu behindern.“ Die Vorschrift findet nach französischer Rechtsprechung auch dann Anwendung, wenn sich – wie in den Fällen der *Dernière Génération* geschehen – die Demonstrierenden auf die Straße setzen und sich sozusagen selbst als „Mittel“ verwenden, um den Verkehr zu behindern. Neben der drohenden Freiheits- und Geldstrafe sind weitere Rechtsfolgen wie Entziehung der Fahrerlaubnis von bis zu drei Jahren und Einträge im Punktereiger nicht ausgeschlossen. Neben dem *Code de la route* besteht außerdem die Möglichkeit, wegen der Nichtanmeldung der Demonstration belangt zu werden, Artikel 431-9 des *Code pénal*; speziell für die Aktionen der „Letzten Generation“ war aber überwiegend die straßenverkehrsrechtliche Ahndung einschlägig.

Ähnlich wie in Deutschland führen Demonstrierende vor Gericht an, dass die Blockade auf Grundlage der Grundrechte der Meinungsfreiheit bzw. der Versammlungsfreiheit nicht strafrechtlich geahndet werden könne. Tatsächlich hat der Pariser *Cour d'appel* im Juni 2024 eine aktivistische Gruppe mit der Argumentation freigesprochen.⁴² Ob sich diese Ansicht in der französischen Rechtsprechung durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

Gleichzeitig scheinen in Frankreich verstärkt auch administrative Rechtsinstrumente genutzt zu werden, um Teile des Klimaprotests zu unterdrücken. Eine derartige Verschiebung der rechtlichen Adressie-

⁴¹ Article L4122-1 des *Code de la route* in der Fassung vom 26.1.2023.

⁴² Cour d'appel de Paris, 3.6.2024, n° 23/07097.

rung von bestimmten Phänomenen aus dem Strafrecht in das administrative Recht ist in Frankreich beispielsweise auch in der Terrorismusbekämpfung zu sehen.⁴³

IV. Zur Rechtslage in England und Wales

Auch im Vereinigten Königreich werden reine Blockadeaktionen nicht als Gewalt angesehen. Entsprechend waren Straftatbestände, die Formen des gewalttätigen Protests unter Strafe stellen, nicht einschlägig. Anwendbar waren hingegen unter bestimmten Voraussetzungen auch hier Tatbestände des *Highway Acts 1980* oder auch des *Road Traffic Acts 1988*.

Mit dem Ziel, diese Lücken zu schließen und die spezifischen Protestformen der Klimaaktivist:innen – wie das Blockieren von Straßen oder das Festkleben an Gebäuden oder Fahrzeugen – zu erfassen, wurden in jüngerer Zeit eine Reihe neuer Straftatbestände eingeführt. So trat im Mai 2023 der *Public Order Act 2023* in Kraft, der unter anderem das „locking-on“ als Protestform unter Strafe stellt (Rechtsfolge: bis zu 51 Wochen Freiheitsstrafe).⁴⁴ Die „offence of locking on“ greift dann, wenn sich eine Person mit einer anderen Person, einem Gegenstand oder Land verbindet („attach themselves to another person, to an object or to land“) und dies zu einer ernsthaften Störung („serious disruption“) für zwei oder mehrere Personen oder eine Organisation führt bzw. die Handlung zu einer solchen Störung geeignet ist. Diese ernsthafte Störung muss beabsichtigt oder jedenfalls fahrlässig (reckless) verursacht worden sein. Im Vorfeld dieser Straftat ist bereits unter Strafe gestellt, wenn eine Person einen Gegenstand – in der öffentlichen Diskussion werden u.a. genannt Kleber, Fahrradschlösser, Tape, Seile – mit sich führt, in der Absicht, dass dieser von irgendeiner Person für das „locking-on“ verwendet werden könnte („offence of being equipped for locking on“) (Rechtsfolge: Geldstrafe). Ebenfalls unter Strafe gestellt wird das Behindern oder Blockieren der Verkehrsinfrastruktur, die eine ernsthafte Störung zur Folge

⁴³ Vgl. z.B. UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism Concludes Visit to France, 23.5.2018 (new law adopted in October 2017 makes a number of profound changes to the counter-terrorism framework, which includes the prioritization of administrative measures as the undergirding legal basis to take measures to prevent terrorism and the establishment of a posteriori rather than a priori review, review is then taken through administrative rather than criminal law).

⁴⁴ Der *Public Order Act 2023* ist abrufbar unter www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/15/2024-10-31 (zuletzt besucht am 29.1.2025). In der öffentlichen Diskussion wird das Gesetz auch als „anti-protest bill“ bezeichnet.

hat. Ernsthafte Störung („serious disruption“) wird dabei legaldefiniert als die physische Behinderung, die es verhindert oder mehr als nur in geringem Maße beeinträchtigt, dass Personen oder Organisationen ihren täglichen Aktivitäten – inklusive einer Fortbewegungs- bzw. Reisetätigkeit – nachgehen.⁴⁵

Damit wurde vom Strafgesetzgeber explizit auf „störende“ Protestformen, wie jene der Klimaaktivist:innen reagiert.⁴⁶ Das Gesetz sieht eine Straffreistellung (defense) vor, sofern ein triftiger Grund („reasonable excuse“) für die Tat vorgelegt werden kann, wobei die Beweislast beim Angeklagten liegt.⁴⁷ Was unter einer solchen „reasonable excuse“ zu verstehen ist, ist unklar. Das Gesetz, inklusive seiner extremen Vorfeldverlagerung, wurde und wird stark kritisiert, nicht zuletzt wegen seines „chilling effect“ bei *non-violent protests* und Eingriffen in die Versammlungsfreiheit (freedom to protest).⁴⁸

D. Schlussbemerkungen

Dieser kursorische Rechtsvergleich zeigt, dass der deutsche Gewaltbegriff im Strafrecht – genauer: im Nötigungstatbestand – jedenfalls im Kreis der untersuchten Strafrechtsordnungen von deren Verständnis abweicht. In anderen Staaten als *gewaltlos* verstandener Protest wird in Deutschland unter als im Sinne des Nötigungstatbestands gewalttätiger Widerstand kriminalisiert. Die Grenzziehung und der Übergang von gewaltlosem zu gewalttätigem Widerstand findet in Deutschland damit

⁴⁵ Section 34 Public Order Act 2023: „For the purposes of this Act, the cases in which individuals or an organisation may suffer serious disruption include, in particular, where the individuals or the organisation (a) are by way of physical obstruction prevented, or hindered to more than a minor degree, from carrying out (i) their day-to-day activities (including in particular the making of a journey), [...]“.

⁴⁶ Vgl. Explanatory Notes, Public Order Bill, S. 3, abrufbar unter <https://bills.parliament.uk/publications/48142/documents/2370> (zuletzt abgerufen am 29.1.2025).

⁴⁷ Section 1(2) Public Order Act 2023: „It is a defence for a person charged with an offence under subsection (1) to prove that they had a reasonable excuse for the act mentioned in paragraph (a) of that subsection.“.

⁴⁸ Vgl. *Lakhani/Gayle/Taylor* The Guardian, 12.10.2023, abrufbar unter www.theguardian.com/environment/2023/oct/12/how-criminalisation-is-being-used-to-silence-climate-activists-across-the-world (zuletzt abgerufen am 29.1.2025). Bemerkenswert ist, dass die Regierung einige der Straftatbestände bereits mit dem *Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022* einführen wollte, was seinerzeit vom House of Lords mit der Begründung, dass sie Protest kriminalisierten und den „freedom to protest“ zu sehr einschränkten, abgelehnt worden war. Nur wenig später wurde dann der *Public Order Act* mit diesen Straftatbeständen erneut eingeführt. Siehe Explanatory Notes, Public Order Bill, S. 4, abrufbar unter <https://bills.parliament.uk/publications/48142/documents/2370> (zuletzt abgerufen am 29.1.2025).

über das Strafrecht statt und beeinflusst so die außerstrafrechtliche Debatte.

In anderen Staaten wird die Trennlinie zwischen gewaltfreiem und gewalttätigem Protest hingegen schärfer gezogen und auch strafrechtlich aufrecht erhalten. Entsprechend greifen hier allenfalls andere Straftatbestände, insbesondere Regelungen des Straßenverkehrsrechts. Gezeigt hat sich jedoch zugleich, dass in den anderen Staaten diese strafrechtliche Situation als unbefriedigend empfunden wurde bzw. wird. Dies gilt vor allem für das Vereinigte Königreich und mit Abstrichen auch für Österreich. Im protesterprobten Frankreich scheint das Strafrecht unverändert, stattdessen wurde auf administrative Rechtsinstrumente zurückgegriffen. Und während in Österreich eine an die deutsche Rechtslage angelehnte Änderung der Auslegung des Gewaltbegriffs diskutiert wird, hat in England/Wales – gerade mit Blick auf Klimaproteste – eine ganz erhebliche Kriminalisierung von weiterhin als *non-violent* angesehenen Protestformen stattgefunden.

Zur Kritik an der Ersatzfreiheitsstrafe – Ein Beitrag zur Abschaffung einer ungerechten Ersatzsanktion

Sven Großmann, Augsburg*

ABSTRACT

Der Aufsatz setzt sich kritisch mit der in § 43 StGB geregelten Ersatzfreiheitsstrafe (EFS) auseinander. Nach einer Darstellung der Geschichte der Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe in Deutschland, wird die Möglichkeit einer Abschaffung der EFS diskutiert. Obwohl der Beitrag dabei zu dem Schluss kommt, dass eine gänzliche Abschaffung der EFS vorzugswürdig ist, werden abschließend noch einige Reformideen skizziert, durch die sich zumindest die Zahl der EFS-Gefangenen deutlich verringern ließe.

A. Einleitung

Über eine Abschaffung oder Reform der Ersatzfreiheitsstrafe (EFS) wird seit Jahrzehnten intensiv diskutiert. Obwohl sie vor allem im Schrifttum vielfach kritisch bewertet wird und selbst die meisten ihrer Befürworter in ihr nur eine „leidvolle Notwendigkeit“¹ sehen, hat sie seit den 1990er Jahren einen erheblichen Bedeutungszuwachs erfahren. Derzeit sind etwa 10 % aller inhaftierten Personen in deutschen Gefängnissen EFS-Gefangene,² womit Deutschland im europäischen Vergleich mit Abstand Spitzenreiter ist.³ In keinem anderen Land Europas müssen so viele Menschen wegen einfacher Bagatelldaten eine Haftstrafe verbüßen, nur weil

* Der Verfasser ist Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Augsburg (Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel). Kontakt: sven.grossmann@jura.uni-augsburg.de.

¹ So etwa *Tröndle* ZStW 86 (1974), 545, 571.

² *Albrecht*, in Nomos Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2023, § 43 Rn. 1 mwN.

³ *Dünkel* NK 2022, 253 ff.; *Treig/Pruin* Forum Strafvollzug 2018, 10, 13.



sie zu arm sind, ihre Geldstrafenschulden zu begleichen. Bis Anfang dieses Jahres enthielt § 43 StGB a.F. einen starren Umrechnungsschlüssel, wonach bei Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe jeder Tagessatz durch einen Tag Freiheitsstrafe ersetzt werden musste. Fast ein halbes Jahrhundert war dieser Umrechnungsmaßstab in Kraft, ehe der Gesetzgeber ihn unlängst halbiert hat:⁴ Am 1.2.2024 ist der neue Umrechnungsschlüssel in Kraft getreten. Seitdem entsprechen zwei Tagessätze einem Tag Freiheitsstrafe (§ 43 S. 2 StGB n.F.). Der nachfolgende Aufsatz nimmt diese Reform zum Anlass, die Notwendigkeit der EFS für unsere Strafrechtsordnung grundsätzlich zu hinterfragen.

B. Überblick über die Geschichte der Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe

Die Geldstrafe hat sich in den letzten 200 Jahren zur Hauptsanktion des deutschen Strafrechts entwickelt. Spielte sie noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine vollkommen untergeordnete Rolle, avancierte sie innerhalb weniger Jahrzehnte zur vorherrschenden Strafe zur Ahndung von Bagatellkriminalität. Im Reichsstrafgesetzbuch von 1871 (RStGB) sahen bereits 77 Straftatbestände eine Geldstrafe als mögliche Sanktion vor.⁵ In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des RStGB setzten zwar noch knapp 80 % aller Verurteilungen Freiheits- und nur 20 % Geldstrafen fest, dieses Verhältnis kehrte sich jedoch innerhalb eines Jahrhunderts um. Seit den 1970er Jahren liegt der Anteil der Geldstrafen an den ausgesprochenen Sanktionen im Erwachsenenstrafrecht in der BRD stabil bei ca. 80 %.⁶ Diese Entwicklung ist maßgeblich auf die Kritik an der Verhängung kurzer Freiheitsstrafen zurückzuführen, über deren Schädlichkeit man sich bereits Ende des 19. Jahrhunderts in der Wissenschaft weitgehend einig war.⁷ Um jedoch auch bei Vermögenslosigkeit verurteilter Personen nicht auf ein spürbares Strafübel zu verzichten, sah schon die Urfassung des RStGB in § 28 die Umwandlung einer „nicht beizutreibenden Geldstrafe“ in eine Freiheitsstrafe vor. Diese Freiheitsstrafe war damit nicht als Beugemittel, sondern als echte Ersatzstrafe mit Tilgungswirkung konzipiert⁸ und war durch einen Richter anzuordnen.⁹

⁴ BGBl. 2023 I Nr. 203 vom 2.8.2023.

⁵ *Wilde*, Armut und Strafe, 2016, S. 40 Fn. 18.

⁶ *Wilde*, Armut und Strafe, S. 39 f.

⁷ Vgl. etwa v. *Liszt* ZStW 9 (1889), 737, 743; *Wilde*, Armut und Strafe, S. 41 mwN.

⁸ *Wilde*, Armut und Strafe, S. 43.

⁹ Vgl. *Schwarze*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1872, S. 114; *Oppenhoff*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1873, S. 55.

Lag und liegt der Wert der Geldstrafe vor allem darin, die als schädlich befundenen, kurzfristigen Freiheitsstrafen zurückzudrängen, erscheint es widersprüchlich, auf die Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe *zwingend* mit eben einer solchen kurzen Freiheitsstrafe zu reagieren.¹⁰ Es verwundert daher nicht, dass sich dieses Konzept von Anfang an grundsätzlicher Kritik ausgesetzt sah. Im Mittelpunkt stand dabei der Vorwurf, dass es sich bei der EFS um eine „Bestrafung der Armen der Armuth halber“¹¹ und damit um „Klassenjustiz“¹² handle. So war etwa Mittelstädt auf dem Deutschen Juristentag 1891 der Meinung, dass es gerechter sei, absolut unvollstreckbare Geldstrafen einfach unvollstreckt zu lassen: „Wer so arm und elend ist, daß er eine ihm zuerkannte Geldstrafe schlechterdings zu bezahlen oder abzuarbeiten unfähig ist, der ist schwer genug heimgesucht, um den Verzicht auf den Strafvollzug zu rechtfertigen. War sein Delict so geartet, daß der Strafrichter nur eine Geldbuße für angemessen erachtete, so scheint es mir doch befremdlich, daß er nun zur Strafe für seine Armuth an Leib und Freiheit und nicht an Geld und Gut büßen soll.“¹³ Als einer der profiliertesten Kritiker kurzer Freiheitsstrafen, lehnte auch v. Liszt die EFS ab und wollte sie im Wesentlichen durch Strafarbeit ersetzt wissen.¹⁴

Im Kontext des sich um die Jahrhundertwende immer deutlicher artikulierenden gesellschaftlichen Bewusstseins für die sozialen Ungleichheiten jener Zeit diskutierte die Strafrechtswissenschaft Ideen, wie die Geldsummenstrafe des RStGB unter Berücksichtigung der individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse der betroffenen Personen reformiert und die Geldstrafe so nach dem Prinzip der „Opfergleichheit“ ausgestaltet werden könnte.¹⁵ Dabei erörterte man u. a. Möglichkeiten, wie man die Geldstrafe der allgemeinen persönlichen Einkommensteuer entsprechend als Bruchteil des Einkommens und nicht des Vermögens bemessen könnte.¹⁶ Der Gesetzgeber übernahm diese Ideen jedoch nicht. Die wirtschaftlichen Verhältnisse blieben lediglich eines von vielen zu

¹⁰ So auch *Eb. Schmidt* NJW 1967, 1929, 1938.

¹¹ *Felisch*, Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages, Band I, 1895, S. 300.

¹² *Merkel*, Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages, Band II, 1895, S. 387.

¹³ *Mittelstädt*, Gutachten zum 21. Deutschen Juristentag, Band II, 1891, S. 67.

¹⁴ v. *Liszt* ZStW 9 (1889), 737, 780.

¹⁵ Vgl. hierzu umfassend v. *Selle*, Gerechte Geldstrafe, 1996, S. 59 ff. (mwN auf S. 60 Fn. 127); *Wilde*, Armut und Strafe, S. 44 ff.

¹⁶ v. *Selle*, Gerechte Geldstrafe, S. 62 ff. mwN.

berücksichtigenden Strafzumessungskriterien.¹⁷ Auch während der Weimarer Republik, in der es infolge der Geldstrafengesetze von 1921¹⁸ und 1923¹⁹ zu einer merklichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Geldstrafe kam, blieben sowohl die Zumessungsmechanismen als auch die Anordnungsvoraussetzungen der EFS weitgehend unverändert.²⁰ Erst das 1975 in Kraft getretene Tagessatzmodell stellte eine grundlegende Neuausrichtung der Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe dar: Während sich zuvor aus der verhängten Geldstrafe nicht ableiten ließ, inwieweit sich ihre Höhe aus der Schwere der Schuld und den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der verurteilten Person zusammensetzte, ist das bis heute geltende Tagessatzmodell ungleich transparenter ausgestaltet, da es eine Aufteilung in eine tat- und schuldangemessene Tagesatzzahl und eine der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechenden Tagesatzhöhe vorsieht.²¹ Die Einführung des Tagessatzmodells hatte auch direkte Auswirkungen auf die Ersatzfreiheitsstrafe. Bestimmte sich deren Höhe zuvor nach freiem richterlichen Ermessen (vgl. § 29 III StGB a.F.),²² führte der Gesetzgeber im neugefassten § 43 StGB a.F. einen automatischen Umrechnungsmaßstab ein, wonach bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe jeder Tagessatz durch einen Tag EFS verbüßt werden musste. Eines eigenen richterlichen Auspruchs über die EFS bedarf es seitdem nicht mehr.²³ Die Stimmen, die sich im Rahmen des Reformprozesses für eine komplette Abschaffung der EFS einsetzten,²⁴ konnten sich ebenso wenig durchsetzen, wie diejenigen, die sich in Anbetracht der fehlenden Vergleichbarkeit von Geld- und Freiheitsstrafe für einen milderen Umrechnungsmaßstab von 2:1 stark machten.²⁵ Auch dem Vorschlag, die Vollstreckung der EFS von einer besonderen Anordnung des Gerichts abhängig zu machen, folgte man

¹⁷ v. Selle, Gerechte Geldstrafe, S. 68; bereits Stenglein GS 47 (1892), 264, 270 ff.

¹⁸ Gesetz vom 21.12.1921 (RGBl. S. 1604).

¹⁹ Gesetz vom 27.4.1923 (RGBl. I S. 254).

²⁰ v. Selle, Gerechte Geldstrafe, S. 68 f. Fn. 169.

²¹ Vgl. hierzu BT-Drs. 5/4095. S. 20.

²² Vgl. Ebermayer/Lobe/Rosenberg, Reichs-Strafgesetzbuch nach seinen Abänderungen durch die neueste Gesetzgebung, 1933, § 29 RStGB Rn. 9.

²³ Vgl. Tröndle, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 1985, § 43 Rn. 3.

²⁴ Eb. Schmidt NJW 1967, 1929, 1938; Peters in Tagungsberichte der Strafvollzugskommission 1967, S. 60 sowie ebd. auf S. 146.

²⁵ Vgl. hierzu Grube, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 43 Rn. 6 mwN; krit. auch bereits Tröndle ZStW 86 (1974), 545, 575 ff.

nicht.²⁶ Die EFS mit ihrem automatischen Umrechnungsschlüssel wurde und wird von vielen bis heute als „Rückgrat der Geldstrafe“ gesehen.²⁷

In den Jahrzehnten nach Einführung des Tagessatzmodells und der Anpassung der EFS hieran, hat es jedoch eine Vielzahl von Vorstößen gegeben, den als zu hart empfundenen Umrechnungsschlüssel zu reformieren.²⁸ Erstaunlicherweise sollte es aber bis zum 22.6.2023 und damit fast 50 Jahre dauern, ehe der Bundestag mit dem „Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts“ eine Abschwächung des Umrechnungsmaßstabs auf 2:1 beschloss.²⁹ Ein Gegenantrag der Fraktion „Die Linke“, der eine Abschaffung der EFS vorsah, fand wiederum keine Mehrheit.³⁰ Die am 1.2.2024 in Kraft getretene Umgestaltung der Regelungen zur Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe sah neben der Halbierung der EFS auch eine terminologische Klarstellung vor: Der neugefasste § 43 StGB verwendet nunmehr einheitlich den Begriff „Ersatzfreiheitsstrafe“.³¹ Um die Vollstreckung der EFS künftig häufiger durch das Ableisten gemeinnütziger Arbeit zu verhindern, ist die verurteilte Person gem. § 459e II 2 StPO ausdrücklich auf die entsprechenden Möglichkeiten hinzuweisen. Weiterhin bedarf es aber weder einer mündlichen Anhörung der betroffenen Personen vor Anordnung der EFS noch einer zwingenden Zuziehung der Gerichtshilfe.³²

C. Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe

Mit der kürzlich realisierten Halbierung des Umrechnungsmaßstabs ging der Gesetzgeber nach einem halben Jahrhundert Stillstand sicherlich das drängendste Problem der EFS an. Angesichts dieser langen Zeitspanne darf die Reform daher auch als „historisch“³³ bewertet werden. Im Schrifttum löste das Gesetz dennoch keine große Euphorie aus. Es wird befürchtet, dass auch diese abgemilderte Fassung der EFS deren

²⁶ Hierzu *Tröndle* ZStW 86 (1974), 545, 565 mwN.

²⁷ So etwa *Tröndle* MDR 1972, 466; *ders.* ZStW 86 (1974), 545, 571; *Tiedemann* JZ 1980, 489, 492; *LK/StGB-Grube*, § 43 Rn. 1 mwN; vgl. auch *Kubiciel*, Stellungnahme vom 3. April 2019 zu BT-Drs. 19/1689, S. 3 mwN.

²⁸ Vgl. den Überblick bei BT-Drs. 20/5913, S. 35 f. mwN.

²⁹ BGBl. 2023 I Nr. 203 vom 02.08.2023.

³⁰ BT-Drs. 20/4420; vgl. zuvor bereits BT-Drs. 19/1689.

³¹ *Baur* NStZ 2024, 74, 75.

³² Krit. *Baur* NStZ 2024, 74, 76; *Kaspar* GA 2023, 421, 424; *Radtke*, in *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 9.

³³ So Bundesjustizminister Buschmann, zit. nach *Baur* NStZ 2024, 74 Fn. 3.

grundsätzliche Probleme nicht beheben wird.³⁴ Zwar werden die angeordneten EFS künftig voraussichtlich kürzer (soweit die Reform nicht zu einer schleichenden Verschärfung der Sanktionierungspraxis führen sollte),³⁵ die Zahl der betroffenen Personen wird sich jedoch allenfalls geringfügig verringern.³⁶ Die ganz grundsätzlichen Fragen nach Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit einer wegen Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe zwingend zu verbüßenden Straftat blieben unbeantwortet. Im nachfolgenden Abschnitt soll daher erörtert werden, ob die seit Jahrzehnten, Glaubenssätzen gleich, vorgebrachten Argumente gegen eine Abschaffung der EFS für sich genommen und angesichts der schädlichen Wirkung von kurzzeitigen EFS tatsächlich überzeugen können.

I. Unverzichtbares Druckmittel?

Ein Hauptargument für die Beibehaltung der EFS lautet, dass bei deren Wegfall ein wichtiges Druckmittel zur effektiven Durchsetzung der Geldstrafe verloren ginge.³⁷ So heißt es etwa im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten“: „Die Erfahrungen der Praxis belegen, dass in einer nicht unerheblichen Anzahl der Fälle die Ersatzfreiheitsstrafe ein taugliches Instrument ist, um die Vollstreckung von Geldstrafen (...) zu realisieren. In einer Vielzahl von Fällen erfolgt sowohl kurz vor als auch noch nach Strafantritt eine Zahlung der Geldstrafe zur Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe.“³⁸ In der Tat werden nach Androhung oder Anordnung einer EFS in etwa zwei Dritteln aller Fälle die Geldstrafenschulden noch beglichen.³⁹ So eindrucksvoll diese Zahlen auf den ersten Blick sein mögen, als Bestätigung für die Notwendigkeit der Beibehaltung der EFS taugen sie nicht. Im Gegenteil offenbaren sie, in welchem erheblichem Ausmaß die EFS in ihrer derzeitigen Form *contra legem* als Beugehaft gegen Zahlungsunwillige zweckentfremdet wird.⁴⁰ Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut darf die EFS nur bei „uneinbringlichen“ Geldstrafen als deren Surrogat zum

³⁴ Vgl. *Wilde* KriPoZ 2022, 318; *Dünkel* NK 2022, 253; *Kaspar* GA 2023, 421; *Baur* NStZ 2024, 74.

³⁵ So auch *Baur* NStZ 2024, 74.

³⁶ Hierauf zurecht hinweisend *Kaspar* StV 7/2023, Editorial.

³⁷ Vgl. *RefE*, S. 10; *Tröndle* ZStW 86 (1974), 545, 557 ff.; *Meier* StV 2022, 759, 762; *Kudlich/Göken* ZRP 2022, 177, 178; *MüKo/StGB-Radtke*, § 43 Rn. 2; *NK/StGB-Albrecht*, § 43 Rn. 2.

³⁸ Vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, S. 124.

³⁹ *NK/StGB-Albrecht*, § 43 Rn. 2; *Dünkel* NK 2022, 253, 261 mwN.

⁴⁰ So bereits *Seebode* in *Feuerhelm/Schwind/Bock* (Hrsg.), *Festschrift für Alexander Böhm*, 1999, S. 534; weitere Nachweise bei *v. Selle*, *Gerechte Geldstrafe*, S. 98 Fn. 35.

Einsatz kommen. Eine Geldstrafe ist dann uneinbringlich, wenn sie trotz wiederholter, ernsthafter (!) Vollstreckungsversuche nicht beigetrieben werden kann oder zu erwarten ist, dass entsprechende Beitreibungsversuche in absehbarer Zeit nicht zum Erfolg führen werden (§ 495c II StPO). Auch wenn die derzeitige Praxis etwas anderes suggeriert, steht dem zahlungsunwilligen Geldstrafenschuldner damit gerade keine Wahlmöglichkeit zwischen „Geld“ und „Haft“ zu.⁴¹ Wenn indes in bis zu zwei Dritteln der Fälle die Geldstrafe nach Androhung oder -ordnung der EFS doch noch gezahlt wird, offenbart dies eine vollkommen verfehlte Vollstreckungspraxis, die mit „administrativer Bequemlichkeit“⁴² sehr wohlwollend umschrieben ist. Der gesetzeswidrige Einsatz einer ausschließlich als Ersatzsanktion für *Zahlungsunfähige* konzipierten EFS als Mittel, die Zahlung *Unwilliger* zu erzwingen, ist eines liberalen Rechtsstaats unwürdig. Hieran ändert auch dessen empirisch belegte Effektivität nichts. Dass die Strafvollstreckungsbehörden ohne Rückgriff auf die EFS nicht dazu in der Lage sein sollen, Geldstrafen im Wege der Zwangsvollstreckung konsequent beizutreiben, ist überdies kaum nachvollziehbar. Insbesondere in Kombination mit der Möglichkeit, einen Vermögensarrest zur Sicherung einer Geldstrafe anzuordnen (§ 111e II StPO), sollte unser Staat Geldstrafen auch bei den renitentesten Zahlungsverweigerern einziehen können. Im Mittelpunkt künftiger Reformen sollte vor allem die Verbesserung der Praxis der Geldstrafenvollstreckung stehen. Sollte man auch künftig nicht auf das Druckmittel „Gefängnis“ verzichten wollen, böte sich, wie von Eb. Schmidt bereits im Jahr 1967 gefordert,⁴³ die Einführung einer § 96 OWiG entsprechenden, zeitlich begrenzten, Erziehungshaft an, die ausschließlich gegen unwillige Zahlungsfähige nach Anhörung gerichtlich angeordnet werden kann und die im Unterschied zur EFS gerade keine Tilgungswirkung entfaltet.⁴⁴ Auf die EFS in ihrer bedenklichen Funktion als „Druckmittel“ könnte spätestens dann verzichtet werden.

⁴¹ v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK-StGB, 61. Ed. 1.5.2024, § 43 Rn. 3; Bußmann in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 43 Rn. 2; Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 43 Rn. 3; NK/StGB-Albrecht, § 43 Rn. 5 und 7; Wolters, in Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 43 Rn. 6.

⁴² So NK/StGB-Albrecht, § 43 Rn. 5.

⁴³ Eb. Schmidt NJW 1967, 1929, 1938; vgl. ferner Grebing ZStW 88 (1976), 1049, 1112; Seebode in FS-Böhm, S. 534.

⁴⁴ So bspw. auch in Frankreich, vgl. NK/StGB-Albrecht, § 43 Rn. 3; Seebode in FS-Böhm, S. 521; zum französischen Recht bereits RGSt 45, 332, 333 ff.

II. Muss Strafe immer sein?

Für die Beibehaltung der EFS wird ferner angeführt, dass sie zur Erreichung der mit dem Strafrecht verfolgten Ziele unerlässlich sei und der Rechtsgüterschutz ohne sie gefährdet wäre.⁴⁵ Eine Bestrafung ohne Auflegung eines Strafübels sei historisch und begrifflich schwer vorstellbar und letztlich dysfunktional. Ferner sicherten dessen Androhung und Vollzug die Normgeltung.⁴⁶ Tröndle befürchtete bei Abschaffung der EFS gar die Etablierung einer „Klassenjustiz neuer Art“: „Ein Staat, der sein Recht zu strafen nicht gegenüber jedermann durchzusetzen vermag, kapituliert nicht nur vor dem Unrecht: Er setzt kriminogene Kräfte frei.“⁴⁷

In der Tat erscheint der Verzicht auf den Vollzug eines Strafübels wegen Mittellosigkeit v.a. aus Gerechtigkeitserwägungen nicht unproblematisch. Armut allein kann selbstverständlich keine Erlaubnis zur Begehung von Straftaten geben. Dies hat auch der U.S. Supreme Court in einer in diesem Kontext gern zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1983 unterstrichen: „Poverty in no way immunizes from punishment“.⁴⁸ Allerdings hat er in dieser Entscheidung zugleich betont, dass die Verhängung einer EFS regelmäßig dann verfassungswidrig ist, wenn die betroffene Person ohne eigenes Verschulden dazu unfähig ist, die Geldstrafe zu begleichen.⁴⁹

Die Frage, ob und in welchem Umfang auf den Vollzug einer Strafe verzichtet werden kann, hängt entscheidend von der Schwere des begangenen Unrechts und der persönlichen Situation der verurteilten Person ab. Unter Berücksichtigung der nach allgemeinem Verständnis mit Strafe verfolgten Ziele ist daher zu erörtern, ob die EFS in unserem Sanktionensystem tatsächlich eine so tragende Rolle einnimmt, wie von ihren Befürworter:innen behauptet.

⁴⁵ BeckOK/StGB-v. *Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 1 u. 8; MüKo/StGB-*Radtke*, § 43 Rn. 2; LK/StGB-*Grube*, § 43 Rn. 1.

⁴⁶ So *Kubiciel*, Stellungnahme vom 3. April 2019 zu BT-Drs. 19/1689, S. 2 mwN.

⁴⁷ *Tröndle* MDR 1972, 461, 467; vgl. auch *ders.* ZStW 86 (1974), 545, 569.

⁴⁸ *Bearden v. Georgia*, 461 US. 660 (1983), 669.

⁴⁹ *Bearden v. Georgia*, 461 US. 660 (1983), 672 f.; vgl. bereits *Williams v. Illinois*, 399 U. S. 235 (1970) und *Tate v. Short*, 401 U.S. 395 (1971).

1. Schuldausgleich

Die meisten Anlasstaten, für die heute eine EFS angeordnet wird, sind der Bagatellkriminalität zuzuordnen: Neben der Beförderungserschleichung als typischster Fallgruppe werden die meisten EFS zudem wegen kleinerer BtM-Vergehen und geringfügiger Eigentumsdelikte, wie Ladendiebstählen, angeordnet.⁵⁰ Für viele dieser klassischen EFS-Delikte werden aus guten Gründen seit Jahrzehnten Entkriminalisierungsforderungen erhoben. Dass der Strafgesetzgeber diesen bislang nur teilweise entsprochen hat, ändert nichts daran, dass es sich überwiegend um Taten handelt, deren sozialer Unwertgehalt äußerst gering ist und die häufig nur deshalb nicht aus Opportunitätsgründen eingestellt werden können, weil es sich um Wiederholungstaten handelt.⁵¹ Zudem hat der Gesetzgeber bereits heute eine Reihe von Regelungen implementiert, die die vermeintlich zwingende Verknüpfung von gerichtlicher Tat- und Schuldfeststellung mit der Verhängung eines *spürbaren* Strafübels auflösen: Die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB), das Absehen von Strafe (§ 60 StGB) sowie die Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB) zeigen deutlich, dass auf den sozialetischen Tadel der Verurteilung eben nicht in allen Fällen zwingend ein direktes Strafübel in Form eines Freiheits- oder Eigentumsentzugs folgen muss. Eine komplette oder zumindest teilweise Abschaffung der EFS für absolute Bagatelltaten wäre daher unter dem Aspekt des Schuldausgleichs unbedenklich und ließe sich gut in die bestehende Rechtsfolgensystematik des StGB einfügen.⁵²

2. Spezialprävention

Um die Folgen einer Abschaffung der EFS aus spezialpräventiver Sicht bewerten zu können, ist zunächst der Blick auf die Menschen zu richten, die typischerweise von EFS betroffen sind. Wie Studien belegen, handelt es sich dabei zumeist um Personen, die marginalisiert und sozio-ökonomisch stark benachteiligt sind: Die Lebenswirklichkeit der meisten EFS-Gefangenen ist geprägt von Verschuldung, Arbeitslosigkeit und Isolation. In vielen Fällen kommen Wohnungslosigkeit, Substanzabhängigkeit und

⁵⁰ Bartsch in Bartsch/Hoven/Limberg/Maelicke/Merckle (Hrsg.), *Resozialisierung, Opferschutz, Restorative Justice*, 2023, S. 19 f. mwN; *Dünkel* NK 2022, 253, 259 mwN.

⁵¹ Hierauf zurecht hinweisend *Kaspar* GA 2023, 421, 435.

⁵² So i. Erg. auch *Kaspar* GA 2023, 421, 437.

psychische Erkrankungen hinzu.⁵³ Etwa 15-22 % aller zur Vollstreckung einer EFS-Inhaftierten werden zudem als suizidgefährdet eingestuft.⁵⁴

Vor diesem Hintergrund würde eine Abschaffung der EFS unter spezialpräventiven Gesichtspunkten wohl kaum negative Auswirkungen haben. Da die Taten der EFS-Gefangenen zumeist in direktem Zusammenhang mit ihren prekären Lebensumständen (insbesondere bei Suchterkrankungen) stehen, dürfte von der Vollstreckung der EFS in der Regel kein individueller Abschreckungseffekt ausgehen, der die Begehung weiterer, vergleichbarer Taten in der Zukunft verhindern kann.⁵⁵ Aufgrund der seit langem bekannten, negativen Folgen kurzer Freiheitsstrafen, kommt es im Gegenteil häufig zu einer weiteren Verschlechterung der Lebenssituation der Betroffenen: Zu dem typischen „Inhaftierungsschock“ der Anfangszeit treten häufig Deprivation, Stigmatisierung und Sorgen um die sozialen Beziehungen außerhalb der Haftanstalt hinzu.⁵⁶ Ein wirksamer „Behandlungsvollzug“ wird angesichts der Kürze des Freiheitsentzugs für unmöglich gehalten, zugleich aber der Kontakt zu den Mithäftlingen als schädlich erachtet.⁵⁷ Selbst die Gesetzesbegründung zur aktuellen Reform der EFS kommt daher zu dem Schluss, „dass die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe zumeist (...) keine resozialisierende Wirkung entfaltet.“⁵⁸ Aus spezialpräventiver Sicht verbleibt damit lediglich der Sicherungsaspekt, also der auf die Inhaftierungszeit begrenzte Schutz der Gesellschaft vor der verurteilten Person. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Tatgerichte ursprünglich aufgrund der Bagatellhaftigkeit der jeweiligen Taten lediglich zur Zahlung von Geldstrafen verurteilt und damit selbst eine solche Sicherung überhaupt nicht für notwendig erachtet haben. Hieran ändert auch das Unvermögen, die Geldstrafe begleichen zu können, nichts.

⁵³ Vgl. etwa *Lobitz/Wirth* Forum Strafvollzug 2018, 16; Nachweise zu weiteren Untersuchungen finden sich im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, S. 34 ff.; ferner bei *Treig/Pruin* Forum Strafvollzug 2018, 10, 13 f. und bei *Bögelein* NK 2022, 205, 209 f.

⁵⁴ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, S. 36; *Lobitz/Wirth* Forum Strafvollzug 2018, 17.

⁵⁵ Hierzu *Kaspar* GA 2023, 421, 438.

⁵⁶ *Bögelein* Forum Strafvollzug 2018, 19, 21; *Treig/Pruin* Forum Strafvollzug 2018, 10, 13 f.; *Bartsch* in Resozialisierung, Opferschutz, Restorative Justice, S. 20 f.; BT-Drs. 20/5913, S. 39.

⁵⁷ v. *Selle*, Gerechte Geldstrafe, S. 95 f.; *Seebode* in FS-Böhm, S. 529; s.a. bereits *Eb. Schmidt* NJW 1967, 1929, 1933 f.

⁵⁸ BT-Drs. 20/5913, S. 13.

3. Generalprävention

Damit ist abschließend zu erörtern, welche Folgen ein Verzicht auf die Vollstreckung einer EFS im Hinblick auf die mit staatlicher Strafe verfolgten generalpräventiven Ziele hätte.

Hinsichtlich der von der Bestrafung ausgehenden abschreckenden Wirkung für die Allgemeinheit (*negative* Generalprävention) ist zunächst festzustellen, dass eine Abkehr von der EFS auf das Gros der Bevölkerung überhaupt keine Auswirkung hätte. Gegen die allermeisten Mitglieder der Gesellschaft würden die verhängten Geldstrafen auch weiterhin tatsächlich vollstreckt werden können und sich die Wirkung des tatgerichtlich vorgesehenen Strafübels in aller Regel auch entfalten. Eine Beeinträchtigung der Abschreckungswirkung wäre damit allenfalls theoretisch bei den oben skizzierten randständigen Personengruppen denkbar, die aufgrund ihrer Armut davon ausgehen könnten, bei einer Verurteilung zu einer Geldstrafe faktisch „unbestraft“ zu bleiben. Dagegen spricht jedoch zum einen, dass es bei keinem Strafverfahren eine Garantie dafür gibt, „nur“ zu einer Geldstrafe verurteilt zu werden, so dass eine entsprechende Hoffnung äußerst spekulativ wäre.⁵⁹ Zum anderen dürften die meisten Vergehen dieser Tätergruppen ohnehin hauptsächlich auf deren problematische Lebensumstände zurückzuführen sein.

Ungleich schwieriger sind dagegen die Auswirkungen des Ausbleibens eines spürbaren Strafübels bei uneinbringlichen Geldstrafen auf die *positive* Generalprävention zu bewerten. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es sich dabei zwar um eine straftheoretisch bedeutsame, zugleich aber auch sehr abstrakte Kategorie handelt. Darüber, wann die „Normgeltung“ bzw. „der Rechtsfrieden“ derart erschüttert sind, dass (und wenn ja, welche) Maßnahmen zu deren Wiederherstellung zu ergreifen sind, entscheiden letztlich kriminalpolitische Überzeugungen. Persönlich halte ich eine komplette Abschaffung der EFS auch im Hinblick auf die positive Generalprävention für gut vertretbar. Entscheidend für die Wahrung der Normgeltung und die Wiederherstellung des Rechtsfriedens ist zunächst, dass es nach Aufklärung des Sachverhalts zu einer rechtskräftigen Verurteilung gekommen ist. Zwar folgt hierauf typischerweise auch ein spürbares Strafübel, wie oben dargestellt, sieht unsere Rechtsordnung aber bereits heute eine Reihe von Abweichungen von dieser Regel

⁵⁹ So auch *Kaspar* GA 2023, 421, 438 f.

vor, ohne dass hierdurch Schäden für die Normgeltung bzw. den Rechtsfrieden zu beobachten wären. Hinzu kommt, dass der Umstand, dass es trotz des geltenden Tagessatzmodells überhaupt so häufig zu „uneinbringlichen“ Geldstrafen kommt, regelmäßig der Justiz selbst zuzurechnen ist. Seit langem wird zurecht kritisiert, dass die Geldstrafen im unteren Bereich häufig deutlich zu hoch ausfallen.⁶⁰ Hauptgrund dafür dürfte sein, dass die meisten Geldstrafen in kürzester Zeit im Strafbefehlsverfahren festgesetzt werden, wobei die Tagessatzhöhen ohne nähere Informationen zu den finanziellen Hintergründen der angeschuldigten Personen von den Staatsanwaltschaften geschätzt werden.⁶¹ Durch eine sorgfältigere Ermittlung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse und entsprechend niedrigeren Tagessätzen ließe sich die Zahl uneinbringlicher Geldstrafen deutlich verringern.⁶² Zwar kann die Justiz dies angesichts ihrer dünnen Personaldecke möglicherweise nicht leisten, das rechtfertigt jedoch nicht, den Betroffenen zunächst eine „subjektiv unmögliche Leistung“⁶³ aufzuerlegen und sie bei deren Nichterfüllung wegen geringfügigster Straftaten zu inhaftieren. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass die Anordnung einer Haftstrafe vom selben Gericht, das die Geldstrafe zu hoch angesetzt hat, ja gerade nicht als tat- und schuldangemessen bewertet wurde.

Möchte man das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung stärken, sollte man sich vorrangig darum bemühen, die Zahl der Fälle, bei denen die Vollstreckung von Geldstrafen an der fehlenden Leistungsfähigkeit der verurteilten Personen scheitert, möglichst gering zu halten. Sollte es dann in den verbleibenden Extremfällen zu einem Strafausfall wegen einer „Geldstrafenuntauglichkeit“ kommen, dürfte dieser in Anbetracht der schwierigen Lage, in der sich die betroffenen Personen zwangsläufig befinden müssen, gesellschaftlich gut zu verkraften sein.

III. Zwischenergebnis

Der Bedarf einer EFS ließe sich durch eine sorgfältigere, d.h. einer streng an der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der straffällig gewordenen Personen orientierten Festsetzung der Geldstrafen und

⁶⁰ Vgl. hierzu etwa *Li* in *Li/Ruppert* (Hrsg.), *Die Rechtsfolgen der Tat*, 2023, S. 85 ff.

⁶¹ *Meier* StV 2022, 759 f.; *Wilde* KriPoZ 2022, 318, 322 ff.; *Dünkel* NK 2022, 253 259 f.; v. *Selle*, *Gerechte Geldstrafe*, S. 122 ff.

⁶² Hierzu *Meier* StV 2022, 759, 760 f.; *Wilde* KriPoZ 2022, 318, 322 f.; *Seebode* in *FS-Böhm*, S. 532 f.

⁶³ *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl. 2019, S. 70; *Köhler* GA 1987, 145, 161.

deren konsequenterer Vollstreckung erheblich verringern. Vermutlich würde bereits die Abschaffung der EFS selbst zu einer größeren Gewissenhaftigkeit bei der Verurteilung zu und der Vollstreckung von Geldstrafen führen, da aus Strafvollstreckungsperspektive ein vollständiger Strafausfall gravierender wäre als die derzeit mögliche Anordnung einer Ersatzsanktion. Ohne die Ausweichmöglichkeit „EFS“ würde sich die Zahl uneinbringlicher Geldstrafen damit wahrscheinlich von selbst deutlich reduzieren. Jedenfalls bei Einführung einer § 96 OWiG entsprechenden Erzwingungshaft für Zahlungsunwillige, bedürfte es der EFS auch als „Druckmittel“ nicht mehr.

Dem begrenzten Nutzen der EFS stehen ihre große Schädlichkeit und Unverhältnismäßigkeit gegenüber. Geld- und Freiheitsstrafen sind grundlegend verschiedene Sanktionsformen. Der Wert der Geldstrafe liegt gerade darin, keine Freiheitsstrafe zu sein.⁶⁴ Die fehlende Kommensurabilität zwischen Geld- und Freiheitsstrafe ist seit jeher der zentrale Kritikpunkt an der EFS.⁶⁵ Im Vergleich zur Geldstrafe, die die verurteilte Person lediglich in ihrer Konsumfreiheit einschränken soll und nach h.M. nicht einmal von ihr persönlich zu entrichten ist,⁶⁶ greift ein staatlich angeordneter Freiheitsentzug erheblich tiefer in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen ein.⁶⁷ Die EFS ist gegenüber der Sanktion, die sie ersetzen soll, stets mit einem erheblichen „Zusatzübel“⁶⁸ verbunden.⁶⁹ Erschwerend kommt dabei hinzu, dass die allgemeinen, bei Freiheitsstrafen geltenden Regelungen bei der EFS gerade nicht anwendbar sind: Es sind dabei weder die besonderen Voraussetzungen von § 47 StGB („Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen“) zu beachten, noch finden die für primäre Freiheitsstrafen geschaffenen Bewährungsregeln auf die EFS Anwendung, da sie als originäre Geldstrafe nicht zur Bewährung ausgesetzt werden darf (§ 56 StGB) und eine Strafrestausssetzung gem. § 57 StGB eine Mindestverbüßungsdauer von zwei Monaten voraussetzt.⁷⁰ Dies führt zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass gegenüber

⁶⁴ v. Selle, Gerechte Geldstrafe, S. 96.

⁶⁵ So etwa bereits *Eb. Schmidt* NJW 1967, 1929, 1938.

⁶⁶ Zur Anwendbarkeit von § 258 II StGB bei Begleichung von Geldstrafen durch Dritte *Jahn*, in *Satzger/Schluckebier/Werner* (Hrsg.), StGB, 6. Aufl. 2024, § 258 Rn. 44 mwN.

⁶⁷ Bereits RGSt 2, 205, 206; vgl. ferner BGH NJW 1977, 815.

⁶⁸ *Tröndle* ZStW 86 (1974), 545, 576.

⁶⁹ Vgl. etwa *Seebode* in *FS-Böhm*, S. 525; *Meier* StV 2022, 759, 761 f.; *Bögelein* Forum Strafvollzug 2018, 19; so auch früher bereits etwa *Tröndle* MDR 1972, 461, 467; *Eb. Schmidt* NJW 1967, 1929, 1938; *Grebing* ZStW 88 (1976), 1049, 1109 ff.

⁷⁰ Vgl. *Meier* StV 2022, 759, 761 f.; *Wilde* KriPoZ 2022, 318, 319.

Menschen, die so leichte Straftaten begangen haben, für die ursprünglich lediglich Geldstrafen als tat- und schuldangemessen erachtet wurden, allein deshalb eine besonders rigorose Form der Freiheitsstrafe angeordnet wird, weil sie zu arm waren, ihre Geldstrafenschulden selbst zu begleichen, und sie nicht das Glück hatten, von Freunden, Familienangehörigen oder gemeinnützigen Initiativen (wie etwa dem „Freiheitsfonds“) „freigekauft“ zu werden. Nach geltender Rechtslage führt damit allein die Zahlungsunfähigkeit der verurteilten Person zu einer im Verhältnis zur ursprünglichen Tatschuld unangemessenen Bestrafung.⁷¹ Die kürzlich in Kraft getretene Halbierung des Umrechnungsmaßstabs hat dies nur graduell abgemildert. Dass eine moderne Strafrechtsordnung sehr gut auf eine sozial derart ungerechte Ersatzsanktionierung verzichten kann, beweist nicht zuletzt der Blick ins europäische Ausland. In den meisten unserer Nachbarländer wurde die Ersatzfreiheitsstrafe bereits vor Jahrzehnten abgeschafft. Zum Teil ersatzlos, zum Teil zugunsten milderer Ersatzsanktionen, wie gemeinnütziger Arbeit oder Hausarrest. Andere Länder wie z. B. Schweden haben zumindest den Anwendungsbereich der EFS so weit begrenzt, dass sie keine nennenswerte Rolle für die dortige Sanktionierungspraxis mehr spielt.⁷²

D. Hilfsweise: Ausgestaltung der Ersatzfreiheitsstrafe als Ultima Ratio

Auch wenn die aus meiner Sicht besseren Argumente für eine gänzliche Abschaffung der EFS sprechen, ist angesichts des aktuellen kriminalpolitischen Klimas in absehbarer Zeit nicht mit einer so tiefgreifenden Umgestaltung des deutschen Sanktionenrechts zu rechnen. Zum Schluss möchte ich daher noch einige (nicht abschließend zu verstehende) Reformüberlegungen skizzieren, die die EFS weitgehend zurückdrängen und so die Zahl an EFS-Gefangenen merklich verringern könnten.

I. Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs der Ersatzfreiheitsstrafe

Anstelle einer kompletten Abschaffung der EFS könnte zunächst ihr sachlicher Anwendungsbereich deutlich beschränkt werden. Ausgeschlossen werden könnten beispielsweise alle Straftatbestände, die eine

⁷¹ Köhler GA 1987, 145, 161; Fischer, StGB, § 43 Rn. 4.

⁷² Vgl. NK/StGB-Albrecht, § 43 Rn. 3; Dünkel NK 2022, 253, 255 f.; Treig/Pruin Forum Strafvollzug 2018, 10, 13.

Strafandrohung von maximal einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vorsehen, wozu u. a. der Hausfriedensbruch (§ 123 I StGB) oder das „Schwarzfahren“ (§ 265a I StGB) zählen.⁷³ Alternativ könnte man auch an die konkrete Strafzumessung des Ausgangsurteils anknüpfen und die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe gesetzlich erst ab einer Verurteilung zu 60 oder mehr Tagessätzen zulassen.⁷⁴ Faktisch ließe sich die EFS natürlich auch durch eine Entkriminalisierung klassischer Bagatelldelicten zurückdrängen.⁷⁵

II. Gerichtliche Ersatzstrafzumessung

Das größte Problem der EFS besteht darin, dass sie derzeit bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe schlicht auf Anordnung der Staatsanwaltschaft nach dem starren gesetzlichen Umrechnungsschlüssel von aktuell 2:1 vollzogen wird. Auch wenn dies wegen der gesetzlichen Festlegung der Umrechnung in § 43 S. 2 StGB nach h.M. keinen Verstoß gegen Art. 104 II 1 GG darstellt,⁷⁶ hier also von Verfassungs wegen weder eine Tenorierung der EFS im Ausgangsurteil noch eine erneute gerichtliche Entscheidung über die Inhaftierung erforderlich ist, erscheint es angesichts der Schwere dieser Sanktionsumwandlung jedoch dringend angezeigt, diesen Automatismus abzustellen.⁷⁷ Die Entscheidung über die Folgen der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe sollte zurück in die Hände des Tatgerichts gelegt werden, das eine Haftstrafe ursprünglich nicht für notwendig erachtet hatte. Dabei sollte an die Stelle des vorgegebenen Umrechnungsschlüssels eine eigenständige Ersatzstrafzumessung treten, der zwingend eine persönliche Anhörung der betroffenen Person vorausgehen muss.⁷⁸ Letzteres ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass die meisten Geldstrafen im schriftlichen Strafbefehlsverfahren festgesetzt werden, unbedingt geboten.

Bei der Ersatzstrafzumessung sollte der in § 43 S. 2 StGB aktuell geltende Umrechnungsschlüssel von 2:1 nur noch das zulässige Höchstmaß darstellen. Unterhalb dieser Grenze sollte das Gericht eine

⁷³ In diese Richtung wohl auch *Treig/Pruin* Forum Strafvollzug 2018, 10, 14.

⁷⁴ Ähnlich etwa *Dünkel* NK 2022, 253, 262.

⁷⁵ *Kaspar* GA 2023, 421, 426 f.; *Dünkel* NK 2022, 253, 259; *Treig/Pruin* Forum Strafvollzug 2018, 10, 14.

⁷⁶ *MüKo/StGB-Radtke*, § 43 Rn. 10; *SK/StGB-Wolters*, § 43 Rn. 3; a.A. wohl *Seebode* in FS-Böhm, S. 526.

⁷⁷ S.a. *Seebode* in FS-Böhm, S. 550.

⁷⁸ So i. Erg. auch *Meier* StV 2022, 759, 763 f.; zust. *Kaspar* GA 2023, 421, 429.

Ersatzfreiheitsstrafe festzulegen haben, die der Schwere der Tatschuld und den persönlichen Verhältnissen der betroffenen Person angemessen ist. Zu überlegen wäre auch, ob § 60 StGB (Absehen von Strafe) auf besonders gravierende Fälle uneinbringlicher Geldstrafen erweitert werden könnte. Dabei könnte der Gedanke leitend sein, dass es Konstellationen gibt, in denen die Durchsetzung staatlichen Strafzwang wegen geringfügiger Straftaten angesichts der besonders prekären Lebensumstände der verurteilten Person unverhältnismäßig ist.

III. Zwingende Strafaussetzung zur Bewährung

Jedenfalls sollte die Vollstreckung von EFS künftig zwingend zur Bewährung ausgesetzt werden.⁷⁹ Dies hätte gleich mehrere Vorteile: Zunächst ließe sich dadurch das Ziel erreichen, die unliebsame EFS in den meisten Fällen abzuwenden, ohne ganz auf ein Strafübel zu verzichten. Die derzeit vorgesehene Abwendungsmöglichkeit durch Ableistung gemeinnütziger Arbeit ist aus vielfacher Sicht problematisch: Gem. Art. 293 EGStGB wurde es den Ländern überlassen, ob und wenn ja, welche Möglichkeiten sie zur Ableistung gemeinnütziger Arbeit anbieten. Dies hat zu einer unübersichtlichen, uneinheitlichen und letztlich ungerechten Rechtslage geführt.⁸⁰ Hinzu kommt, dass das Angebot „freiwilliger“ Arbeit zur Abwendung einer Inhaftierung vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Verbots von Zwangsarbeit nicht unbedenklich ist. Schließlich erscheint es aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten fragwürdig, dass die EFS gerade gegen die Personen vollstreckt werden soll, die aus körperlichen und/oder psychischen Gründen nicht dazu in der Lage sind, sie durch die Erbringung gemeinnütziger Arbeit abzuwenden.⁸¹

Die Aussetzung der EFS zur Bewährung würde dagegen allen Verurteilten grundsätzlich die gleiche Chance auf Vermeidung eines Strafvollzugs geben. Über die §§ 56b/c StGB könnte das Gericht auch Auflagen und Weisungen erteilen. Hierüber könnte den Betroffenen zwar u. a. auch auferlegt werden, gemeinnützige Arbeit zu erbringen (§ 56b II 1 Nr. 3 StGB). Möglich wäre dies aber nur, soweit es für die verurteilte Person keine unzumutbare Anforderung darstellt. Hierdurch wäre

⁷⁹ So auch *Seebode* in FS-Böhm, S. 550 f.; NK/StGB-Albrecht, § 43 Rn. 7; *Schatz* ZRP 2002, 438; *Grebing* ZStW 88 (1976), 1049, 1114 f.; vgl. auch *Tröndle* ZStW 86 (1974), 545, 565.

⁸⁰ Hierzu *Kaspar* GA 2023, 421, 423 f. und 430 f.

⁸¹ Ebenfalls krit. *Seebode* in FS-Böhm, S. 540 f.; *Köhler* GA 1987, 145, 159 ff.; v. *Selle*, Gerechte Geldstrafe, S. 108 ff.

sichergestellt, dass besonders vulnerable Personen nicht mit der nächsten, unmöglich von ihnen zu erbringenden Leistung konfrontiert wären.

E. Schluss

Der gesetzeswidrige Einsatz der EFS als Druckmittel gegen Zahlungsunwillige ist aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich und ihre rigorose Vollstreckung aus sozialstaatlicher Sicht problematisch. Es ist nicht nachvollziehbar, dass allein wegen der Zahlungsunfähigkeit der betroffenen Personen ein nachweislich resozialisierungsfeindlicher, kurzfristiger Strafvollzug wegen Bagateltaten vollstreckt werden muss und die geltende Rechtslage keine Möglichkeit einer Aussetzung der EFS-Vollstreckung zur Bewährung vorsieht. Angesichts des auch aus straftheoretischer Sicht überschaubaren Nutzens der EFS darf die aktuelle Reform nur ein erster Schritt zu ihrer Zurückdrängung gewesen sein. Soweit man sich nicht zu ihrer vorzugswürdigen kompletten Abschaffung entschließen kann, sollte jedenfalls ihre Vollstreckung künftig zwingend zur Bewährung ausgesetzt werden müssen. Dies dürfte der einfachste, gerechteste und wirksamste Weg sein, die Zahl der EFS-Gefangenen deutlich zu reduzieren.

Kriminologie und Strafrechtswissenschaft: eine Subjekt-Objekt-Beziehung

Ralf Kölbel, München*

ABSTRACT

Nach verbreitetem Verständnis stellt die Kriminologie empirisches Wissen bereit, das die Strafrechtswissenschaft nach eigenen Relevanzkriterien (also selektiv) in die Bildung von Dogmatik eingehen lässt. Dem wird hier eine Perspektive gegenübergestellt, die diese Praxis (ebenso wie die generellen Funktionsbedingungen der Strafrechtswissenschaft) der kriminologischen Beobachtung unterzieht. Dies lässt Ergebnisse erwarten, die für das Verhältnis der Fächer wie für die Konstruktion von Kriminalität aufschlussreich sind.

A. Einführung

Die Kriminologie sieht sich regelmäßig mit Fragen nach ihrem disziplinären Status konfrontiert. Zum einen geschieht dies mit Blick auf ihr Verhältnis zu den (von ihr so genannten) Bezugsfächern (Soziologie, Psychologie, Wirtschaftswissenschaften usw.), deren Konzepte und Methoden sie in der Regel rezipiert,¹ um diese „geborgten“ Wissenschaftsinstrumente dann jedoch selbstständig zu verknüpfen und zur Entwicklung eigener Fragestellungen und Theorien zu nutzen.² Zum anderen wird ihr originärer Forschungsgegenstand („Verbrechen“) nicht durch sie selbst, sondern durch externe staatliche und gesellschaftliche Prozesse

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Kontakt: ralf.koelbel@jura.uni-muenchen.de.

¹ Vgl. etwa *Savelsberg/Sampson*, *Crime, Law and Social Change* 2002, 98, 102: Kriminologie habe keinen „core“, d.h. „no unique methodological commitment or paradigmatic theoretical framework“.

² *Eisenberg/Kölbel*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 1 Rn. 33; näher etwa *Garland* in *Bosworth/Hoyle* (Hrsg.), *What is Criminology?*, 2011, 298.



definiert.³ In dem Maße, in dem die Kriminologie die fraglichen Verläufe (also die politisch-legislative, justizielle usw. Strafrechtsherstellung) zu ihrem Untersuchungsgegenstand macht, ist ihre Unabhängigkeit allerdings trotz der „Relativität“ von Strafnormen sichergestellt.⁴

Ungeachtet ihrer fachlichen Autonomie bleibt indes das Verhältnis der Kriminologie zur Strafrechtswissenschaft konkretisierungsbedürftig. Prinzipiell arbeiten beide Fächer zwar auf verschiedenen, erkenntnistheoretisch nicht unmittelbar kompatiblen Ebenen (Beobachtung des Realgeschehens vs. Deutung von Rechtsnormen).⁵ Jedoch versteht sich ein erheblicher Teil der Kriminologie als eine angewandte Wissenschaft, die ihre Erkenntnisse zur Verwertung „in Projekten, Programmen, Institutionen sowie in Beratungen im Feld von Praxis und Politik“ anbieten⁶ und somit auch eine empirisch informierte Strafrechtswissenschaft ermöglichen will.⁷ Was die tatsächliche Befundverarbeitung betrifft, herrscht indes eher Ernüchterung vor.⁸

Dieser Eindruck ist jedoch nicht datengestützt und insofern überprüfungsbedürftig. Inwiefern er berechtigt ist, thematisiert am ehesten jene kriminologische Spielart, für die es ohnehin fraglich ist, dass das kriminologische Selbstverständnis (überhaupt oder jedenfalls primär) auf die Bereitstellung strafrechtlich nutzbaren Wissens gerichtet sein soll. Anders als der dies beanspruchenden „Mainstream“-Kriminologie kommt es diesem Teil des Faches nämlich (mindestens ebenso) auf die Beobachtung des Strafrechtssystems an. Bei einem solchen Selbstverständnis bildet auch die Strafrechtswissenschaft einen Untersuchungsgegen-

³ „Where other, more fundamental disciplines have formed around a distinctive scientific object, specified and constituted by the science’s own theoretical and methodological practices, criminology addresses a pre-given object (crimes and criminals) which it derives from a non-scientific practice – namely, the criminalization processes of the criminal justice state.“ (Garland (Fn. 2), 303).

⁴ Garland (Fn. 2), 306 f.

⁵ Sessar in Boers (Hrsg.), *Kriminologische Perspektiven*, 2012, 11, 16 ff.

⁶ Siehe Kerner *MschrKrim* 96 (2013), 184, 185.

⁷ Dazu etwa Jehle in Loos/Jehle (Hrsg.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart*, 2007, 179 ff.; Knauer *NK* 26 (2014), 162, 173 f.; wobei es diesem Teil des Faches noch stärker um eine legislatorische, politische und justizielle Verwertung ihrer Ergebnisse geht (kennzeichnend etwa Liebl in Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, 2008, 405 sowie die Beiträge in Walsh/Pniewski/Kober/Armborst (Hrsg.), *Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland*, 2018, 187 ff., 387 ff.; rechtsgebietsübergreifend etwa Steinbach, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, 137 ff.; Münkler, *Expertokratie*, 2020, 416 ff.). International werden die entsprechenden Ambitionen im Konzept der „Translational Criminology“ gebündelt (vgl. dazu Telep, in Welsh/Zane/Mears (Hrsg.), *Evidence-based Crime and Justice Policy*, 2024, 37).

⁸ Stellvertretend etwa (allerdings eher mit Blick auf die legislatorische Kriminalpolitik) Kinzig *KriPoZ* 2020, 8 ff.; näher Eisenberg/Kölbel (Fn. 2), § 3 Rn. 16 ff. m.w.N.

stand, zu dem die Kriminologie eine analytische Subjekt-Objekt-Beziehung einnimmt.⁹

B. Strafrechtswissenschaft als Beobachtungsgegenstand

I. Die praxisstützende Funktion von Dogmatik bei der praktischen Normsinnggebung

Der modernen, in der Tradition von Wittgenstein stehenden, Sprachtheorie zufolge ist die Bedeutung von Texten nicht schon in diesen „enthalten“ oder stets anhand fixer Sprachgebrauchsregeln erkennbar. Bestimmt wird sie vielmehr durch ihren kontextualen Gebrauch. Ihre Aussage besteht darin, was in der Verwendungssituation von den Beteiligten als ihr Sinn anerkannt wird. Der Gehalt von Normtexten ist daher nicht hermeneutisch zu erschließen, sondern erwächst prinzipiell erst aus den Semantisierungsprozessen der Normtext-„Anwendung“ – die indes, da die sozialen Diskurspraktiken im rahmengebenden institutionellen Kontext des Rechtssystems verlaufen und sich an offiziellen wie informell etablierten, professionellen Methodiken orientieren, keineswegs zufällig oder willkürlich enden, sondern vielmehr oft sehr ähnlich verlaufen und in der sich so bestätigenden Bedeutungsgebung den Eindruck von Sinnstabilität re-/produzieren können.¹⁰

Durch „das Gesetz“ wird dieser Vorgang aber stets nur insofern vorstrukturiert, als es auf Basis des konventionellen Sprachgebrauchs jene Inhaltsgebungen einsäumt, die mit sozialer Akzeptanz rechnen können. Was es am Ende konkret besagt, ergibt sich indes erst aus den zahllosen nach- und nebeneinander verlaufenden sozialen Prozessen, in denen der jeweils fallbezogene Normsinn hergestellt wird. Solche sinnkonstituierenden Praktiken hat die rechtssoziologische Forschung zumindest für den richterlichen Bereich mit vorwiegend ethnografischen Methoden inzwischen auch rekonstruiert.¹¹ Zu den habitualisierten Arbeitstechni-

⁹ Eisenberg/Köbel (Fn. 2), § 1 Rn. 32, § 20 Rn. 4; ähnlich Sessar (Fn. 5), 15: „ist Strafrecht für die Kriminologie (...) ein erkenntnisinteressantes Gegenüber, ein Gegenstand kriminologischer Beobachtung und Forschung“.

¹⁰ Vgl. etwa Busse, Juristische Semantik, 2. Aufl. 2010, 101 ff.; zusammenfassend Wrase in Frick/Lembcke/Lhotta (Hrsg.), Politik und Recht, 2017, 63, 71 ff.; näher zu relevanten sprachwissenschaftlichen Konzeptionen und ihrer rechtstheoretischen Rezeption etwa Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994, 375 ff.; Christensen/Kudlich ARSP 2002, 230; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, Rn. 218 ff., 299 ff., 328 ff.

¹¹ Vgl. vor allem Stegmaier, Wissen, was Recht ist, 2009; im Grunde bereits Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, 1972; näher Morlok/Köbel/Launhardt Rechtstheorie 2000, 15; Morlok/Köbel

ken, mit denen die Rechtsentscheidung unter den Bedingungen des Begründungszwangs hergestellt wird, zählt hiernach ganz wesentlich die Orientierung an eigenen Entscheidungslinien, obergerichtlichen Präjudikaten sowie – mit Abstrichen – an der Kommentar- und sonstigen rechtswissenschaftlichen Literatur, die zum Typus des jeweiligen Falles vorhanden oder hierauf übertragbar ist.¹²

Genau dies entspricht auch den Absichten und Funktionen der Jurisprudenz: Wenn Rechtswissenschaft den Rechtsstoff sichtet und ihn (über Prinzipien, Systematiken und Begriffe) strukturiert, wenn sie die möglichen und vorhandenen Lesarten von Normtexten ordnet sowie argumentativ jene Präferenzgründe entwickelt, die die Vorzugswürdigkeit bestimmter Normkonkretisierungen (gegenüber anderen Normsinngebungen) plausibilisiert,¹³ zielt dies stets darauf, dass die Produkte dieser Arbeitsform („Dogmatik“) gelesen, berücksichtigt und zitiert werden. Und dies soll gerade auch in richterlichen Entscheidungsbegründungen erfolgen, in denen der Verweis auf „passende“ rechtswissenschaftlich generierte Normsinn-Vorschläge wiederum dazu dient, die jeweils erfolgte justizielle „Semantisierung“, zu stützen und zu autorisieren.¹⁴ Auf diese Weise versucht die Rechtswissenschaft „sich einen Anteil an der Rechtserzeugung zu sichern“. ¹⁵ Denn sie wird so zu einem Teil jener sozialen Herstellungsvorgänge, aus denen die fallbezogene Entscheidung ebenso wie letztlich auch die Bedeutung von Gesetzen erwächst.

II. Strafrechtswissenschaft als Akteur der Strafrechtsherstellung

Wie bei den anderen Beteiligten an diesem Prozess vollzieht sich in der Rechtswissenschaft eine soziale Praxis, die samt den Bedingungen, von

Zeitschrift für Rechtssoziologie 2000, 387; *Morlok/Kölbel* Rechtstheorie 2001, 289; ferner etwa *Löschper*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, 1999, 82 ff.; zusammenfassend *Wrase* (Fn. 10), 66 ff.; *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 2), 30 Rn. 7 ff., 34 ff.

¹² Näher dazu die Analysen bei *Drosdeck*, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle, 1989; *Wittmann*, Zitiertpraxis von Verfassungsgerichten, 2024, 108 ff. sowie die Modellierung bei *Schröter*, Pfadabhängigkeit und Recht, 2024, 131 ff., 155 ff.; dazu, dass in vielen Rechtsordnungen (insbesondere bei einer Common-Law-Prägung) die in der Rechtspraxis genutzten Dogmatiken tendenziell noch stärker als in Deutschland durch Gerichte und noch weniger durch Rechtswissenschaft produziert werden, vgl. etwa *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, 156 ff.

¹³ Dazu, dass Rechtswissenschaft für ihre Normlesarten den Anspruch der Vorzugswürdigkeit, wenn nicht gar den der Richtigkeit erhebt, vgl. *Sahm*, Elemente der Dogmatik, 2019, 148 ff.; siehe auch *Bumke*, Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise, 2017, 82 ff.

¹⁴ *Sahm* (Fn. 13), 21 ff. m.w.N.; Zum Ganzen näher und mit ähnlichen Akzenten etwa *Bumke* (Fn. 13), 48 ff.; zu weiteren Funktionen etwa auch *Boulanger* in *ders./Rosenstock/Singelnstein* (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, 173, 183 ff.; *Stark* (Fn. 12), 115 ff.

¹⁵ *Lepsius* in *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 39, 44.

denen sie beeinflusst wird, und den Folgen, die sie (etwa für die justiziel-
len Handhabungen) hat, der empirischen Untersuchung bedürftig¹⁶ und
prinzipiell auch zugänglich ist.¹⁷ Speziell mit Blick auf die Strafrechtswis-
senschaft besteht daran sogar ein gesteigertes kriminologisches For-
schungsinteresse, und dies besonders dezidiert in den etikettierungsthe-
oretischen Fraktionen des Fachs. Auch aus dieser Warte ergibt sich der
Normsinn – hier bspw.: die Bewertung eines Verhaltens als „Verbre-
chen“ – aus einer Kette strafbarkeitsdefinierender Prozesse, beginnend
mit der Mobilisierung und Umsetzung straflegislatorischer Akte („pri-
mary criminalization“) bis zur lokalen ereignisbezogenen Zuordnung ei-
nes Falles zum Strafgesetz („secondary criminalization“), wobei jede die-
ser Labeling-Etappen kontingent ist. Deshalb bedarf es der Untersu-
chung, welche Akteure welche Stufe aufgrund welcher Bedingungen be-
einflussen und zu welchen Definitionen zu Lasten welcher Gruppen dies
führt.¹⁸

Das gilt auch für die Strafrechtswissenschaft, die in der oben (B.I.) er-
wähnten Weise an der generalisierten Strafnormkonkretisierung betei-
ligt ist und falltypologische Strafbarkeitsaussagen erzeugt. Sie stellt Re-
ferenztexte mit Strafnormsinn-Vorschlägen her, die an die Akte der „pri-
mary criminalization“ anknüpfen und es den Strafgerichten erlauben,
sich hierauf bei ihren Entscheidungen zur „secondary criminalization“¹⁹
zu stützen. Wenn diese vor Ort über die Einzelfalleinordnung zu befinden
haben, kann der regelmäßig bestehende Deutungskonflikt von ihnen so
in „dogmatisch begründeter“ Weise (und nicht nur auf Basis institutio-
neller Deutungsmacht) entschieden werden.²⁰ Strafrechtswissenschaft
liefert der strafgerichtlichen Praxis also Begründungsbausteine für eine

¹⁶ Zur bisherigen Forschungslücke etwa *Schröter* (Fn. 12), 220 f.; zum Forschungsbedarf nachdrück-
lich *Schulz-Schaeffer* Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, 141; international ähnlich schon *Cot-
terell* Journal of Law and Society 1998, 171.

¹⁷ Zu einer entsprechenden rechtssoziologischen Forschungsperspektive zuletzt *Boulanger* (Fn. 14),
180 ff.; *ders.* German Law Journal 2020, 1362, 1364 ff.; zur empirischen US-Forschung bzgl. der jus-
tiziiell entwickelten „legal doctrines“ vgl. etwa *Tiller/Cross* 100 Nw. U. L. Rev. 517 (2006);
Hall/Wright 96 Calif. L. Rev. 63 (2008); *Allen* 66 Case W. Res. L. Rev. 1 (2015-2016).

¹⁸ Besonders interessiert hierbei die Selektivität der kriminalisierenden Definitionen, die sich auf
typische Verhaltensmuster bestimmter gesellschaftlicher Gruppen konzentrieren (die Verhaltens-
muster anderer Teilgruppen dagegen unberührt lassen) und zu einer dementsprechend selektiven
Konfrontation mit in-/formellen Sanktionsfolgen und der davon geförderten Wahrscheinlichkeits-
steigerung von sekundärer Devianz führen (vgl. etwa *Smaus*, Das Strafrecht und die gesellschaftliche
Differenzierung, 1998, 113 ff., 169 ff.; *Dellwing*, Recht und Devianz als Interaktion, 2015, 93 ff.;
Vegh Weis, Marxism and Criminology, 2017, 24 ff., 75 ff., 185 ff.).

¹⁹ Dazu, dass die Gerichte hierbei als kriminalpolitische Akteure wirken, siehe etwa auch schon
Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991, 57 ff.

²⁰ *Dellwing* (Fn. 18), 31 ff.

ereignisbezogene Strafbarkeitseinordnung, die als „juristisch legitim“ darstellbar ist. Sie ist damit – wenngleich nur verdeckt (weil ohne Entscheidungsbefugnis und -zwang) – auf Machtausübung gerichtet und amtiert in einer nicht zu vernachlässigenden Position an der Strafverfolgungswirklichkeit mit.²¹ Für die Konkretisierung strafprozessualer Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten gilt das entsprechend.

III. Fragestellungen bei der kriminologischen Beobachtung der Strafrechtswissenschaft

Werden diese Anteile der Strafrechtswissenschaft an der Straf- und Strafprozessrechtsherstellung aus einer kriminologischen Außenperspektive analysiert, vollzieht sich eine Beobachtung zweiter Ordnung.²² Daraus ergeben sich keine Aussagen dazu, ob die Operationen der Strafrechtswissenschaft „richtig“ oder „akzeptabel“ sind. Vielmehr erfasst die Kriminologie „nur“, wie diese Operationen verlaufen, wie es zu ihnen kommt und was durch sie ausgelöst wird.²³ Dies kann (auch längs- und querschnittlich vergleichend) für die verschiedenen Ebenen der Strafrechtswissenschaft geschehen (für die gesamte Community des Faches, einzelne Akteure, bestimmte Akteursgruppen), und zwar für das „gesamte“ Strafrecht oder Teilgebiete (etwa: nur Besonderer Teil, nur Wirtschaftsstrafrecht). Dabei drängen sich jeweils drei Beobachtungsbereiche auf:

1. Inhaltliche Analyse der von der Strafrechtswissenschaft bei der Strafnormkonkretisierung entwickelten Positionen:

- Behandelte Themenschwerpunkte und auftretende „Großdebatten“,²⁴

²¹ Noch sichtbarer wird dies, wo die Strafrechtswissenschaft rechtspolitische Aktivitäten entwickelt (hierzu *Kölbel NK 2019*, 249, 251 ff.); *Kölbel/Kubicel GA 2023*, 181, 182 f.)

²² Natürlich ist auch die Strafrechtswissenschaft nicht an solchen (selbstreflexiven) Analysen gehindert – sofern sie die besagte Beobachtungshaltung einnimmt, um die Beobachtungen erster Ordnung (ihre eigene dogmatische Tätigkeit) zu reflektieren (zu den dabei einzusetzenden Methoden sogleich). International ist dies im Kontext der „socio-legal studies“ durchaus üblich.

²³ *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 16 f., 70 f.; vgl. allgemein dazu auch *Kieserling* in *de Berg/Schmidt* (Hrsg.), *Rezeption und Reflexion*, 2000, 38 ff.

²⁴ In diese Richtung etwa die Rekonstruktion verschiedener Typen des staatsrechtswissenschaftlichen Staats- und Verfassungsdenkens bei *Frick*, *Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand*, 2018, 77 ff., 151 ff.; zur dortigen Debattenlage vgl. auch *Schulze-Fielitz*, *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, 2022, 295 ff., 432 ff.

- dabei entwickelte strafbarkeitseinschränkende oder ausweitungsbzw. prozessrechtsbe- und entgrenzende Tendenzen (verglichen etwa mit den Positionen der Judikatur),
- gesellschaftliche Interessen, die von den entwickelten Positionen profitieren (etwa „geschützt“/nicht „geschützt“ werden) und
- gesellschafts- und kriminalpolitische Vorstellungen, die in den entwickelten Positionen (implizit) zum Tragen kommen.

2. Untersuchung der Folgen der (verschiedenen) vertretenen Positionen:

- Nicht-/Einfluss auf Judikatur,
- Rezeptionserfolge und -misserfolge (etwa Zitierungsquoten) oder
- Herausbildung von sog. herrschenden und Mindermeinungen.

3. Identifizierung von Bedingungen, die in (möglichen) Zusammenhängen mit (verschiedenen) inhaltlichen Positionierungen stehen:²⁵

- Individuelle Faktoren der Normkonkretisierungsarbeit (Stereotypen und Heuristiken, Einstellungen,²⁶ Karrierewege, Spezialisierungen, Interessenschwerpunkte, Qualifikations- oder professorale Phase),²⁷
- Zugehörigkeit und Konkurrenz zu sog. „Schulen“, kollegialen Netzwerken und fachinternen „Kulturen“²⁸,
- Nicht-/Vorhandensein von „Autoritäten“ und vorstrukturierenden Dogmatiken,²⁹

²⁵ Soweit die international vergleichende Verfassungsrechtsforschung mit empirischen Mitteln operiert, hat sie hier einen Analyseschwerpunkt (vgl. den Überblick bei *Petersen/Chatziathanasiou* Archiv des öffentlichen Rechts 2019, 502, 525). Ebenso verhält es sich bei der (bei Fn. 11 angesprochenen) Richtersozio­logie.

²⁶ Zu politischen Einstellungen in der Rechtswissenschaft und den Messschwierigkeiten vgl. *Klaus*, Deutsche und amerikanische Rechtslehrer, 1981, 165 ff., 241 ff.; zu einer jurisprudenzialen Praxis, in der das politisch „Gewollte als Ergebnis einer dogmatischen Deduktion präsentiert wird“, allgemein *Lepsius* (Fn. 15), 59.

²⁷ Für einzelne Beobachtungen dazu im öffentlichen Recht vgl. *Schulze-Fielitz* (Fn. 24), 145 ff.

²⁸ *Cownie*, Legal Academics: Culture and Identities, 2004 hat die „Fachkultur“ für „die“ britische Rechtswissenschaft untersucht (dazu ansatzweise für Deutschland und die USA auch *Klaus* (Fn. 26), 127 ff.; vgl. auch den „Kulturvergleich“ zwischen verschiedenen Disziplinen bei *Lamont*, How Professors Think, 2010, 53 ff.), doch dürften sich innerhalb des Faches bei genauerem Hinsehen durchaus verschiedene Teil-„Kulturen“ zeigen.

²⁹ Dazu eingehend *Schröter* (Fn. 12), 230 ff.

- Entscheidungs- und Machtstrukturen auf dem Publikations- und Veranstaltungsmarkt,
- materielle Anreize und Interessen (Nebentätigkeit, Gutachten³⁰),
- immaterielle Anreize und Interessen (Publikationsranking,³¹ mediale Präsenz, sonstige Anerkennungsressourcen) sowie
- institutionelle Gegebenheiten (Arbeitsbedingungen usw.)³² und
- Rahmenfaktoren (politische, wirtschaftliche und Kriminalitätsentwicklungen usw.)³³.

Je nach Fragestellung kann all dem über Surveys, qualitative Interviews und ethnografische Beobachtungen³⁴ nachgegangen werden, oft aber auch durch Untersuchung des dogmatischen Materials, sei es durch hermeneutische und inhaltsanalytische Textauswertung oder durch neuere Verfahren der Netzwerkforschung³⁵ und andere computergestützt-quantitative³⁶ oder auch algorithmen-basierte Textanalysen.³⁷

C. Exemplarische Vertiefung

I. Strafrechtswissenschaftliche Methodik als Beobachtungsbeispiel

Die Strafrechtswissenschaft ist in gleicher Weise wie die Strafjustiz damit konfrontiert, dass es dem Straf- und Verfahrensgesetz als ihrem Arbeitsgegenstand an einer bindenden Vorgabequalität (bzw. einem

³⁰ Dazu mit ersten Auswertungen *Kölbel* in FS Feltes, 2021, 123, 130 ff.

³¹ Anders als international, wo es in den Rechtswissenschaften (wie in anderen Fächern) standardisierte Bewertungsverfahren gibt (zu den Wirkungen des Research Assessment Exercise in Großbritannien *Cownie* (Fn. 28), 135 ff.), bestehen hier vermutlich in Deutschland eher diffuse Effekte.

³² Hier bestehen Überschneidungen mit der allgemeinen empirischen Hochschul- und Wissenschaftsforschung.

³³ Zu Zusammenhängen zwischen gesellschaftlichen Verläufen und der Entwicklung bereichsspezifischer Dogmatiken vgl. ansatzweise die Beiträge bei *Steinberg/Koch/Popp* (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990. Grundlagen, Allgemeiner Teil (...)*, 2020 und *Popp/Koch/Steinberg* (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990. Besonderer Teil*, 2024.

³⁴ Vgl. *Haschke* in Bahmer/Barth/Franz u.a. (Hrsg.), *Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität*, 2024, 263; beispielgebend, wenn auch anhand der richterlichen Tätigkeit *Stegmaier* (Fn. 11), 123 ff.; vgl. auch *Latour*, *Die Rechtsfabrik*, 2016, 89 ff., 149 ff.

³⁵ Zu deren Grundlagen, Vorgehensweisen und Potenzialen näher *Coupette*, *Juristische Netzwerkforschung*, 2019, 74 ff.

³⁶ Zur Sprachgebrauchsmusteranalyse bei der Auswertung juristischer Texte etwa *Felder/Luth/Vogel* *Zeitschrift für germanistische Linguistik* 2016, 1.

³⁷ Vgl. etwa die Verfahren der Diskursmetrisierung bei *Vogel* in Leyhausen-Seibert/Menzel/Vogel (Hrsg.), *Wissen in Rechts und Sprache*, 2024, 223 und des Text Minings bei *Wendel/Shadrova/Tischbirek* *German Law Journal* 2022, 493; für einen knappen Gesamtüberblick zu möglichen Methoden siehe *Boulanger* (Fn. 16), 1373 ff. m.w.N.

feststehenden Sinngehalt) fehlt (oben B.I.).³⁸ Ebenso wie im gerichtlichen Feld fragt sich daher, welche in-/formellen Techniken und Verfahren bei der Produktion straf- und strafprozessrechtlicher Dogmatiken eingesetzt werden, insbesondere bei der Entwicklung von Normsinn-Vorschlägen. Die Arbeits-, Auslegungs- und Begründungsmethoden, die bei der Herstellung und Darstellung strafrechtsdogmatischer Positionierungen verwendet werden, bilden also einen weiteren, zu den eben erwähnten Forschungsfeldern (B.III.) hinzutretenden, empirisch-kriminologischen Beobachtungsbereich.³⁹ Für die hierzu gehörende Teilfrage, inwiefern die strafrechtswissenschaftlichen Methoden auch die Berücksichtigung und Verwertung kriminologischen Wissens einschließen – und inwieweit damit die oben (bei A.) erwähnten „mainstream“-kriminologischen Ambitionen eingelöst werden –, gilt dies erst recht. Zugleich sind die darauf gerichteten Beobachtungen für die Kriminologie aber von besonderem Belang, weil sie nicht nur die strafrechtswissenschaftlichen Vorgehensweisen betreffen, sondern darüber hinaus (und gleichsam rekursiv) einen Modus, in dem sie selbst in straf- und strafprozessrechtskonkretisierende Dogmatiken eingeht und Teil dieser spezifischen (verdeckten) Machtpraxis wird.

II. Kriminologische Eindrücke zur strafrechtswissenschaftlichen Empirieverarbeitung

In dieser Hinsicht ergeben sich für die kriminologische Beobachtung (abermals) mehrere Forschungsfragen: Wird die rechtsmethodische (über die Sachverhaltsfeststellung hinausgehende) Berücksichtigung empirisch-kriminologischer Befunde in der Strafrechtswissenschaft thematisiert, als notwendig erachtet und praktiziert? Wie und unter welchen Bedingungen kommt es bei der Entwicklung von dogmatischen Aussagen zur Rezeption von welchem Empirie-Wissen? Schlägt sich dies in strafbarkeitserweiternden oder -begrenzenden Positionierungen nieder? Welche Folgen zeigen sich in der Prozessnormauslegung? Auf all diese

³⁸ Näher etwa *Sahm* (Fn. 13), 82 ff.

³⁹ Bislang liegen hierzu in Deutschland allein einzelne Arbeiten zur Her- bzw. eher Darstellung von strafrechtlicher Dogmatik durch den BGH vor (vgl. *Christensen/Kudlich*, Die Methodik des BGH in Strafsachen, 2009, 23 ff., mit einer Auswertung der Nutzungshäufigkeit, -verteilung und -entwicklung verschiedener Argumentformen; speziell zum Wörterbuchgebrauch bei der grammatischen Auslegung die Auswertung bei *Hamann* in *Vogel/Walter/Tripps* (Hrsg.), *Korpuslinguistik im Recht*, 2022, 27, 33 ff.).

Fragen kann es ohne eine Erhebung, die sich zuverlässiger Methoden bedient, keine tragfähigen Antworten geben.⁴⁰

Allerdings stößt bereits ein vorläufiger Blick in das Feld auf einen Grundlegendiskurs, der die „empirische Wende“ der Rechtswissenschaft⁴¹ dezidiert diskutiert.⁴² In der so beobachtbaren Debatte weist man einerseits darauf hin, dass ein Transfer sozialwissenschaftlicher Befunde in die rechtswissenschaftliche Sinngebungsarbeit auf der Hand zu liegen scheint: weil sich viele Rechtsnormen auf gesellschaftliche Lebensbereiche beziehen⁴³ und nur im Lichte des lebensbereichsbezogenen Wissens „lebensbereichsgerecht“ konkretisiert werden können⁴⁴ und weil viele teleologische sowie folgenorientierte Argumente kaum ohne Kenntnisse von (beabsichtigten und möglichen) lebensbereichsbezogenen Rechtswirkungen möglich sind.⁴⁵ Andererseits wird aber betont, dass sozialwissenschaftliche Aussagen kein Realitätsabbild darstellen, sondern notwendig vorläufig und lückenhaft sind sowie durch (oft verdeckte) Interessen und die jeweilige Konzeptions- oder Methodenwahl geprägt werden – also ihrerseits auch „nur“ eine Konstruktion verkörpern. Zwar seien die so entstehenden Befunde meist deutlich „fundierter“ und „substantierter“ als die alltagstheoretische (oder juristische) Spekulation, doch ließen sie sich nur sinnvoll rezipieren, wenn dies im Bewusstsein um die Konstruktionsbedingungen außerjuridischen Wissens erfolgt – wobei der erfolgende rechtmethologische Zugriff die rezipierten Befunde

⁴⁰ Einzelne dieser Fragen werden – allerdings für die Sozialwissenschaftsrezeption im Völkerrecht – bei *Steininger/Byrne/Oidtmann* in Bahmer u.a. (Fn. 25), 221 (228 ff.) durch eine Zeitschriftenauswertung adressiert.

⁴¹ Dazu und zum Folgenden stellvertretend die unter diesem Schlagwort geführte Debatte von *Petersen* *Der Staat* 2010, 435, 439 ff. und *Augsberg* *Der Staat* 2012, 117 oder auch die Beiträge von *Röhl* und v. *Arnauld* in *VVDStRL* 74 (2015), 7 ff. und 39 ff.

⁴² Dazu grundsätzlich auch *Stark* (Fn. 12), 211 ff., 233 ff.; *Bumke* (Fn. 13), 157 ff.; vgl. speziell mit Bezug auf das Zivilrecht auch *Eidenmüller* *JZ* 1999, 53; *Hamann*, *Evidenzbasierte Jurisprudenz*, 2014; *Engert*, *Berliner Rechtszeitschrift* 2022, 3 und *Bartlitz/Eckert/Kurz* u.a. (Hrsg.), *Rechtstatsachen im Privatrecht*, 2024. Besonders intensiv wird die Debatte seitens der verhaltensökonomisch orientierten Rechtswissenschaft geführt (stellvertretend *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann*, *Recht und Verhalten*, 2007. Kennzeichnend sind auch die Beiträge eines R|E Online-Symposiums (dazu <https://rechtsempirie.de/10.25527/re.2020.06/online-symposium-empirische-wende/> – Aufruf v. 7.10.2024) und (über den Bereich der Dogmatik hinausgehend) etwa auch bei *Augsberg* (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht*, 2013; *ders./Schuppert* (Hrsg.), *Wissen und Recht*, 2022.

⁴³ Ähnlich etwa *Walter/Neubacher*, *Jugendkriminalität*, 4. Aufl. 2011, Rn. 327.

⁴⁴ Beispielsweise können die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und die Suizidbeihilfe strafrechtswissenschaftlich nicht zulänglich erörtert werden, ohne Realwissen zur „Verlässlichkeit“ selbstbezogene Todeswünsche, den zugrundeliegenden charakteristischen Konfliktlagen und deren Hintergründe zu berücksichtigen.

⁴⁵ Näher dazu auch *Hoffmann-Riem* *Die Verwaltung* 2016, 1, 3 ff.

dann anhand des Normprogramms (also selektiv) eigenständig „lesen“, transformieren und so abermals (um-)konstruieren muss.⁴⁶

Diese Diskussionen werden jedoch allein in der zivil- und öffentlich-rechtlichen Literatur geführt, während die neuere Strafrechtswissenschaft daran – anders als an den Vorgängerdebatten der 1970er und 1980er Jahre⁴⁷ – offenbar gar nicht teilzunehmen versucht.⁴⁸ Diese Zurückhaltung hat zwar nicht etwa zur Folge, dass überhaupt kein Empirietransfer in die Straf- und Strafprozessrechtsdogmatik stattfinden würde (vielmehr ist dies keineswegs selten der Fall⁴⁹). Jedoch erfolgt er in Ob und Wie unstrukturiert. Es scheint vom Gutdünken der konkreten Person abzuhängen, wann und auf welche Weise sie bei entsprechenden Auslegungsfragen auf den empirischen Forschungsstand zurückgreift oder stattdessen mit ihren subjektiven Realitätsannahmen operiert. Eine eigenständige Methodisierung, bei der Kriterien für die Rezeption sozialwissenschaftlicher Befunde⁵⁰ sowie kontrollierte Verfahren für deren Integration in die rechtstextbasierte Normsinnggebung entwickelt würden, bleibt in einem solchen Diskurs, der das Problem nicht reflektiert, weitgehend aus. Selbst vorhandene Methodenvorschläge werden dann nicht thematisiert.⁵¹

⁴⁶ Speziell hierauf – also der rechtseigenen Rekonstruktion und folgensensiblen Verarbeitung von zuvor wahrgenommenen (!) sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen – konzentriert sich das Konzept der responsiven Rechtsdogmatik, das (im Anschluss an *Gunter Teubner*) im Zivilrechtsdiskurs etwa von *Grünberg* AcP 218 (2018), 213, 238 ff.; *ders.* AcP 219 (2019), 924, 928 ff. diskutiert wird.

⁴⁷ Vgl. etwa *Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972; *Schünemann* in FS für Bockelmann, 1976, 117, 120 ff.; *Lüderssen/Sack* (Hrsg.): Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Bd. I und II, 1980; *Kreissl* ZfResoz 1988, 272, 276 ff.; *Baratta* ZStW 1990, 107, 111 ff.

⁴⁸ Kennzeichnend hierfür ist die Nichterwähnung der Problematik in den größeren Kommentierungen zur straf- und strafprozessrechtswissenschaftlichen Methodik (vgl. etwa *Schmitz*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 84 ff.; *Kargl*, in Nomos Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 13 ff., 70 ff.; *Kudlich*, in Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einleitung Rn. 577 ff.).

⁴⁹ Stellvertretend für viele andere Beispiele etwa *Kasiske* in Bock/Harrendorf/Ladiges (Hrsg.), Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft, 2014, 75, 82 ff.; *Duttge* Rechtswissenschaft 2019, 53 ff.

⁵⁰ Vgl. etwa die Handreichungen für die Beurteilung und Nutzung sozialwissenschaftlicher Befunde im rechtlichen Kontext bei *Hamann* (Fn. 42), 106 ff., 137 ff.; zu Schwierigkeiten und Grenzen bei der Bildung „gesellschaftsadäquater Rechtsbegriffe“ aber bereits *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, 55 ff.; zu dessen Skepsis hinsichtlich „der Übertragung sozialwissenschaftlicher Analysen in die juristische Praxis“ auch *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, 8.

⁵¹ Am weitesten entwickelt ist in Deutschland sicher das Konzept der Normbereichsanalyse (dazu etwa *Müller* (Fn. 10), 184 ff., 250 ff., 323 ff.; *Müller/Christensen* (Fn. 10), Rn. 244 ff., 419 ff.; vgl. auch *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, 533 ff.), das in seinen Vorgaben allerdings recht allgemein bleibt (*Hoffmann-Riem* Die Verwaltung 2016, 1, 8 f.; siehe aber für eine mustergültige Umsetzung *Hollerung* in Bartlitz/Eckert/Kurz u.a. (Fn. 42), 209 ff.). In der Strafrechtswissenschaft wird der Ansatz höchst selten aufgegriffen (vgl. jedoch *Kölbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 110 ff., 122 ff., 139 f.).

III. Verwendung empirieersetzender Realitätsannahmen

1. Unzulänglichkeit der Datenlage

Die „ungeregelte Spontaneität“, mit der die rechtswissenschaftliche Berücksichtigung sozialwissenschaftlichen Wissens erfolgt (oder eben nicht), lässt breiten Raum für den Einsatz empirieersetzender Alltagstheorien.⁵² Teilweise beruht dies auf einem Mangel an Alternativen. Dort, wo der Vorbehalt des Möglichen greift – also dort, wo heranziehungsfähiges wissenschaftliches Realitätswissen fehlt oder nicht hinreichend instruktiv (oder ungesichert) oder nicht greifbar ist – wird der Rückgriff auf begründete Spekulationen von den Stimmen, die sich mit der Problematik befassen, deshalb auch anerkannt.⁵³ In solchen Fällen tritt in den strafrechtswissenschaftlichen Beiträgen deshalb zwangsläufig eine argumentative Mischung aus vorläufigen Befunden und subjektiven Realitätsannahmen auf – was sich etwa bei § 24 StGB mit Blick auf die „Opferschutztheorie“ und das Konzept der „Goldenen Brücke“⁵⁴ oder bei § 25 StGB hinsichtlich der Figur der „Organisationsherrschaft“⁵⁵ beobachten lässt.

2. Unzugänglichkeit des Feldes

Anders liegt es aber beispielsweise dort, wo unter Bezug auf die Idee der „positiven Generalprävention“ auf Reaktions- und Straferwartung der Bevölkerung verwiesen wird, um daraus ganz unterschiedliche dogmatische Konsequenzen abzuleiten⁵⁶ – etwa für die Legitimierung der Versuchsstrafbarkeit,⁵⁷ die begrenzte Zulässigkeit der Wahlfeststellung⁵⁸ oder die Frage, bei welcher Fehlvorstellung ein (vermeidbarer) Verbotssirrtum i.S.v. § 17 StGB⁵⁹ und bei welchem Jugenddelikt die für die

⁵² Vgl. dazu auch das bei *Ogorek* in dies., *Aufklärung über Justiz*, 2008, 413, 425 ff. exemplarisch vorgestellte Anschauungsmaterial.

⁵³ Dazu etwa *Hamann* (Fn. 42), 32 ff.; *Hoffmann-Riem* *Die Verwaltung* 2016, 1, 12, 15 ff.

⁵⁴ Kennzeichnend die realitätsbezogenen Ausführungen hierzu etwa *MüKo/StGB-Hoffmann-Holland*, § 24 Rn. 23 f.

⁵⁵ Charakteristisch in diesem Zusammenhang etwa *Hefendehl* GA 2004, 574; *Höffler* GA 2023, 601 mit Bezugnahmen auf die eher vorläufige organisationssoziologische und -kriminologische Erkenntnislage.

⁵⁶ Hierzu programmatisch *Kaspar* in ders./Walter (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes“?*, 2019, 61, 76 ff.

⁵⁷ Dazu m.w.N. *NK/StGB-Engländer*, § 22 Rn. 18.

⁵⁸ Vgl. beispielsweise *NK/StGB-Frister*, § 1 Rn. 81.

⁵⁹ Vgl. etwa *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 19. Abschnitt Rn. 32 ff.; zur Problematik vgl. *NK/StGB-Neumann*, § 17 Rn. 5 f., 54.

Jugendstrafe erforderliche „Schwere der Schuld“ (§ 17 II Var. 2 JGG) anzunehmen ist.⁶⁰ Im Unterschied zu den davor genannten Dogmatiken (C.III.1.) erfolgt dies ohne jeden Bezug auf empirische Daten. An solchen Befunden besteht auch nicht einfach nur ein Mangel. Vielmehr sprechen methodologische Gründe gegen die Möglichkeit, den angesprochenen Realitätsausschnitt (nämlich die Bedingungen, unter denen ein Normgeltungsschaden eintritt und behoben wird) überhaupt in einer objektivierten Form erheben zu können.⁶¹ Die empirieersetzend verwendeten Realannahmen sind hier also dauerhaft ohne jede Grundlage. Dementsprechend werden sie „zurechtbehauptet“, indem man eben jene Beschaffenheit von Straferwartungen unterstellt, die das jeweilige Begründungsanliegen stützt.

3. Ausgeblendete Befunde

Ein Beispiel für Fälle, in denen man dagegen durchaus vorhandenes empirisches Wissen geradezu ignoriert und „ohne Not“ durch spekulative Realannahmen substituiert, bietet die Dogmatik strafprozessualer Beweisverwertungsverbote (BVV). Diese sollen in ihrer unselbstständigen Variante (auch wenn Voraussetzungen, Reichweite und rechtliche Herleitung umstritten sind⁶²) eine effektive Korrektur der rechtswidrigen Beweisentstehung erreichen (am deutlichsten, wo man im BVV ein Instrument der Folgenbeseitigung sieht⁶³). Der Beschuldigte sei durch die Nichtverwertung prinzipiell so zu stellen, als wäre der Fehler gar nicht geschehen. Diese Ausgleichsleistung erbringe das BVV, indem es die richterliche Person zum Ignorieren gewusster Informationen bringt.

Die an sich naheliegende Frage, ob diese Funktionsweise auch auf realistischen Erwartungen beruht, wurde in der älteren Debatte bisweilen noch knapp thematisiert und (ohne nähere Begründung) unter Hinweis auf die richterliche Professionalität durchweg bejaht.⁶⁴ Von der neueren Literatur wird diese Annahme nunmehr jedoch ohne die geringste

⁶⁰ Ostendorf in Nomos Kommentar zum JGG, 11. Aufl. 2021, § 17 Rn. 7; Beulke NK 2019, 269, 279 f.; Kaspar JR 2024, 201, 204 f.

⁶¹ Näher dazu Kölbel/Singelstein NSTZ 2020, 333.

⁶² Überblick in MüKo/StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 456 ff.; Jäger, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Band 8, § 53.

⁶³ Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, 38 ff.; ders., Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote, 2011, 21 ff., 100 ff.; ähnlich Ellerbrok/Hartmann ZStW 134 (2022), 708, 716 ff.

⁶⁴ Zu dieser Debatte m.w.N. Lindemann in Barton/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, 127, 128 ff.

Problematisierung geteilt⁶⁵ – weshalb man das BVV sodann gegenüber anderen Fehlerkorrektur-Instrumenten priorisiert.⁶⁶ Einige in den USA durchgeführte Experimente zeigen indes, dass das Außerachtlassen einer „bemakelten“ Information oftmals nur erfolgt, wenn sie nebensächlich ist oder als unzuverlässig erscheint,⁶⁷ wobei sich Berufs- von Laienrichtern hierin offenbar kaum unterscheiden.⁶⁸ Dadurch wirkt die juristisch ausgeschlossene Information in die Würdigung der übrigen Beweismittel psychisch nicht selten unbemerkt ein. Indem die Strafrechtswissenschaft diese Befunde zu den tatsächlichen Grenzen der richterlichen Professionalität ignoriert, zementiert sie mit dem BVV also ein Instrument, das den Betroffenen eher Steine als Brot zu geben vermag.⁶⁹

D. Schluss

Es ist an der Zeit, die Strafrechtswissenschaft als Gegenstand der kriminologischen Forschung zu begreifen, denn die hiervon zu erwartenden Befunde wären mehrfach instruktiv: Der Strafrechtswissenschaft würden die eigenen Funktionsweisen und -bedingungen vor Augen geführt und der Kriminologie klargemacht, inwiefern ihr Anspruch, zu einer (aus ihrer Warte) vernünftigen Strafrechtsdogmatik beizutragen, einlösbar ist. Soweit sich bestätigen würde, dass die strafrechtswissenschaftliche Rezeption kriminologischen Wissens eher „unsystematisch“ erfolgt, wäre damit zunächst einmal der ungleiche Anteil dokumentiert, den beide Disziplinen an der Herstellung des „lebenden Strafrechts“ und der Konstruktion von Kriminalität haben. Die beobachtbaren Implikationen der empirieersetzend-alltagstheoretischen Argumentation (V.III. 2. und 3.) gäben aber auch Anlass für eine Revitalisierung der methodologischen Debatte in der Strafrechtswissenschaft. Wie überfällig sie ist, wird

⁶⁵ Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, § 54 Rn. 907: „große psychische Leistung“, die „das deutsche Recht dem Richter (...) fraglos zutraut“. In der Regel wird die Problematik nicht einmal kurz angesprochen (kennzeichnend MüKo/StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 449 ff.).

⁶⁶ Vgl. etwa Jäger (Fn. 62), § 53 Rn. 210 ff.; Jahn, 67. Deutscher Juristentag. Gutachten C, 2008, 22 ff., 104 ff.

⁶⁷ Vgl. die Zusammenstellung bei Lindemann (Fn. 64), 137 ff.

⁶⁸ Im Experiment von Wistrich/Guthrie/Rachlinski *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), 1251, 1286 ff., hatten diese erhebliche Schwierigkeiten, Beweise auszublenden, deren Unverwertbarkeit sie selbst festgelegt hatten (zusammenfassend *Rachlinski/Wistrich Annual Review of Law and Social Science* 13 (2017), 203, 216 ff.; siehe ferner die auf widerrufenen Geständnisse bezogenen Befunde bei *Wallace/Kassin Law and Human Behavior* 36 (2012), 151; *Kassin American Psychologist* 67 (2012), 431; *Mindthoff/Ferreira/Meissner Law and Human Behavior* 48 (2024), 163).

⁶⁹ Nur bei der ganz ausnahmsweise erfolgenden Berücksichtigung dieser Befunde wird über Konsequenzen (also andere Mittel zur Abschirmung des kontaminierten Beweismaterials) nachgedacht (vgl. *Lindemann* (Fn. 64), 145 ff.: Vernichtung des Beweismaterials; richterliche Befangenheit).

nicht zuletzt daran erkennbar, wie lange sie schon angemahnt wird. Die „ganze Lehre vom Verbrechen“, heißt es bereits 1845 bei *Franz Lieber*, „ist eine haltlose, kömmt nicht die Lehre vom Verbrecher dazu; die Lehre vom Prinzip des Strafrechts ist eine ungedeihliche Speculation, reiht sich nicht die Lehre von der Bestrafung und der Psychologie des Verbrechers daran“.⁷⁰

⁷⁰ *Lieber*, Bruchstücke über Gegenstände der Strafkunde, besonders über das Eremitensystem, 1845, 35.

Aufgaben einer kritischen Strafrechtswissenschaft

Inga Schuchmann, Berlin*

ABSTRACT

Weite Teile der deutschen Strafrechtswissenschaft verstehen sich als kritisch. Dem liegt zumeist ein systemimmanentes Kritikverständnis zugrunde, das im Kern auf eine Optimierung des Projekts Strafrecht gerichtet ist. Einher geht dies zuweilen mit der Idee, Aufgabe einer kritischen Strafrechtswissenschaft sei es, das Strafrecht von externen – etwa politischen – Einflüssen zu bewahren. Dem lässt sich ein Kritikverständnis gegenüberstellen, das es über externe Maßstäbe ermöglicht, das Projekt Strafrecht auch über Aspekte der Binnenkohärenz hinaus zu betrachten. Mit Hilfe interdisziplinärer Fragestellungen lassen sich versteckte Macht- und Gewaltdynamiken im Strafrecht aufdecken, die zeigen, dass der Versuch, die Strafrechtswissenschaft vor einer Politisierung zu bewahren, selbst politische Praxis ist. Schließlich stellt sich die Frage: Kann es angesichts der dysfunktionalen Strafrechtsrealität überhaupt eine Form der Kritik geben, die weiterhin auf das Instrument des Strafrechts setzt?

A. Einleitung

Obgleich schon die Suche nach den Aufgaben einer kritischen *Rechtswissenschaft* einige Fragestellungen bereithält, scheint die Beschäftigung mit einer kritischen *Strafrechtswissenschaft* in mancherlei Hinsicht von Besonderheiten geprägt. Dies zum einen, da sich weite Teile der Strafrechtswissenschaft in einer Tradition mit einer liberalen und dezidiert staatsbegrenzenden Strafrechtswissenschaft sehen. Das (staats-)kritische Moment erscheint dieser Strafrechtswissenschaft geradezu immanent. Eigene Legitimitätsmaßstäbe gehören so unbestritten zum

* Für den wertvollen Austausch danke ich *Boris Burghardt*, *Aziz Epik* und *Andreas Werkmeister*. Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte von Prof. Dr. Florian Jeßberger an der Humboldt-Universität zu Berlin. Kontakt: inga.schuchmann@hu-berlin.de.



Kern der Strafrechtswissenschaft, dass die anhaltende Skepsis gegenüber der demokratischen Gesetzgebung von Seiten der Staatsrechtslehre zuweilen mit Verwunderung wahrgenommen wird.¹ Zum anderen aber, da jenseits der bewährten Staatskritik kritische Perspektiven, die in manch anderen Rechtsgebieten bereits etablierter scheinen, im Strafrecht weiterhin Nischencharakter aufweisen, und, mehr noch, zuweilen mit dem Verdacht des Politisch-Aktivistischen behaftet sind. Kritische Theorien, etwa Critical Race Theory, oder feministische Theorien, haben im deutschen Strafrecht bisher keinen selbstverständlichen Platz. Selbst die empirischen Erkenntnisse der kritischen Kriminologie spielen bei der Begründung eines restriktiven Gebrauchs von Strafrecht in der Regel eher eine Nebenrolle.² Die Vermutung, dass diese Beobachtungen miteinander in Zusammenhang stehen, liegt zumindest nahe. *Burghardt* und *Steinl* haben kürzlich darauf hingewiesen, dass der (mit ebenjener liberalen Tradition in Verbindung gebrachte) Rechtsgutsbegriff für strukturelle gesellschaftliche Machtdynamiken nahezu blind ist.³ Wenngleich es angesichts der vagen Rechtsgutsdefinitionen nicht ausgeschlossen ist, gesellschaftliche Dynamiken auch in einen systemkritischen Rechtsgutsbegriff zu integrieren, so ist doch immerhin ein individualisierender Effekt des rechtsgutszentrierten Strafrechts zu konstatieren. Das gesellschaftsbezogene Potential des Rechtsgutsbegriffs scheint im Hinblick auf die sozialen Bedingungen des Zusammenlebens als Freie und Gleiche nicht vollends erschöpft. Insbesondere konzentrieren sich die vom Rechtsgutsbegriff durchaus wahrgenommenen sozialen Bedingungen des Zusammenlebens noch immer überwiegend auf die individuell-freiheitssichernde Dimension,⁴ während Fragen der Gleichheit bisher eher unbeleuchtet bleiben.⁵ Eine rechtsstaatliche Idee von Freiheit kann aber ohne Gleichheit nicht gedacht werden⁶ – sowie auch die Bedeutung von

¹ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, 388 f.; *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, 39 ff.; *ders.* *JZ* 2016, 641, 648 f.; s. aus der Strafrechtswissenschaft *Stuckenberg* *GA* 2011, 653, 658; zu den Vorwürfen der Demokratiefeindlichkeit sowie den dahinterstehenden Demokratieverständnissen ausführlich *Werkmeister* *ARSP* 2023, 409 ff.

² S. auch *Burghardt/Steinl* *KJ* 2024, 14, 26.

³ *Burghardt/Steinl* *KJ* 2024, 14, 26.

⁴ *Singelstein* in *Bäcker/Burchardt* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, 223.

⁵ Zu normativen Ungleichheitsdimensionen im Strafrecht sowie Diskriminierungen durch polizeiliche und justizielle Akteur*innen s. *Haverkamp/Lukas* in *Scherr et al.* (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, 2. Aufl. 2023, 397 ff.; zur verfassungsrechtlichen Dimension von Strafgerechtigkeit s. *Singelstein* in *Bäcker/Burchardt* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, 223 ff.; dazu *Barskanmaz* in *Bäcker/Burchardt* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, 281 ff.

⁶ Zum Zusammenspiel von Würde, Freiheit und Gleichheit s. *Baer* *University of Toronto Law Journal* 2009, 417, 418 ff.

Freiheit *von dem* Staat nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass gerade in Fällen gesellschaftlich ungleicher Machtverteilungen, in denen der Zugriff auf die grundlegenden Vorbedingungen für Freiheit ungleich verteilt ist, Freiheit für manche eben auch staatliche Gewährleistungen erfordert, mit anderen Worten: Freiheit *durch den* Staat.⁷

In diesem Beitrag werde ich zunächst verschiedene Auffassungen vom Wesen einer kritischen Strafrechtswissenschaft beleuchten, bevor ich – ausgehend von dem Verständnis von Kritik als grundlegende *critique* – mögliche Aufgaben einer kritischen Strafrechtswissenschaft in den Blick nehme. Anschließend werde ich mich dem hierbei aufgeworfenen Konflikt kritischer (zuletzt insbesondere: feministischer) Pönalisierungsbedürfnisse widmen.

B. Strafrechtswissenschaft als *per se* kritische Wissenschaft?

Kubiciel beschreibt die Strafrechtswissenschaft als eine ihrem Selbstverständnis nach kritische Wissenschaft.⁸ Dies führt er u.a. auf die Vorstellung mancher Teile der Strafrechtswissenschaft zurück, eigentlich „Herrin“ der Gesetzgebung zu sein.⁹ Er macht aber noch einen weiteren Punkt aus: Das hohe Maß an Legitimationsbedürftigkeit des Strafrechts „als staatlich organisierte Zufügung von Übeln“¹⁰. Verbunden ist diese Art der Betrachtung mit einer spezifischen Vorstellung von Kritik, anhand eines spezifischen, über Jahrzehnte entwickelten Maßstabs: Kritik gegenüber der Gesetzgebung anhand des Maßstabs der Rationalität. Kritik dient nach diesem Verständnis auch einer spezifischen Funktion, nämlich der „Rationalisierung von Kriminalisierungsdiskursen“¹¹. Kritik, die sich des Maßstabs der Rationalität bediene, sei in der Lage zwischen „rechtswissenschaftlich guten und schlechten Begründungen zu unterscheiden“¹². Der Struktur nach bedient sich diese Form der Kritik vornehmlich projektimmanenter Maßstäbe; das Projekt Strafrecht als solches wird nicht grundlegend bezweifelt, sondern vorrangig optimiert und

⁷ Zur (auch normativen) Relevanz unterschiedlicher Vulnerabilitätserfahrungen s. *Zabel* in Hilgen-
dorf/Schuhr (Hrsg.), Festschrift für Jan C. Joerden, 2023, 333, 342 ff.

⁸ *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, 14 ff.; *ders.* in Barton,
Eschelbach, Hettinger et. al (Hrsg.), FS Fischer, 2018, 143, 145.

⁹ *Kubiciel* FS Fischer, 2018, 143.

¹⁰ *Kubiciel* FS Fischer, 2018, 143, 145.

¹¹ *Kubiciel* FS Fischer, 2018, 143, 146.

¹² *Kubiciel* FS Fischer, 2018, 143, 146.

vor vermeintlich externen Einflüssen bewahrt.¹³ Mit der zuweilen als Frankfurter Schule des Strafrechts¹⁴ bezeichneten Denktradition sind aber auch deutlich darüberhinausgehende, grundlegendere Kritiken des Strafrechts zu verzeichnen. Zwar steht auch hier die „aufgeklärte Strafrechtskritik“¹⁵ im Zentrum; *Jahn* und *Ziemann* machen als Kern der Frankfurter liberal-rechtsstaatlichen Kritik die Forderungen aus, die staatliche Strafgewalt „insbesondere durch die Ausrichtung des materiellen Strafrechts am Schutz individueller Rechtsgüter“ auf ein Kernstrafrecht zu begrenzen, sowie eine „strikte[] Subsidiarität des Strafrechts gegenüber anderen typischerweise weniger invasiven Teilrechtsordnungen wie Zivil- und Verwaltungsrecht“¹⁶ einzuhalten (unter Inkaufnahme der Schaffung eines neuen Interventionsrechts). Durch die explizite Einbeziehung sozialwissenschaftlicher und rechtspolitischer Dimensionen geht die hier formulierte Kritik des Strafrechts aber über projektimmanente Maßstäbe hinaus und betrifft die Materie als Ganzes. Juristische Grundlagendisziplinen spiel(t)en eine wesentliche Rolle bei der Begründung des *Wesens* des Strafrechts und – damit argumentativ verknüpft – seiner Legitimation.¹⁷

Dieser Blick für projektexterne Maßstäbe ist es gerade, der eine Betrachtung des Strafrechts im Ganzen ermöglicht, wodurch sich grundlegendere Kritik formulieren lässt. Im Gründungsdokument der Kritischen Justiz aus dem Jahr 1968 schreiben *Gehlsen*, *Bauer* und *Joachim*: „Kritische Rechtswissenschaft meint [...] die Aufdeckung des Bezugs zwischen Recht und Gesellschaft, seiner politischen, sozialen und gesellschaftspolitischen Implikationen.“¹⁸ Noch schärfer formuliert *Zabel*: „Rechtskritik ist radikale Rechtsphilosophie. Ihr Ziel ist es, die Selbstgewissheit herrschender Theorien und Praktiken in Frage zu stellen, sie zu dekonstruieren. Das betrifft den wissenschaftlichen Diskurs, die gängigen Begriffe, die Sprache und die Prinzipien.“¹⁹

¹³ Zum Verständnis der Strafrechtswissenschaft als Strafbegrenzungswissenschaft *Vormbaum* ZStW 1995, 734, 744 ff.

¹⁴ S. *Jahn/Ziemann* JZ 2014, 943 ff.

¹⁵ So *Jahn/Ziemann* JZ 2014, 943, 947; *Roxin* in Neumann/Prittowitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, 175 f.; *Prittowitz* in Neumann/Prittowitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, 131, 174.

¹⁶ *Jahn/Ziemann* JZ 2014, 943, 947.

¹⁷ *Hassemer* KJ 2005, 2, 14.

¹⁸ Zitiert nach *Buckel/Fischer-Lescano/Hanschmann* KJ 2008, 235, 236.

¹⁹ *Zabel* in Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 2021, 275.

Wie lassen sich nun aber die beschriebenen Formen der Kritik einordnen? Während wir in der deutschen Sprache für die genannten Formen der Kritik üblicherweise dasselbe Wort verwenden, ist die Unterscheidung im englischsprachigen Diskurs einfacher: So lässt sich bereits sprachlich zwischen *criticism* und *critique* unterscheiden.²⁰ Dabei beschreibt *criticism* eine Form der Kritik, die sich in erster Linie projektimmanenter Maßstäbe bedient; Kritik dieser Art dient nicht der Infragestellung des Projektes als solches, sondern seiner Optimierung. *Critique* hingegen meint eine grundlegendere Form der Kritik, die – nicht zuletzt über die Heranziehung externer Maßstäbe – das Projekt als Ganzes herausfordert.²¹ Während die wissenschaftliche Form des *criticism* also in der Tat in der deutschen Strafrechtswissenschaft auf breite Unterstützung setzen kann, sind Formen der radikaleren *critique* nicht gleichermaßen verbreitet. Die Strafrechtswissenschaft ist also in jedem Fall eine analytische Gegnerin für die Gesetzgebung – häufig jedoch vornehmlich mit dem Ziel einer Binnenkohärenz.²² *Kritisch* macht das die Strafrechtswissenschaft nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis jedoch nicht. Nach dem soeben skizzierten Verständnis von einer kritischen Strafrechtswissenschaft im Sinne einer *critique* sollte ihr Blick über die projektimmanenten Maßstäbe hinausgehen. Dazu, wie dies gelingen kann, möchte ich im Folgenden einige – selbstverständlich nicht als abschließend zu verstehende – Überlegungen anstellen.

C. Aufgaben einer kritischen Strafrechtswissenschaft

Für einen kritischen Blick auf das Projekt des Strafrechts kommen verschiedene Perspektiven in Betracht. Die hier angestellten Überlegungen widmen sich im Wesentlichen einer Kontextualisierung des positiven Rechts und dem Aufdecken verborgener Machtdynamiken. Im Fokus stehen dabei zeitgeschichtliche und diskriminierungssensible Perspektiven. Nicht weiter ausführen werde ich hingegen die grundsätzliche Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher Eingriffe – sei es durch das sozialetische Unwerturteil im Falle eines Strafurteils²³ oder die

²⁰ Vgl. *Mégret* in Schwöbel-Patel (Hrsg.), *Critical Approaches to International Criminal Law*, 2014, 17, 18 ff. Die Unterscheidung zwischen Kritizismus und Kritik scheint hierzu nicht gleichermaßen geeignet.

²¹ *Mégret* in Schwöbel-Patel (Hrsg.), *Critical Approaches to International Criminal Law*, 2014, 17, 18 ff.

²² *Zabel* in Hilgendorf/ Schuhr (Hrsg.), *Festschrift für Jan C. Joerden*, 2023, 333, 336 f.

²³ S. dazu *Schuchmann*, *Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild*, 2024, 77 ff.

anschließend verhängte Strafe als staatlich auferlegtes Übel. Dass sich eine kritische Strafrechtswissenschaft dieser offenen Gewaltverhältnisse bewusst sein und sie hinterfragen sollte, scheint mir selbstverständlich.

I. Entpolitisierung als Ziel kritischer Strafrechtswissenschaft?

Dass das Strafrecht als staatliches Machtinstrument enorme Instrumentalisierungsrisiken in sich birgt, ist nicht von der Hand zu weisen. Der Einsatz und die Ausrichtung des Strafrechts während des nationalsozialistischen Regimes haben diese Gefahren deutlich gezeigt.²⁴ Daraus wird von manchen der Schluss gezogen, dass gesellschaftspolitische Erwägungen möglichst aus dem Strafrecht herauszuhalten seien: *Naucke* etwa beschreibt als Gegenmodell eine strikte Trennung von Staat und Gesellschaft.²⁵ Das Strafrecht soll so vor kurzfristigen sozialen Bedürfnissen abgeschottet werden; „[d]ie Gesellschaft darf keinen unmittelbaren Zugang zur Bestimmung des Inhalts strafrechtlicher Regeln haben. Dafür verhält sich der Staat ideologisch neutral.“²⁶ Zwar erkenne das von ihm vorgeschlagene Modell nicht, „daß es sozialen Wandel gibt, aber es hält den sozialen Wandel nicht ungeprüft für etwas Gutes, will dem sozialen Wandel einen unmittelbaren Zugriff auf das Strafgesetz erschweren, will den überkommenen Bestand der Strafgesetze als Argument gegen den sozialen Wandel benutzen.“²⁷ Den idealen Strafrichter zeichnet *Naucke* als „wissenschaftlich gebildete[n], politisch kluge[n], humane[n] Bürger, unabsetzbar, unabhängig, nicht versetzbar, nur dem Gesetz unterworfen, kontrolliert durch vernünftig entworfene Besetzung der Spruchkörper und vernünftig entworfene Instanzenzüge. Der gesetzliche Richter [...] politisiert nicht.“²⁸ Deutlich wird dieses Verständnis auch in der Kurzbeschreibung der von *Harzer* herausgegebenen Reihe „Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft“ im Peter Lang-Verlag: „Kritische Strafrechtswissenschaft will aufklären und ist an politik- und zweckfreiem Strafrecht orientiert.“²⁹ Auch *Kubiciel* kritisierte kürzlich eine von

²⁴ Grundlegend *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989.

²⁵ *Naucke* in Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71, 93 f.

²⁶ *Naucke* in Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71, 94.

²⁷ *Naucke* in Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71, 94.

²⁸ *Naucke* in Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71, 94 f.

²⁹ So auf <https://www.peterlang.com/series/ggs> (zuletzt abgerufen am: 30.9.2024).

ihm wahrgenommene Politisierung des Strafrechts und seiner Anwendung.³⁰

In diesen Ausführungen kommt die Idee zum Ausdruck, „vernünftige“, aufgeklärte Grundsätze und Verfahren seien gewissermaßen politisch neutral. Dagegen ist einzuwenden, dass auch in diesen Rückgriffen auf vermeintlich objektive Kategorien bestimmte politische Grundannahmen und Werte zum Ausdruck kommen. In der Regel verbergen sich hinter objektivierenden Maßstäben die eigenen Vorstellungen von Objektivität, die sich aber von der eigenen Positionalität, d.h. den eigenen Werten, Ansichten und Erfahrungen, nicht trennen lassen.³¹ Indem die Grundlagen des eigenen Wissens nicht offengelegt oder gar reflektiert werden, werden mit dem wissenschaftlichen Objektivitätsversprechen letztlich bestimmte Vorannahmen über Normalität verdeckt.³² Bestehende strukturelle Ungleichheiten und Machtdynamiken bleiben so unsichtbar.³³

Diese Art kritischer Wissenschaft ist eine, die den Mythos der Objektivität des Rechts eher fördert, denn hinterfragt. Das heißt nicht, dass es nicht Straftatbestände gibt, die mehr oder weniger politisch „aufgeladen“ sind, in denen sich also die Risiken, die mit einer „Politisierung“ beschrieben werden, mehr oder weniger deutlich zeigen – besonders deutlich werden diese Dimensionen seit einiger Zeit wieder in den Diskussionen um die §§ 129 ff. StGB.³⁴ Politische Dimensionen und Überzeugungen lassen sich aber im Einzelfall auch in vermeintlich „unpolitischen“ Straftaten ausmachen – aktuelles Beispiel wiederum im Zusammenhang mit Umwelt-Aktivist*innen: § 240 StGB.³⁵ Gleiches gilt aber auch für dogmatische Figuren und Maßstäbe, wie dem „besonnen und gewissenhaft handelnden Menschen“, den Grundlagen der Zurechnung,³⁶ die Definition eines Angriffs im Rahmen des § 32 II StGB,³⁷ die Nicht-Anders-

³⁰ Kubiciel JZ 2024, 167.

³¹ Vgl. Kocher KJ 2021, 268.

³² Kocher KJ 2021, 268 f., 274 („Immunisierungsstrategie“); Zabel KJ 2022, 269, 281.

³³ Zu den durch das „Neutralitätsparadigma“ verschleierte Dynamiken bzw. zur Marginalisierung bestimmter Vulnerabilitätserfahrungen Zabel KJ 2022, 269, 270 bzw. 273.

³⁴ Zu den Ermittlungsverfahren gegen Mitglieder der Letzten Generation wegen des Tatverdachts des § 129 StGB s. nur die Beiträge von Gärditz, Höffler, Koch, König, Kubiciel, von Bernstorff und Wenglarczyk auf dem Verfassungsblog zur Thematik „Kleben und Haft: Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise“, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/category/debates/kleben-und-haften-ziviler-ungehorsam-in-der-klimakrise/> (zuletzt abgerufen am: 30.9.2024); Zöller NSW 2024, 110.

³⁵ S. dazu Zerbes in Jeßberger/Schuchmann, Der politische Strafprozess, Mohr Siebeck (i.E.).

³⁶ Zabel in Hilgendorf/ Schuhr (Hrsg.), Festschrift für Jan C. Joerden, 2023, 333, 340 f.

³⁷ Midey in Petzsche et al. (Hrsg.), Strafrecht und Krise, Nomos (i.E.).

Abwendbarkeit im Rahmen des § 35 StGB,³⁸ der (Un-)Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums oder der Definition niedriger Beweggründe im Rahmen des § 211 StGB (bzw. den pauschalen Ausschluss bestimmter Konstellationen von diesen³⁹).

Dies ist keineswegs eine Besonderheit des Strafrechts. *Kocher* etwa hat diese Vorgänge eindrücklich für den Bereich des Privatrechts beschrieben.⁴⁰ Das Strafrecht scheint mir allerdings ein Ort für besonders wirkmächtige normative Setzungen, und zwar für die expliziten ebenso wie für die impliziten. Das Strafrecht enthält zahlreiche Wertungen über das vom Durchschnittsmenschen Erwartbare. Die Androhung empfindlicher Übel im Fall der Normübertretung ist zudem mit der Erwartung an eine gewisse Verhaltenssteuerung verbunden;⁴¹ die Verknüpfung mit einem sozialetischen Unwerturteil ist darüber hinaus besonders geeignet, moralische Aussagen über den (Un-)Wert bestimmter Verhaltensweisen zu treffen.⁴² Strafrecht ist daher immer auch ein Ort, an dem sich eine Gemeinschaft ihrer selbst und ihrer (mehrheitlich) geteilten Werte versichert; der jeweilige Status Quo gibt Aufschluss über bestimmte Grundüberzeugungen der (Mehrheits-)Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt.⁴³ Daher scheint mir die Annahme plausibel, dass (Straf-)Recht, aber auch seine systemimmanenten Kategorien und dogmatischen Regeln, *per se* politisch sind.⁴⁴ Es ist stets in seiner politischen, gesellschaftlichen und sozialen Bedingtheit zu betrachten. Mit anderen Worten: Auch das Festhalten an überkommenen und vermeintlich politisch neutralen Konzepten ist eine politische Praxis. Aufgabe einer kritischen Strafrechtswissenschaft kann daher nach nicht sein, Strafrecht zu entpolitisieren, schlicht weil es so etwas wie politikfreies Strafrecht nicht geben kann. Die Vorstellung, Strafrecht durch eine Fokussierung auf überkommene Dogmatik und „vernünftige“ Maßstäbe vor einer Politisierung zu schützen, ist eine trügerische. Stattdessen sollten die – in jedem

³⁸ *Zabel* in Hilgendorf/ Schuhr (Hrsg.), Festschrift für Jan C. Joerden, 2023, 333, 344 f.

³⁹ *Schuchmann/Steinl* KJ 2021, 312.

⁴⁰ *Kocher* KJ 2021, 268 ff.

⁴¹ Und das trotz des Wissens um die eher geringen Effekte, vgl. auch *Luhmann*, Politik der Gesellschaft, 2002, 192.

⁴² *Schuchmann*, Das sozialetische Unwerturteil als staatliches Fremdbild, 2024, 85 ff.

⁴³ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, 8. Aufl. 2019, 155 ff.; *ders.*, Die Regeln der soziologischen Methode, 9. Aufl. 2019, 157.

⁴⁴ *Burghardt* in Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 13, 14 ff.

Fall vorhandenen – politischen Annahmen und Überzeugungen offengelegt und reflektiert werden.

II. Zeitgeschichtliche Kontextualisierungen und Kontinuitäten

Insbesondere zeitgeschichtliche Untersuchungen sind in der Lage, die jeweiligen Entstehungsbedingungen von Recht unter Berücksichtigung ihres geschichtlichen Kontextes zu verdeutlichen. So lassen sich Annahmen über vermeintlich „objektive“ oder „politisch neutrale“ Normen dekonstruieren. Auch lässt die Betrachtung der Normgenese Aufschluss über die Zufälligkeiten und zuweilen auch Abgründe konkreter Normgestaltungen zu. Die Beleuchtung des zeitgeschichtlichen Kontextes kann so dazu beitragen, den Eindruck der Objektivität und Neutralität zu mindern. Als Beispiel sei die Strafbarkeit der uneidlichen Falschaussage genannt: Während die Norm aus heutiger Sicht wohl geradezu politisch unverdächtig erscheint, offenbart die Betrachtung der Normgenese ihre menschenverachtenden Prämissen, nämlich die Annahme der „Eidesunfähigkeit von Polen und Juden“ und das hierdurch entstandene „Erfordernis“ einer auf diese „Lücke“ zugeschnittenen Strafbarkeit im Jahr 1943.⁴⁵ Weitet man den Blick auf die deutsche Kolonialzeit, zeigt sich, dass das einfache Lügen vor Gericht bereits deutlich vor 1943 in der deutschen Rechtsgeschichte auftaucht – wiederum allerdings nur für marginalisierte, in diesem Fall kolonialisierte Personen.⁴⁶

Zeitgeschichtliche Untersuchungen sind aber zu mehr in der Lage, als den gesellschaftspolitischen Kontext von Normen und ihrer Entstehung aufzuzeigen. Darüber hinaus lassen sich mit ihrer Hilfe zahlreiche (zum Teil versteckte) Kontinuitätslinien zu bereits überwunden geglaubten Überzeugungen aufdecken. Besonders intensiv erfolgte die zeitgeschichtliche Untersuchung von Kontinuitäten aus der NS-Zeit.⁴⁷ Neben

⁴⁵ In Nr. IX der sog. PolenstrafrechtsVO vom 4. Dezember 1941 heißt es: „Polen und Juden werden im Strafverfahren als Zeugen nicht beeidigt; auf eine unwahre uneidliche Aussage vor Gericht finden die Vorschriften über Meineid und Falscheid sinngemäß Anwendung.“ s. dazu *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, 1990, 133 f.; *ders.*, Reform der Aussagetatbestände (§§ 153–162 StGB), 2. Aufl. 2012, 12 ff.

⁴⁶ § 4 der Dienstvorschrift des Gouverneurs betreffend Kamerun von Mai 1902; der Rechtstext spricht an dieser Stelle von „Farbigen“.

⁴⁷ S. etwa *Fitting*, Analogieverbot und Kontinuität, 2016; *Marxen* KritV 1990, 287 ff.; *Naucke* in Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71 ff.; *Vormbaum* in Ostendorf (Hrsg.), Strafverfolgung und Strafverzicht. Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 1992, 71 ff.; *Wolf* HFR 1996, 1 ff.

den bekannten Beispielen der §§ 211, 212 StGB⁴⁸ oder § 219a StGB a.F.⁴⁹ sei hier etwa auf § 240 II StGB hingewiesen: Eingeführt wurden die zusätzlichen Anforderungen der Rechtswidrigkeit zeitgleich zu einer massiven Ausweitung des Tatbestands im Jahr 1943.⁵⁰ Absatz 2 lautete mit seinem Inkrafttreten am 15. Juni 1943: „Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht.“ Noch im Jahr 1951 befand der BGH: „Die Anwendung des § 240 StGB auf den von der Strafkammer festgestellten Sachverhalt begegnet jedoch keinen rechtlichen Bedenken. Dabei ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass § 240 in der Fassung der VO vom 29. Juni 1943 anzuwenden ist. [...] Absatz 2 ist seinem wirklichen Gehalt nach dahin zu verstehen, dass der Richter bei der Abgrenzung des strafwürdigen Unrechts von nicht strafwürdigem Verhalten nach dem Verhältnis des Mittels zum Zweck auf das Rechtsempfinden des Volkes zu achten hat. Das ist ein alter Grundsatz rechtsstaatlicher Strafrechtspflege [...].“⁵¹ Das nationalsozialistische Kriterium des gesunden Volksempfindens wurde erst im Jahr 1953 durch die Verwerflichkeitsklausel ersetzt;⁵² die zur Fassung von 1943 getroffenen Ausführungen des Großen Senats für Strafsachen⁵³ wurden noch im Jahr 2014 für inhaltsgleich mit heutigen Definitionen der Verwerflichkeit befunden.⁵⁴

Aber auch durch die Jahrzehnte der bundesrepublikanischen Rechtsgeschichte lassen sich bestimmte Kontinuitäten in Argumentationsmustern ausmachen, die wohl überwiegend als überwunden angesehen werden. Dazu gehören Verharmlosungen von geschlechtsspezifischer (überwiegend, aber nicht nur sexualisierter) Partnerschaftsgewalt zum Beispiel durch Absehen vom höheren Strafraumen des Regelbeispiels der Vergewaltigung nach § 177 VI StGB in Fällen vorheriger oder späterer einvernehmlicher sexueller Kontakte,⁵⁵ in denen sich dieselben patriarchalen Zugriffsrechte zeigen, die auch in der späten Erfassung ehelicher

⁴⁸ Gefasst durch das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4.9.1941, RGBl. I, 549.

⁴⁹ § 219a StGB a.F. war zurückzuführen auf §§ 219 und 220 RStGB; diese wurden eingeführt durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933, RGBl. I, 295, 296.

⁵⁰ Erste Verordnung vom 29.5.1943, RGBl. I, 339, 341 (sog. Strafrechtsangleichungsverordnung).

⁵¹ BGHSt 1, 84; s. hierzu auch *Wolf/HFR* 1996, 1, 7 ff.

⁵² 3. StrÄG vom 4.8.1953, BGBl. I, S. 735, 742.

⁵³ In BGHSt 2, 194, 196, stellte der Große Strafsenat darauf ab, ob die Beziehung zwischen Mittel und Zweck „nach richtigem allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen“ sei.

⁵⁴ BGH NStZ 2014, 149, 152.

⁵⁵ BGH NStZ-RR 2010, 9, 10; BGH NStZ 2019, 203, 204; BGH HRRS 2022 Nr. 359 Rn. 6.

Vergewaltigungen von § 177 I StGB a.F. zum Ausdruck kamen; dazu gehört auch die Bewertung von Vergewaltigungen von Sexarbeiter*innen, denen lange unter Hinweis auf die grundsätzliche Bereitschaft zu bestimmten sexuellen Handlungen der erniedrigende Charakter im Falle ihres Erzwingens abgesprochen wurde;⁵⁶ und dazu gehört auch die unkritische Inbezugnahme der Inhalte der sog. Homosexuellen-Entscheidung des BVerfG von 1957 noch im Jahr 1999 zur Begründung der Nichtanwendbarkeit von Art. 3 II und III GG auf § 183 StGB.⁵⁷

III. Aufzeigen von unbenannter Macht und strukturellen Diskriminierungen

Dass ein vernunftorientierter Maßstab der Kritik in der Lage war, das materielle Strafrecht weitgehend von Sittlichkeits- und Moralvorstellungen zu befreien, ist nicht von der Hand zu weisen. Entsprechende Entkriminalisierungsforderungen und -umsetzungen waren ein bedeutsamer Schritt für die Entwicklung eines freiheitssichernden Strafrechts. Während aber die Begründung einer kritischen Perspektive mit einem hohen Legitimationsbedürfnis der Materie des Strafrechts auf unmittelbar einsehbare, und sogar originär bezweckte Machtdimensionen verweist (namentlich das staatliche Gewaltmonopol und das intendierte Zufügen empfindlicher Übel), transportiert und verstärkt das Strafrecht darüber hinaus weitere, versteckte Machtdimensionen, strukturelle Diskriminierungen und stereotype Annahmen.

Die klassistische Dimension des Strafrechts wird nicht nur in Bezug auf die Rechtsfolgen kritisiert: So stehen etwa die strafbare Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne Fahrschein (als Erschleichen von Leistungen) lediglich ordnungswidrigem Falschparken gegenüber; Prostitutionsdelikte zeigen eine Überkriminalisierung von Sexarbeiter*innen,⁵⁸ was neben der sozialen auch eine geschlechtsspezifische Dimension aufwirft. Dieses Beispiel verdeutlicht zugleich die Relevanz einer intersektionalen

⁵⁶ So noch BGH NSTZ 2001, 369; zwar scheint der BGH neuerdings von dieser Argumentation Abstand genommen zu haben – die Bestätigung eines minder schweren Falls in BGH NSTZ 2023, 340 spricht jedoch für eine fortdauernde Berücksichtigung des Umstands, dass die Geschädigte sich zuvor bereiterklärt hatte entsprechende sexuelle Handlungen gegen Entgelt vorzunehmen, s. dazu die Anmerkung von *Kett-Straub* NSTZ 2003, 343, 345.

⁵⁷ S. dazu *Schuchmann* in Januskiewicz et al. (Hrsg.), *Geschlechterfragen im Recht*, 2021, 91, 106 ff.; zur verfassungsrechtlichen Einordnung beider Entscheidungen s. *Valentiner*, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, 2021, 241 ff., 285 ff.

⁵⁸ *Schuchmann*, *Das sozioethische Unwerturteil*, 2024, 193 f.

Betrachtung. Weniger im Fokus stehen im deutschen Diskurs bisher rassistische Strukturen des materiellen Strafrechts⁵⁹ – anders als in der Betrachtung polizeilicher Praxen (Stichwort: *racial profiling*⁶⁰).⁶¹

In den letzten Jahren war es insbesondere eine feministische Strafrechtswissenschaftskritik, die sich vermehrt den im Strafrecht vermittelten und perpetuierten Geschlechterhierarchien und Stereotypen widmete.⁶² Neben dem besonders naheliegenden Themenfeld des Sexualstrafrechts betrifft die Kritik weitere Fälle geschlechtsspezifischer (insbesondere partnerschaftlicher) Gewalt, aber auch die Kriminalisierung reproduktiver Freiheiten.⁶³ Der Gegenstand der Kritik variiert dabei: Zuweilen ist es das Recht selbst, das bestimmte Machtdimensionen und Geschlechterbilder perpetuiert; genannt seien hier etwa die §§ 183, 184k und 218 ff. StGB, in denen sich binäre und biologistische Geschlechterbilder ausmachen lassen.⁶⁴ In anderen Fällen wiederum finden Geschlechterstereotype über die Überzeugungen und Vorannahmen der Rechtsanwender*innen Eingang in die Rechtswirklichkeit. Als viel diskutiertes Beispiel der letzten Jahre sei auf die Bewertung von Intimpartnerinnen-Tötungen hingewiesen, in denen das Vorliegen niedriger Beweggründe im Fall der (geplanten) Trennung verneint wurde.⁶⁵ Auch die bereits angesprochene Verharmlosung von geschlechtsspezifischer Partnerschaftsgewalt gehört in diesen Kontext.

IV. Einbeziehung der sozialen Strafrechtswirklichkeit

Auch wenn Strafrechtswissenschaft und Kriminologie häufig eine gewisse disziplinäre (und damit allzu oft auch personelle) Trennung

⁵⁹ An der UHH widmet sich derzeit das Forschungsprojekt „Fair Trials in an Unfair System“ (Leitung: *Epik*) u.a. den strukturellen Rassismen im materiellen Strafrecht, s. <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-epik/forschungsprojekte.html> (zuletzt abgerufen am: 30.9.2024).

⁶⁰ *Niemz/Singelstein* in Hunold/Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei*, 2022, 337; *Tischbirek/Wihl* JZ 2013, 219 ff.

⁶¹ S. umfassend zum Thema Rassismus in der Polizei den Sammelband von Hunold/Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei*, 2022.

⁶² S. bereits *Bender* KJ 1987, 449 ff.; *Temme/Künzel* (Hrsg.), *Hat Strafrecht ein Geschlecht?*, 2010; aus den letzten Jahren s. nur *Bartsch et al.* (Hrsg.), *Gender and Crime. Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft*, 2022; *Schüttler et al.* (Hrsg.), *Gender and Crime. Sexuelle Selbstbestimmung und geschlechtsspezifische Gewalt*, 2024; *Schüttler et al.* (Hrsg.), *Gender and Crime. Strukturelle Ursachen und Verhältnisse geschlechtsspezifischer Gewalt*, *Nomos* (i.E).

⁶³ S. *Çelebi/Schuchmann/Steinl* in *Schüttler et al.* (Hrsg.), *Gender and Crime. Sexuelle Selbstbestimmung und geschlechtsspezifische Gewalt*, 2024, 11, 20 ff.

⁶⁴ *Çelebi/Schuchmann/Steinl* in *Schüttler et al.* (Hrsg.), *Gender and Crime. Sexuelle Selbstbestimmung und geschlechtsspezifische Gewalt*, 2024, 11, 15 ff.

⁶⁵ S. dazu *Schuchmann/Steinl* KJ 2021, 312, 318 f.

erfahren, so kann eine kritische Strafrechtswissenschaft die Realität des Strafens – die sozialen Rahmenbedingungen und Auswirkungen des eigenen Fachs – nicht außer Acht lassen. Eine Beschäftigung mit den Erkenntnissen der kritischen Kriminologie ist dafür unumgänglich. Die „Wirklichkeit des Strafnormgebrauchs“ – durch *Kölbel* eindrücklich als die „dunkle Seite des Strafrechts“ bezeichnet – birgt einige negative Effekte, wohingegen zuweilen die Existenz, zumindest wohl aber das Ausmaß einer ausgleichenden „hellen“ Seite des Strafrechts, in Zweifel gezogen wird.

Zurecht vielfach kritisiert wurde etwa die Selektivität des Strafverfolgungsvorgangs:⁶⁶ Von der Initiierung der Ermittlungsmaßnahmen bis zur etwaigen Haftentlassung finden eine Reihe von Selektionsentscheidungen statt.⁶⁷ Das ist an sich weder verwunderlich noch problematisch. Dass nicht alle Personen, die eine Straftat begangen haben, ihrer auch verdächtigt werden sowie dass nicht alle Tatverdächtigen auch verurteilt werden, liegt in der Natur eines Erkenntnisprozesses wie des Strafverfahrens. Unvermeidbar und damit wohl hinnehmbar sein dürften auch einfache Zufälligkeiten des alltäglichen Lebens, die über den Beginn oder das Ausbleiben von Maßnahmen entscheiden. Problematisch wird es allerdings, wenn sachfremde Selektionskriterien dazu führen, dass bestimmte Personengruppen einem größeren Strafverfolgungs- und damit auch Verurteilungsrisiko ausgesetzt sind.⁶⁸ Durch diese Vorgänge werden bestehende gesellschaftliche Diskriminierungsdynamiken verstärkt.

Noch verschärft wird diese Problematik durch die Dysfunktionalität des Strafrechts und seiner Durchsetzung, welche zu weiteren Exklusionseffekten bereits gesellschaftlich marginalisierter und im Selektionsverfahren zusätzlich benachteiligter Gruppen führt. Die mit formeller Kontrolle einhergehende Stigmatisierung und (soziale) Exklusion sowie die Übernahme des erzeugten negativen Fremdbildes als Selbstbild können delinquenzbegünstigende Verhaltensänderungen zur Folge haben.⁶⁹ Derartige

⁶⁶ *Kölbel* NK 2019, 249, 257 ff.

⁶⁷ S. zu verschiedenen Kriterien der Selektivität *Singelnstein* in Bäcker/Burchardt (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, 223, 231 ff.

⁶⁸ S. dazu *Kölbel* NK 2019, 249, 258; zu diskriminierenden Selektionsmechanismen in der strafrechtlichen Praxis s. auch *Singelnstein* in Bäcker/Burchardt (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, 223 ff.; mit einem Fokus auf rassistische Diskriminierungen s. *Barskanmaz* in Bäcker/Burchardt (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, 281 ff.

⁶⁹ Beschrieben wird dieser Vorgang durch etikettierungstheoretische Ansätze (sog. „Labeling Approach“); für einen Überblick s. *Eisenberg/Kölbel*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 10 Rn. 4 ff.; § 55 Rn. 28 ff.

Effekte konnten bei Jugendlichen selbst bei folgenlosen Polizeikontakten beobachtet werden,⁷⁰ wobei der Öffentlichkeit des Polizeikontaktes ein verstärkender Effekt zugeschrieben wird.⁷¹ Hinzu kommt, dass sich die negativen Effekte der Strafverfolgung nicht nur auf die unmittelbar von den Verfolgungsmaßnahmen adressierten Personenkreise erstrecken, sondern auch auf Personen aus dem jeweiligen sozialen Umfeld.⁷²

Unter dem Stichwort der Dysfunktionalität ebenfalls kritisiert wird die Armenfeindlichkeit der Geldstrafe.⁷³ Die Möglichkeit, den mit der Sanktion intendierten ökonomischen Freiheitsverlust durch vorhandene Ressourcen auszugleichen, variiert in der Gesellschaft massiv. Auch die Ersatzfreiheitsstrafe ist vermehrt dem Vorwurf sozialer Ungerechtigkeit ausgesetzt.⁷⁴ Die jüngste Reform, die zu einer Halbierung des Umrechnungssatzes von Geld- zu Freiheitsstrafe geführt hat,⁷⁵ mildert zwar das Ausmaß der Ungerechtigkeit, ist aber nicht geeignet, die bereits im Grundsatz des Mechanismus ansetzende Kritik zu entkräften.⁷⁶

Als Mittel der Aufarbeitung von interpersonellen Konflikten ist das Strafrecht zudem von vornherein nur sehr begrenzt in der Lage: Komplexe Sachverhalte werden zwangsläufig stark verkürzt und vereinfacht. Das Ergebnis ist nicht selten gesellschaftlich unbefriedigend.

Vor dem Hintergrund der zahlreichen negativen exkludierenden und stigmatisierenden, sowie der strukturelle Diskriminierungen verstärkenden Effekte des Strafrechts lässt sich wohl mit guten Gründen das Projekt des Strafrechts insgesamt in Frage stellen. In Konflikt gerät diese auf die Strafrechtswirklichkeit fokussierte Blickrichtung zwangsläufig mit den kritischen Perspektiven auf die normativen Setzungen des materiellen Rechts und seiner Anwendung, die in ihrer Konsequenz auch strafrechtserhaltende, zum Teil sogar strafrechtserweiternde Forderungen mit sich bringen können.

⁷⁰ *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 2019, 43 f.

⁷¹ *Schulte*, Kontrolle und Delinquenz, 2019, 53 ff.

⁷² *Kölbel* NK 2019, 249, 262.

⁷³ *Kölbel* NK 2019, 249, 261.

⁷⁴ S. bereits *Albrecht*, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 6. Aufl. 2023, § 43 Rn. 2; *Köhne* JR 2004, 453, 454 ff.

⁷⁵ Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt vom 26.7.2023, BGBl. I Nr. 203.

⁷⁶ S. etwa *Bögelein* KJ 2023, 258 ff.

D. Kritische Pönalisierungsbestrebungen – ein performativer Selbstwiderspruch?

So vielfältig wie die aufgezeigten Macht- und Ungleichheitsdimensionen sind auch die daran anknüpfenden Forderungen feministischer Strafrechtskritik: geschlechtergerechte Auslegung des bestehenden Rechts (insbesondere durch Vermeidung stereotyper Vorannahmen), Entkriminalisierungen (§§ 218 ff. StGB), aber auch Neukriminalisierung bzw. Ausweitung bestehender Straftatbestände (besonders eindrücklich in der vergangenen Reform des Sexualstrafrechts).⁷⁷

Neben dem Vorwurf einer Politisierung sehen sich feministische Pönalisierungsbestrebungen erheblichem Widerspruch aus einer strafrechtskritischen, in großen Teilen selbst dezidiert feministischen Richtung ausgesetzt: Unter der Bezeichnung eines *Carceral Feminism* werden vor dem Hintergrund einer macht- und somit auch staats- und polizeikritischen Perspektive karzerale Antworten im Grundsatz abgelehnt.⁷⁸

Und in der Tat führt das Aufzeigen struktureller Ungleichheiten im materiellen Recht zu einem Dilemma: Fordert man als Teil der Lösung ein „Mehr“ an Strafrecht, nimmt man die nicht zu leugnenden negativen Effekte des Strafrechts und den Ausbau polizeilicher Befugnisse mit all seinen Problemen in Kauf; verzichtet man auf den strafrechtlichen Teil der Problemlösung, bleibt die strafrechtsimmanente strukturelle Ungleichheitsdimension des Status Quo bestehen. Nun mag es einige Probleme geben, die gar keinen strafrechtlichen Lösungsansatz erfordern; Fortbildungen für Rechtsanwender*innen, aber auch Präventions- und Täterarbeit dürften einige Probleme deutlich besser adressieren. Das leichtfertige Rufen nach strafrechtlichen Lösungen hilft hier nicht weiter. Im Gegenteil: Neben den negativen Effekten der Strafrechtswirklichkeit erkaufte man sich durch den einfachen und (zunächst) kostengünstigen Rückgriff auf das Strafrecht auch den Anschein einer Problemlösung, wodurch die eigentlich wichtigen (zum Beispiel präventiven) Ansätze aus dem Blick geraten.

⁷⁷ S. auch den Überblick bei *Çelebi/Schuchmann/Steinl* in Schüttler et al. (Hrsg.), *Gender and Crime. Sexuelle Selbstbestimmung und geschlechtsspezifische Gewalt*, 2024, 11 ff.

⁷⁸ S. für den deutschen Diskurs *Nickels/Morgenstern* in Bartsch et al. (Hrsg.), *Gender & Crime. Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft*, 2022, 97 ff.; s. auch *Burghardt/Steinl* KJ 2024, 14, 16 ff.

Das ist aber nicht bei allen identifizierten strukturellen Defiziten der Fall, namentlich dann, wenn die normativen Setzungen selbst Teil des Problems sind. Kann ich also mit meinem Selbstverständnis als kritisch-feministische Strafrechtswissenschaftlerin die Schaffung neuer oder Ausweitung bestehender Straftatbestände fordern, ohne in einen Zustand kognitiver Dissonanz zu geraten? Ich meine: Ja – in Grenzen.

Der vollständige Verzicht auf strafrechtliche (Teil-)Lösungen würde dazu führen, dass die zum jeweiligen Zeitpunkt im Recht vorhandenen gesellschaftlichen Machthierarchien konserviert würden.⁷⁹ Die späte gesellschaftliche Anerkennung sexueller Selbstbestimmung führt besonders deutlich patriarchale Verzerrungen des Status Quo vor Augen.⁸⁰ *Burghardt* und *Steinl*⁸¹ beziehen sich zur Verdeutlichung etwa auf das besonders eingängige Beispiel der Vergewaltigung in der Ehe, die als solche erst 1997 unter Strafe gestellt wurde; den damaligen Kämpfer*innen für die Strafrechtsreform vorzuhalten, sie würden hierdurch nur den staatlichen Machtapparat stärken und zu gesellschaftlicher Stigmatisierung und Exklusion beitragen, wäre geradezu absurd. Solange unser Rechtssystem keine alternativen Formen zur Bewältigung interpersoneller Konflikte anbietet, kann auf das Strafrecht und seine normativen Setzungen nicht vollständig verzichtet werden.⁸² Davon zu trennen ist allerdings die wichtige Diskussion um die strafrechtlichen Rechtsfolgen und ihre schädlichen Wirkungen einerseits, sowie außerstrafrechtliche Arbeit mit Täter*innen und Opfern andererseits – diese Diskurse schließen sich nicht aus, sondern sind zeitgleich zu führen.

In anderen Konstellationen scheint der Widerspruch zwischen normativer (machtsensibler) und kriminologischer Kritik deutlich geringer: So dürfte die Forderung nach höheren Strafen in den seltensten Fällen eine machtkritische Funktion erfüllen – abgesehen möglicherweise von massiven Bagatellisierungen diskriminierender Gewalt. Gleiches gilt für die Senkung der Strafmündigkeitsgrenze⁸³ oder den Ausschluss von Jugendstrafrecht für Heranwachsende.

⁷⁹ *Burghardt/Steinl* KJ 2024, 14, 21.

⁸⁰ Zur sog. Status-Quo-Verzerrung im Sexualstrafrecht s. *Hörnle* KriPoZ 2018, S. 12 f.

⁸¹ *Burghardt/Steinl* KJ 2024, 14, 23.

⁸² *Burghardt/Steinl* KJ 2024, 14, 21 f.

⁸³ S. dazu *Fett* in *Petzsche et al.* (Hrsg.), *Strafrecht und Krise*, Abschnitt IV, *Nomos* (i.E.).

Soweit eine konsequente Umsetzung der feministischen Kritik, etwa der Verzicht auf stereotype Argumentationen, zu höheren Strafen führen kann, kommt darin lediglich die grundsätzliche Problematik des strafrechtlichen Sanktionensystems zum Ausdruck, nicht aber ein Spezifikum feministischer Kritik. Bei der vorgebrachten Kritik im Kontext von Femiziden etwa geht es nicht um eine härtere Bestrafung der Täter, sondern um die Bemängelung patriarchaler Argumentationsfiguren. Auch im Sexualstrafrecht sollte es nicht um höhere Strafen als eigenständige Forderung mit intrinsischem Wert gehen,⁸⁴ sondern um eine Strafzumessung, die frei von Geschlechterstereotypen und Vergewaltigungsmythen ist.

E. Fazit

Sowohl die normativen Implikationen des Strafrechts als auch seine dysfunktionale Wirklichkeit erfordern eine im Grundsatz kritische Haltung gegenüber dem Einsatz von Strafrecht. Das schließt jedoch nicht pauschal aus, auch Strafrechtserweiterungen zu fordern, sofern dies zur Beseitigung struktureller Gewalt- und Machtverhältnisse dient.

Zeitgeschichtliche Analysen, das Aufzeigen von Kontinuitäten und verdeckten Vorannahmen, können helfen, vermeintlich objektive Annahmen zu entlarven und unsichtbare Macht- und Gewaltdynamiken sowie Stereotype offenzulegen. Diese Art der kritischen Strafrechtswissenschaft ist interdisziplinär und intersektional. Zudem erfordert die Praxis einer kritischen Strafrechtswissenschaft ständige Reflektion und Bewusstseinsbildung in Bezug auf Grundlagen des eigenen Wissens.

Das zum Teil in der deutschen Strafrechtswissenschaft verbreitete Verständnis von Kritik greift für diese Aufgaben zu kurz. Kritische Strafrechtswissenschaft muss mehr wollen, als die *eigentlich bessere* Strafgesetzgeberin zu sein. Ihre Aufgabe ist es, die politischen Vorannahmen und Stoßrichtungen des positiven Rechts aufzuzeigen und offenzulegen. Dafür bieten sich mit den Betrachtungsperspektiven der Zeitgeschichte und des Antidiskriminierungsrechts zwei Methoden an, die in besonderem Maße geeignet sind, Recht zu kontextualisieren und Objektivitätsvorstellungen zu hinterfragen.

⁸⁴ Insofern zurecht kritisch *Kölbl/Lindner* StV 2024, 322 ff.

Kargruber, Die Würde des Tiers. Eine verfassungsrechtliche Neupositionierung des Tiers als Subjekt und deren Auswirkung auf das einfache Recht am Beispiel eines strafrechtlichen Mindestschutzes

Duncker & Humblot, Berlin 2024, 304 S., Broschur € 79,90.

Felix Aiwanger, Hamburg*

Der Topos der Würde durchzieht schon seit Längerem die Diskussion um den rechtlichen Status von Tieren. Für eine besondere Konjunktur hat die Verankerung einer „Würde der Kreatur“ in Art. 120 II 2 der schweizerischen Bundesverfassung und ihre internationale Rezeption gesorgt. Generell wird die Tierwürde dabei als ein separater Ansatz neben der Dichotomie zwischen klassischem Tierschutz und progressiven Tierrechten angesehen, ohne dass sein Inhalt besonders klar wäre.¹ Die Überlegungen hierzu bewegen sich meist auf einer rechtsphilosophischen Ebene, ohne auf konkrete Implikationen für das geltende Recht einzugehen. Mit ihrer an der Münchner juristischen Fakultät betreuten Dissertation „Die Würde des Tiers“ setzt *Sophie Kargruber* hier an und leistet nicht nur einen wertvollen Beitrag zur Konturierung eines allgemeinen Würdekonzepts, sondern leitet daraus auch konkrete Regelungsvorschläge für den strafrechtlichen Schutz von Tieren ab. Dadurch schlägt sie auf beeindruckende Weise eine Brücke zwischen dem hochabstrakten Würdetopos und der praktischen Anwendung auf Tiere im Einzelfall.

Rein äußerlich gliedert sich die Arbeit in vier Kapitel, wobei sich zeigen wird, dass sich ihre innere Struktur aus dem Ineinandergreifen mehrerer Untersuchungsebenen ergibt. Das erste Kapitel nimmt die Würde des

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg. Kontakt: aiwanger@mpipriv.de.

¹ Siehe etwa *Kurki* Journal of Animal Law, Ethics and One Health 2024, 9; *Bernet Kempers* Liverpool Law Review 41 (2020), 173.



Menschen als Ausgangspunkt, um sie auf eine allgemeine, von einem konkreten Träger losgelöste Würde zurückzuführen. Zur Konkretisierung der Menschenwürde greift *Kargruber* auf den außerrechtlichen, insbesondere moralischen Gehalt des Begriffs zurück und überträgt ihn sodann in die rechtliche Dogmatik. Hierin liegt bereits eine zweite, methodische Ebene, die die gesamte Arbeit durchzieht und deren Kniff darin besteht, einen moralischen Normenbestand heranzuziehen und daraus rechtliche Normen abzuleiten. Diese Methode verortet *Kargruber* in der Rechtsethik (Fn. 64). Dabei ist sie sich der Gefahr bewusst, mit außerrechtlichen Befunden auch die ihnen zugrundeliegenden Vorverständnisse und Prämissen zu übernehmen. Diese Gefahr dadurch gebannt zu sehen, dass außerrechtliche Deutungen nicht „befolgt“, sondern nur „berücksichtigt“ werden (S. 35 f.), überzeugt nicht vollends, geht mit dieser Berücksichtigung einzelner Deutungen und ihrer Gewichtung (S. 38) doch weiterhin eine Wertung einher. Der Ertrag des Rückgriffs auf außerrechtliche Hintergründe besteht in vier Elementen der rechtlichen Menschenwürde, die *Kargruber* im Anschluss von der Zuschreibung zum Menschen loslöst, um aus ihnen vier Elemente einer allgemeinen Würde zu destillieren: Aus der Moral ergebe sich als Kern der Würde, dass jedem Würdeträger ein Selbstzweck und damit eine Subjektstellung zukomme, die es verbiete ihn zu instrumentalisieren; zweitens schütze die Würde die Ausübung dieses Selbstzwecks nach den eigenen Bedürfnissen; und drittens gehe mit der Würde ein (moralischer bzw. rechtlicher) Status als „Teil der Gemeinschaft der Subjekte“ einher, der die direkte Berücksichtigung der Interessen sowie subjektive Rechte des Würdeträgers zur Folge habe. Aus der christlichen Theologie ergebe sich darüber hinaus die Universalität der Würde, die hierarchische Abstufungen verbiete und die Würde zu einem objektiven Wert mache. Der absolute Charakter der grundgesetzlichen Menschenwürde sei als spezifische historische Reaktion auf das NS-Unrecht hingegen kein zwingendes Element der moralischen Menschenwürde (S. 54) oder der allgemeinen Würde (S. 74 f.). Bei diesen Würdeelementen handelt es sich um eine weitere, materielle Ebene der Untersuchung, die im Laufe der Arbeit immer wieder in Erscheinung tritt und in deren Ausbuchstabierung ein wesentlicher Verdienst der Arbeit liegt. Etwas künstlich erscheint lediglich die Trennung von Selbstzweck des Würdeträgers und Ausübung dieses Selbstzwecks, für die einerseits bereits minimale Handlungsmöglichkeiten

genügen sollen und die andererseits erst bei einem (kaum vorstellbaren) vollständigen Entzug verletzt sein soll (S. 59).

Im zweiten Kapitel leitet *Kargruber* aus dem zuvor aus der Würde des Menschen gewonnenen Konzept der allgemeinen Würde eine Würde des Tiers ab, so dass sich ein gedanklicher Schritt „ums Eck“ ergibt. Gewissermaßen als Katalysator für den gedanklichen Übertragungsschritt auf das Tier dient ein Gleichheitsargument aufgrund der vergleichbaren Empfindungsfähigkeit von Mensch und Tier. Auch diese dynamische Ebene begegnet in der Arbeit noch öfter, wenn es darum geht, gedankliche Übertragungen auszulösen. Nachdem im ersten Kapitel noch – etwas künstlich – die Spezieszugehörigkeit als vermeintlich einziges Kriterium eingeführt wurde, das die Würde aller Menschen begründen könne (S. 45 ff.), wird nun die ethische Relevanz des Kriteriums in Anbetracht seiner Beliebigkeit widerlegt (S. 79 ff.). Als Ersatzkriterium macht *Kargruber* die Empfindungsfähigkeit aus, wobei sie darunter die subjektive Erfahrung von Lust, Schmerz und Leid versteht und die lediglich indizienhafte Feststellbarkeit von Empfindungen erläutert (S. 85 ff.). Ethisch relevant für die Zuschreibung von Würde sei die Empfindungsfähigkeit, weil Empfindungen der Selbsterhaltung dienen und daher die „wesentlich treibenden Kräfte der Lebensgestaltung“ seien (S. 93). Diese Argumentation, die den Dreh- und Angelpunkt für die weiteren Würde-Übertragungen bildet, sehe ich Einwänden ausgesetzt. Zum einen dienen nicht nur Empfindungen der Selbsterhaltung, so dass sich die Frage stellt, warum gerade sie das entscheidende Kriterium sein sollen. Zum anderen könnte eine auf die Empfindungsfähigkeit gestützte Tierwürde gerade nicht vor Beeinträchtigungen schützen, die sich ohne negative Empfindungen vollziehen. Hierin läge aus meiner Sicht aber der entscheidende Mehrwert eines Würdeschutzes gegenüber dem geltenden pathozentrischen Tierschutzrecht, das etwa eine Tötung bei Ausschaltung der Empfindungsfähigkeit durch Betäubung als weniger gravierenden Eingriff ansieht. Folgt man der Argumentation anhand der vergleichbaren Empfindungsfähigkeit, ergibt sich aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Untersuchungsebenen eine Tierwürde in der Moral, auf die sich die einzelnen, oben dargestellten Elemente der allgemeinen Würde anwenden lassen. Ein absoluter Schutz sei jedoch aufgrund ihrer besonderen historischen Rolle der Menschenwürde vorbehalten, so dass die Tierwürde in einer Abwägung mit der Menschenwürde zurücktreten

müsste, in anderen Abwägungsfällen aber als prinzipiell gleichwertig einzubeziehen sei (S. 109 f.).

Kapitel 3 spielt erneut auf der Ebene der Übertragung von der Moral ins Recht, diesmal der soeben moralisch begründeten Tierwürde in eine rechtlich verankerte Tierwürde. Als Katalysator für die Übertragung tritt das obige Gleichheitsargument nun als „rechtsethische Forderung“ auf (S. 115). Eine Verwässerung der Menschenwürde verneint *Kargruber*, da die Tierwürde nicht unmittelbar aus der Menschenwürde abgeleitet sei und ihr lediglich ein relativer Schutz zukomme. Ob nicht infolge der Begriffsähnlichkeit und der indirekten Ableitung eine immerhin faktische Herabsetzung der Menschenwürde droht, wird nicht thematisiert, obwohl es sich hierbei um einen beliebten Einwand gegen Tierrechte handelt.² Indem in der Arbeit immer wieder von der Würde als dem „Schutz des Höchstbesonderen“ die Rede ist, fragt sich durchaus, ob nicht eine Ausdehnung dieses Status die Besonderheit jedes einzelnen Trägers mindert. Umgekehrt könnte man an dieser Stelle anzweifeln, ob das Konzept der Würde nicht selbst derart anthropozentrisch und aristokratisch geprägt ist,³ dass es dem Anliegen eines inklusiven, ethisch fundierten Schutzes widerspricht. Diesen Gedankenstrang schneidet sich die Arbeit leider schon ganz zu Beginn ab, wenn sie das Begriffsverständnis von Würde im Sinne von Ansehen oder sozialer Stellung von vornherein ausklammert (S. 27). Der weitere Verlauf des dritten Kapitels widmet sich der Ausgestaltung eines subjektiven Rechts der Tierwürde. Der für die Bejahung der Rechtsfähigkeit von Tieren gezogene Vergleich mit juristischen Personen hinkt freilich etwas, da hinter ihnen stets menschliche Interessen stehen, mögen sie noch so „eigenständig“ oder „komplex“ ausgestaltet sein (S. 145). Mit der Übertragung der Tierwürde ins Recht werden nun abermals die allgemeinen Würdeelemente mittransportiert und an dieser Stelle in einzelne subjektive Grundrechte des Tiers ausdifferenziert (S. 154 ff.), die in der Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand von Fallgruppen operationalisiert und von Vertretern oder Prozessstandschaftern durchgesetzt werden sollen. Das damit entzündete Feuerwerk an minutiös vorbereiteten Erkenntnissen gipfelt im Regelungsvorschlag

² Siehe etwa *Cupp Pace Environmental Law Review* 33 (2016), 517, 523.

³ Vgl. hierzu *Waldron, Dignity, Rank and Rights*, 2012; *Fasel, More Equal Than Others*, 2024, S. 51 ff. m.w.N.

für einen Art. 20b GG (S. 163), der auf durchdachte und elegante Weise alle aufgezeigten Aspekte vereint.

Zur Konkretisierung der Tierwürde zeigt *Kargruber* im vierten Kapitel schließlich, welche Änderungen sich aus den Würdeelementen und ihrer verfassungsmäßigen Verankerung für das Strafrecht ergeben würden. Hierzu arbeitet sie zunächst heraus, inwiefern die Rechtslage *de lege lata* hinter einem Würdeschutz zurückbleibt: Insbesondere seien allein Wirbeltiere geschützt, keine besonderen Täterkreise berücksichtigt, es fehle eine Fahrlässigkeits- und eine Versuchsstrafbarkeit. Nur zu einem gewissen Grad könne die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit eine Auffangfunktion erfüllen. Ein indirekter Schutz über Straftatbestände, die in erster Linie menschliche Interessen schützen, widerspreche dem aus seiner Würde abgeleiteten Selbstzweck des Tiers und bei Straftaten zum Schutz eines Tiers hänge eine Rechtfertigung wegen Nothilfe von der „Rechtsträgerschaft“ des Tiers ab (S. 194). *De lege ferenda* könne die Verankerung der Tierwürde zu einem strafrechtlichen Mindestschutz führen, weil sie den zur Legitimation von Strafnormen eingesetzten Rechtsgutsbegriff erweitere und die grundlegende Bedeutung der Würde den besonders eingriffsintensiven Schutz durch Strafnormen rechtfertige. Darüber hinaus *müsse* die Tierwürde auch zu einem strafrechtlichen Mindestschutz im Sinne einer Pönalisierungspflicht führen, die sich zum einen aus der Verletzlichkeit der Tierwürde und zum anderen wiederum aus dem Gleichheitsargument im Hinblick auf den strafrechtlichen Mindestschutz der Menschenwürde ergebe. Vor diesem Hintergrund entwirft *Kargruber* vier neue Straftatbestände in §§ 207 bis 210 StGB, die die oben aufgezeigten Lücken des geltenden Strafrechts schließen (S. 232 f.). Etwas unglücklich ist hier die offensichtlich falsche Wiedergabe des Wortlauts von § 207. Eine korrekte Wiedergabe findet sich jedoch auf S. 275 der Arbeit. Inhaltlich stellt sich die Frage, wie stark sich das entworfenen strafrechtliche Schutzniveau tatsächlich von der geltenden Rechtslage unterscheidet. Insbesondere fällt auf, dass die vormals (S. 122) kritisierte Möglichkeit, Beeinträchtigungen mit einem „vernünftigen Grund“ zu rechtfertigen, beibehalten wird. Zwar soll er nun im Lichte der Tierwürde ausgelegt werden. Wenn jedoch als Beispiel auf „rein ökonomische Erwägungen“ verwiesen wird, die danach „nicht mehr wie bisher“ zur Rechtfertigung dienen sollen (S. 239, ähnlich bereits S. 158 f.),

entspricht dies bereits der jetzigen Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts.⁴

Insgesamt besticht die Arbeit durch ihre vielschichtige und nuancierte Argumentation, die keine Mühen scheut, um ein konsistentes und gut ausgeleuchtetes Gedankengebäude zu errichten. Auf diese Weise trägt sie maßgeblich dazu bei, die Tierwürde-Diskussion, die sich zunehmend im Kreis zu drehen schien, neu zu beleben. Kleinere Lücken und Unsauberkeiten tun diesem Verdienst keinen Abbruch. Die vorgeschlagene Einführung einer Fahrlässigkeits- und einer Versuchsstrafbarkeit war bereits Gegenstand der jüngst geplanten Reform des Tierschutzgesetzes,⁵ die auf den letzten Metern allein am Bruch der Regierungskoalition gescheitert ist. Nicht nur allen im Tierrecht wissenschaftlich und praktisch Tätigen, sondern auch dem Gesetzgeber ist daher die Lektüre der hier besprochenen Arbeit wärmstens zu empfehlen.

⁴ BVerwG NJW 2019, 3096.

⁵ BT-Drs. 20/12719, S. 21, 76.

Martin Heuser, Objektive Zurechnung – Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?

Duncker & Humblot, Berlin 2024, 113 S., € 49,90.

Georgia Stefanopoulou, Hannover/Leipzig*

Die Feststellung der Kausalität erfolgt anhand der Äquivalenztheorie, die allerdings uferlos ist – auch die Großeltern des Täters können, so das sattsam bekannte Beispiel, nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiere. Auf das Beispiel folgt gleich die Beruhigung, dass es weitere Einschränkungen gibt, die „moderne“ Lehre der objektiven Zurechnung.¹ Danach soll der Erfolg dem Täter zuzurechnen sein, *wenn er eine rechtlich missbilligte bzw. rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisierte*. Dies gehört zum Standardwissen und wird kaum angezweifelt. „In einem bemerkenswerten Siegeszug hat er [der Begriff der objektiven Zurechnung] die Lehrbücher des Strafrechts erobert“, stellte Manfred Maiwald im Jahr 1995 fest.²

Die Figur scheint in didaktischer Hinsicht eine Strukturierungsleistung zu erbringen, sie lässt die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit möglicherweise für die Studierenden etwas greifbarer werden – man hat die „Werkformel“ als Anleitung und bekommt einige Fallgruppen genannt, die man in dem Sachverhalt erkennen sollte. Ob allerdings über diese Vorteile hinaus die objektive Zurechnung eine allgemeine „unrechts-

* Die Verfasserin vertritt im Wintersemester 2024/2025 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Strafrechtsvergleichung an der Universität Leipzig. Kontakt: georgia.stefanopoulou@jura.uni-hannover.de.

¹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13, Rn. 2.

² Maiwald in Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995, 465.



strukturierende Rechtsfigur“³ ist, ob sie als ein „Strukturprinzip des Allgemeinen Teils des StGB“⁴ fungiert, lässt sich diskutieren. Dabei hilft die Abhandlung von Martin Heuser: „Objektive Zurechnung – Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?“. Anhand einer scharfsinnigen Argumentation zeigt Heuser, dass die „einseitig objektiv integrierte Lehre von der objektiven Zurechnung“ im finalistischen Straftatsystem dysfunktional ist und „zu systematischen Friktionen führt“ (S. 20). Um es gleich vorweg zu sagen: Bei Heusers Schrift handelt es sich keineswegs um leichte Lektüre, sondern um eine anspruchsvolle dogmatische Arbeit klassischer Art, d.h. eine Leistung, deren Abstraktions- und Durchdringungsniveau hoch ist. Im Folgenden versuche ich, einige der zentralen Thesen von Heusers zugleich komplexer und inspirierender Abhandlung zu rekonstruieren.

Ausgangspunkt der Überlegungen bildet die durch die Vertreter der Lehre von der objektiven Zurechnung behauptete relative Inkongruenz von subjektivem und objektivem Tatbestand. Heuser erklärt, dass diese angenommen werden müsse, wenn man im finalistischen Straftatkonzept die Vorsatzstrafbarkeit retten will (S. 54). Man sieht sich quasi gezwungen, um die Vorsatzanforderungen nicht erheblich zu erhöhen, den Vorsatzgegenstand auf das erste Teilmoment der objektiven Zurechnung zu begrenzen, nämlich auf die Schaffung der unerlaubten Gefahr (S. 33 ff., 38, 44). Diese muss als objektives „Tatbestandsmerkmal“ aus der Ex-ante-Perspektive beurteilt und vom Vorsatz umfasst werden (S. 44). Das zweite Teilmoment der objektiven Zurechnung, die im Erfolg sich zeigende Gefahrrealisierung, fordert einen „Urteilsakt“ aus der Ex-post-Perspektive und kann nicht Gegenstand des Vorsatzes sein (S. 38 ff., 44). Mehr als ein bloßes Risikowissen wird nicht verlangt, der Täter müsse nicht um den in der Zukunft liegenden Erfolg wissen (S. 42) oder den konkreten unerlaubten Risikozusammenhang in seinen Vorsatz aufnehmen (S. 44). Der subjektive Tatbestand müsse somit nicht vollumfänglich den objektiven Tatbestand widerspiegeln, nach h.M. – erklärt Heuser – ergibt sich so eine „überschießende Außentendenz“ innerhalb des Straftatsystems (S. 44). Würde man sich nicht auf diese relative Inkongruenz von subjektivem und objektivem Tatbestand beschränken, wären die Anforderungen an den Nachweis der Strafbarkeit besonders

³ *Roxin* in Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, 2010, 715, 724.

⁴ So formuliert *Maiwald* in Kühne (Hrsg.), *Festschrift für Koichi Miyazawa, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, 1995, 465.

erhöht, weil man dann, so jedenfalls die Ansicht des Autors, immer nahezu „Wissentlichkeit“ bzgl. der Gefahrrealisierung nachweisen müsste, was praktisch zur Aufhebung des Eventualvorsatzes führte (S. 46, 54).

Die Konsequenzen einer vollumfänglichen Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand für den Eventualvorsatz verdeutlicht Heuser unter anderem am Beispiel des Unterlassungsdelikts (S. 60 ff.). Dabei geht er von der Prämisse aus, dass objektive Zurechnung im Vorsatzdelikt genauso zu erfassen ist, wie im Fahrlässigkeitsbereich. Da nach der Lehre von der objektiven Zurechnung die objektive Tatbestandsmäßigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt und beim Vorsatzdelikt identisch sein sollen, erklärt der Autor, sei der Vorsatz bei der „konstruktiven Dekonstruktion“ der Lehre von der objektiven Zurechnung“ auch „probeweise“ auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu beziehen (S. 46). Indem der Vorsatz des Unterlassungstäters sich auf die hypothetische Kausalität beziehe, müsste er sich im Rahmen der Kongruenzanforderungen der finalistischen Straftatlehre konsequenterweise auch auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang beziehen. Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Unterlassen ließen sich voneinander nicht unterscheiden (S. 60). Bei beiden gehe es um die Frage der Vermeidbarkeit des tatbestandmäßigen Erfolges. Das hypothetische Hinwegdenken des Unterlassens in der Frage der Kausalität sei nichts anderes als das hypothetische Hinzudenken eines pflichtgemäßen Alternativverhaltens, um zu beurteilen, ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre (S. 60).

Muss sich der Vorsatz auf die „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“ beziehen, reiche das bloße Für-möglich-Halten des Erfolgseintritts nicht aus, um Vorsatz zu bejahen (S. 66). Der Täter müsste es zugleich nicht für möglich halten, dass der tatbestandliche Erfolg bei pflichtgemäßem Handeln eintreten würde, was „praktisch“ nahezu Wissentlichkeit bedeuten würde – er müsste dann auch „praktisch Gewissheit haben, dass der Erfolg durch Vornahme der gebotenen Handlung vermeidbar ist“ (S. 66). Daraus ergebe sich die praktische Straflosigkeit des (Eventual-)Vorsatzdelikts, da diese kognitiven Voraussetzungen des Vorsatzes kaum nachweisbar wären (S. 66). In diesem Zusammenhang setzt sich Heuser mit der jüngsten Rechtsprechung des BGH auseinander und zeigt, dass jeder Versuch, die Vorsatzbeschränkung aufzuheben, d.h. die objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand anzuerkennen, mit unerwünschten Vorsatzverengungen einhergeht (S. 71 ff., 76).

Um auf die von den Vertretern der Lehre von der objektiven Zurechnung behauptete „unrechtsstrukturierende“ Leistung der Rechtsfigur zurückzukommen: Heuser liefert klare Argumente dagegen. Die Lehre von der objektiven Zurechnung „sprengt [...] den finalistischen Systemansatz mit seiner auf Kongruenz bedachten Unterscheidung von objektivem und subjektivem Tatbestand“ (S. 78). Man sieht sich gezwungen, eine relative Kongruenz zu behaupten, was allerdings eine „Antinomie von Grundsätzen“ und eine „unsystematische Konfusion“ von Urteilsakt und Tatbestandsmerkmal zur Folge habe (S. 79). Indem Heuser seine Kritik mit Blick auf das Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs entwickelt, d.h. mit Blick auf dasjenige Merkmal, das man mit der Fahrlässigkeitsdogmatik verbindet, kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Lehre im Rahmen des Vorsatzdelikts ein Fremdkörper bzw. „dysfunktional“ ist. Vor diesem Hintergrund fordert Heuser in dem letzten Teil seiner Schrift eine Revision des Zurechnungsbegriffs. Dabei geht es ihm um die Vermeidung der Konfusion von Urteilsakt und Urteilsgegenstand.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Heusers Schrift regt an, über die Funktion der Figur der objektiven Zurechnung in strafsystematischer Hinsicht sowie über den Zurechnungsbegriff weiter zu reflektieren. Bei Heusers Schrift handelt es sich um eine gedankenreiche Abhandlung, die vermittelt, wie dogmatische Strukturen immer wieder neu durchdacht werden können.