

Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“ oder: die dunkle Seite der Kontingenz

Paul Krell, Hamburg*

ABSTRACT

Das Ordnungswidrigkeitenrecht und seine Vorläufer waren lange Gegenstand intensiver strafrechtswissenschaftlicher Überlegungen, die jedoch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weitgehend zum Erliegen gekommen sind. Der Beitrag untersucht die Gründe und die Konsequenzen.

A. Einführung

Das Bestreben, vom „echten“ Kriminalstrafrecht ein anderes Sanktionsregime abzuschichten, gilt als „Konstante der Strafrechtsgeschichte der letzten zwei Jahrhunderte“.¹ Zu dieser Geschichte zählen das Polizei- und Verwaltungsstrafrecht als historische Vorläufer des Ordnungswidrigkeitenrechts. Stets war dabei der Gedanke der Entkriminalisierung prägend.² In einer Abhandlung Franks aus dem Jahr 1898 heißt es, „die Strafe [sei] zu einem Zwangsmittel geworden, das wir anzuwenden glauben dürfen, wo immer wir an einem bestimmten menschlichen Verhalten Interesse haben“.³ Ein Heilmittel, das man dem Körper täglich verab-

* Prof. Dr. Paul Krell, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht an der Bucerius Law School Hamburg. Kontakt: paul.krell@law-school.de.

¹ Wohlers, Deliktstypen des modernen Präventionsstrafrechts, 2000, S. 81; siehe ferner Hassemer/Neumann, in Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, Rn. 236 vor § 1: „ewiger“ Gegenstand der politisch und systematisch interessierten Strafrechtstheorie“; Hefendehl ZIS 2016, 636, 628: „Jahrhunderfrage schlechthin“.

² „Entkriminalisierung“ bedeutet dann offensichtlich nicht (vollständige) „Legalisierung“, sondern eine andere/mildere Sanktion (vgl. dazu mit unterschiedlichen Akzenten Arzt Kriminalistik 1981, 117, 119; Haffke ZStW 107 [1995], 761, 771 f.; Naucke GA 1984, 199, 201 ff.).

³ Frank ZStW 18 (1898), 733, 737.



reiche, verliere indes seine heilende Wirkung – und deshalb sei es erforderlich, das Kriminalstrafrecht vom damals sog. Polizeistrafrecht klar zu trennen.⁴ Ähnlich hatten sich vorher etwa schon Hommel, Globig, Huster und Feuerbach geäußert.⁵

Der Begriff „Ordnungswidrigkeit“ taucht erst Anfang des 20. Jahrhunderts mit dem Wirtschaftsstrafgesetz 1949 auf. Das OWiG 1952 sollte dessen „Trennung von kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht“ auch auf andere Bereiche übertragen.⁶ Dabei berief man sich zwar auf die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht;⁷ ob das junge Ordnungswidrigkeitenrecht dieser Lehre aber wirklich ernsthaft folgte, erscheint zweifelhaft.⁸ Eher ist es angemessen, diesen Entwicklungsabschnitt als eine Art Beta-Test zu begreifen, der nötig war, weil man einerseits die ausufernde Strafgewalt der Verwaltungsbehörden aus dem Nationalsozialismus einhegen musste, aber auf die Strafgewalt der Verwaltung aus justizökonomischen Gesichtspunkten auch nicht ganz verzichten wollte. Mit dem OWiG 1968 erhielt das Ordnungswidrigkeitenrecht „neue Form und Selbständigkeit“.⁹ Man kann insofern vom „Ordnungswidrigkeitenrecht 1.0“ sprechen. Eine solche Einordnung findet sich der Sache nach etwa bei Göhler, der 1968 befand, das neue OWiG habe

„die Rechtsentwicklung zur vollständigen Trennung des Ordnungsunrechts vom Kriminalunrecht, die schon das jetzt abgelöste Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aus dem Jahre 1952 eingeleitet hat, so weit vorangebracht, daß das verfolgte Ziel, das Kriminalstrafrecht auf die wirklich strafwürdigen Verhaltensweisen zu beschränken, zum Greifen nahe gerückt und sein Erreichen nicht mehr gefährdet ist.“¹⁰

Es ist aus heutiger Sicht eine Ironie, dass ziemlich genau zu der Zeit, aus der das Zitat stammt, eine Trendwende einsetzt: „Beginnend mit den 70er Jahren fand geradezu ein Wettbewerb aller politischen Richtungen

⁴ Frank ZStW 18 (1898), 733, 737 ff.

⁵ Hommel, Des Herrn Marquis Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778, S. XXXV f.; Globig/Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, S. 21; P.J.A. Feuerbach in L. Feuerbach (Hrsg.), Paul Johann Anselm von Feuerbachs Leben und Wirken aus seinen ungedruckten Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und Denkschriften, 1852, 346, 353 ff.

⁶ Vgl. BT-Drucks. 1/2100, S. 14 ff.

⁷ BT-Drucks. 1/2100, S. 14; Eb. Schmidt SJZ 1948, 225 ff.

⁸ Näher unten B. I. 2.

⁹ Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 41.

¹⁰ Göhler JZ 1968, 583; ähnlich Dreher in Stratenwerth et al. (Hrsg.), FS Welzel, 1974, 917, 921.

um neue Straftatbestände statt.“¹¹ Heute heißt es, der Gedanke der Entkriminalisierung spiele „in Kriminalpolitik und Strafgesetzgebung keine Rolle mehr und besitz[e] nur noch unter dem Gesichtspunkt der Entlastung der Rechtspflege Relevanz.“¹²

Insofern gibt es eine Parallele der heutigen Wahrnehmung zu Franks Ausgangsbefund, das Strafrecht werde als Allheilmittel inflationär eingesetzt.¹³ In der Zwischenzeit hatte die Diskussion über die Abgrenzung von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht Hochkonjunktur. Inzwischen heißt es: „Die Literatur hat sich nicht nur mit dem gegebenen Rechtszustand abgefunden; sie hat die Differenzen zugeschüttet.“¹⁴ Es wird auf die geringe wissenschaftliche Wertschätzung für das Ordnungswidrigkeitenrecht verwiesen.¹⁵ Und die Sorge steht im Raum, das Ordnungswidrigkeitenrecht könne zur „Mülldeponie des Strafrechts“ verkommen.¹⁶

Dieser Beitrag zeichnet zunächst die Abgrenzungsdiskussion in den Grundzügen nach (B.). Anschließend wird auf die unterschiedlichen Modelle eingegangen, für die der Gesetzgeber optieren könnte, die dann mit dem geltenden Recht kontrastiert werden (C.).

B. Abgrenzungstheorien

Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ist einer von mehreren Ansätzen, zum „Wesen“ des Strafrechts vorzudringen. Damit gehört das Thema in die Domäne des materiellen Verbrechensbegriffs,¹⁷ also zum Versuch, vorpositive Kriterien zu formulieren, die erfüllt sein müssen, damit ein Verhalten legitimerweise unter Strafe gestellt werden kann.¹⁸ Die Rechtsgutstheorie ist das prominenteste Beispiel eines

¹¹ Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2016, S. 246; ders. ZStW 123 (2011), 660, 679; siehe auch Lenckner in Nörr (Hrsg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, 325, 331.

¹² Schlepper, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne, 2014, S. 35.

¹³ Der Begriff „Allheilmittel“ fällt z.B. bei B. Heinrich KriPoZ 2017, 4, 5.

¹⁴ Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 89.

¹⁵ Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 43 f.; ders. ZfStW 2025, 263 ff.; Jahn/Brodowski JZ 2016, 969, 977; Stumm, Das Doppelbestrafungsverbot bei Ordnungswidrigkeiten, 2011, S. 1; siehe auch schon Arzt Kriminalistik 1981, 117, 119.

¹⁶ So Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, 8. Aufl. 1992, § 13 Rn. 19.

¹⁷ Vgl. auch Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 130 ff., wo sich der Abschnitt zur Abgrenzung von Strafe und Geldbuße im Kapitel zum materiellen Verbrechensbegriff befindet. Ebenso Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, 8. Aufl. 1992, § 13 Rn. 15 ff.

¹⁸ Näher dazu etwa Kuhlen in Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, 77 ff.; Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 106 ff.

materiellen Verbrechensbegriffs. Sie ist aber zur Abgrenzung von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht ungeeignet, weil man sich einig ist, dass es auch bei letzterem um Rechtsgüterschutz geht.¹⁹ Stattdessen streitet man – so die heute übliche Vergrößerung – darüber, ob es einen qualitativen oder „nur“ einen quantitativen Unterschied zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gibt.²⁰ Die zweite Position geht davon aus, dass bei den Ordnungswidrigkeiten lediglich das Unrecht geringer ist, während die erste Position auf der Annahme beruht, dass sich das Unrecht (wie auch immer) der Art nach unterscheidet.

I. Qualitativer Unterschied: Polizei- und Verwaltungsstrafrechtstheorie

Lange Zeit wurde ein qualitativer Unterschied zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht angenommen. Insofern sind die Lehren vom Polizei- und Verwaltungsstrafrecht hervorzuheben. Einzelheiten und Unterschiede zwischen den einzelnen Positionen können nicht ausgebrettet werden; es reicht aus, die Gemeinsamkeiten hervorzuheben, weil so das Grundproblem deutlich wird, auf das allein es hier ankommt.

1. Polizeistrafrecht

Für Feuerbach regelte das Kriminalstrafrecht die Verletzung elementarer Rechte, während sich die Polizeiübertretungen dadurch auszeichneten, dass es hier um Gefahren für die öffentliche Sicherheit ging.²¹ Die nahestehende Auffassung Köstlins sah das Wesen des Polizeistrafrechts darin, dass es ein Verhalten sanktionierte, weil „es, ohne wirkliches Unrecht zu sein, doch dessen erfahrungsgemäß reale Möglichkeit ist.“²² Für Binding war im Ausgangspunkt die Abgrenzung von Verletzungs- und

¹⁹ Hefendehl ZIS 2016, 636, 640; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 59; Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 114; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 60 ff., 130; Sax in Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, 1979, 909, 922.

²⁰ Siehe etwa Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 29 ff.; Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 7 ff.; Bülte/Krumb, Ordnungswidrigkeitenrecht, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 37 ff. gehen davon aus, dass es heute nur noch um die Frage geht, ob der Unterschied allein quantitativ oder qualitativ-quantitativ ist. Noch einmal anders Klesczewski/Krenberger, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 8 ff.

²¹ P.J.A. Feuerbach in L. Feuerbach (Hrsg.), Paul Johann Anselm von Feuerbachs Leben und Wirken aus seinen ungedruckten Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und Denkschriften, 1852, 346, 353 ff. Näher zu dieser Ansicht etwa Härter in Koch/Kubiciel/Löhnig (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014, 129 ff.

²² Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 28.

Gefährdungsverboten wesentlich.²³ Das Polizeistrafrecht zeichne sich dadurch aus, dass ausschließlich ein staatliches Recht auf „Botmäßigkeit“ verletzt werde; hier werde die Handlung verboten „ohne jede Rücksichtnahme auf ihre wirklichen Erfolge lediglich aus Sorge vor ihren unbestimmt vielen und mannigfaltigen möglichen“.²⁴ Frank betonte, dass beim Polizeidelikt zum Tatbestand „weder die Verletzung noch die Gefährdung notwendig gehört“, die Handlung aber „wegen der möglicherweise in ihr liegenden Gefährdung“ verboten sei.²⁵ Die Gefährlichkeit sei hier aber eben kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur „Motiv der Strafandrohung“.²⁶

Die Auffassungen stimmen trotz unterschiedlicher Umschreibungen darin überein, dass man dem Polizeistrafrecht im Wesentlichen das zuordnete, wofür sich später der Begriff der abstrakten Gefährdungsdelikte etablierte.²⁷

2. Verwaltungsstrafrecht

Außerdem ist die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht zu erwähnen, die vor allem von Goldschmidt und Wolf entwickelt wurde.²⁸ Sie ist aus unterschiedlichen Gründen nur schwer zugänglich. Zum einen baut sie auf einer eigentümlichen Rechtsphilosophie auf.²⁹ Zum anderen beruht sie auf einem scharfen Gegensatz von Recht und Verwaltung. Sie war damit wohl schon aus der Zeit gefallen, als Goldschmidt seine Lehre entwickelte. Jedenfalls heute ist sie unvertretbar.³⁰ Im Nationalsozialismus

²³ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl. 1922, S. 368 ff.

²⁴ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl. 1922, S. 326.

²⁵ Frank IKV 7 (1899), 186, 191.

²⁶ Frank IKV 7 (1899), 186, 190. Diese Formulierung ist heute typisch für die Beschreibung der abstrakten Gefährdungsdelikte (vgl. etwa Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn 68, § 11 Rn. 153; Schünemann JA 1975, 787, 793).

²⁷ Siehe dazu schon R. v. Hippel, Strafrecht Deutsches Strafrecht, Band II, 1930, S. 101; vgl. zu dem gemeinsamen Kern auch schon deutlich Frank IKV 12 (1905), 200, 215. Vgl. ferner Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 115; Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 23 f.; Stuckenberg ZStW 135 (2023), 904, 914 Fn. 69.

²⁸ Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 529 ff. und passim; ders. DJZ 1902, 212 ff.; ders. in Juristische Gesellschaft zu Berlin (Hrsg.), FG Koch, 1903, 415 ff.; ders. IKV 12 (1905), 217 ff.; ders. DSTZ 1914, 222 ff.; Wolf in Hegler (Hrsg.), FG Frank, Band 2, 1930, 526 ff.

²⁹ Vgl. dazu O. Mayer VerwArch 11 (1903), 348, 349; siehe auch Lamp AöR 18 (1903), 104. Erst in einer späteren Abhandlung hat Goldschmidt das philosophische Fundament „ohne weiteres zugegeben“ (IKV 12 [1905], 217, 224).

³⁰ Vgl. etwa Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 167; Mitsch, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 94; siehe auch schon Eb. Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1951, S. 31 f.

dagegen wurde die bei Goldschmidt zugrunde gelegte „Loslösung der Verwaltung von den Maschen des Rechts“ bereitwillig aufgegriffen.³¹

Nach dem Zweiten Weltkrieg wollte man die ausgeuferte Strafgewalt der Verwaltung zwar einschränken, aber auch nicht völlig aufgeben. Eberhard Schmidt berief sich zur Bewältigung dieser Gratwanderung wesentlich auf die alte Lehre vom Verwaltungsstrafrecht,³² der deshalb eine „Renaissance“ zugeschrieben wird.³³ Inwiefern damit wirklich der Kern dieser Theorie übernommen wurde, ist allerdings zweifelhaft. Für Schmidt war nicht zuletzt entscheidend, dass mit dem Verwaltungsstrafrecht gegen einen „Justizschaden“ vorgegangen werde, bei dem „ein greifbarer Schaden an materiellen Lebensinteressen“ fehle, wie er für das Kriminalstrafrecht typisch sei, die dort „verletzt oder wenigstens erheblich gefährdet“ würden.³⁴ Das ist zwar eine Anleihe an Wolfs Lehre,³⁵ betrifft nun aber ausgerechnet eine wesentliche Überschneidung dieser Lehre mit der Polizeistrafrechtstheorie. Insgesamt erscheint zweifelhaft, ob das WiStG 1949 und das OWiG 1952 ernsthaft auf der Theorie vom Verwaltungsstrafrecht aufbauten.³⁶

In der Großen Strafrechtskommission wurde die Abgrenzungsfrage prominent als Grundsatzfrage I behandelt. Schmidt betonte in seinem Referat, dass auch der Bagatellaspekt eine Rolle spiele; insofern verwies er auf die „Auswucherungen des Nebenstrafrechts“, deretwegen „die Strafe in ihrem Sinne depraviert“ sei.³⁷ Das ist deshalb erwähnenswert, weil Goldschmidt in einer späteren Abhandlung klargestellt hatte, dass es ihm anders als der Polizeistrafrechtstheorie nicht um eine Abschichtung des Bagatellurechts gehe, er vielmehr das Wesen des Verwaltungsdelikts materiell ergründen wolle.³⁸ Inwiefern die Suche nach

³¹ Vgl. Greco in Kretschmer/Zabel (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, 175, 185.

³² Vgl. insbesondere *Eb. Schmidt SJZ* 1948, 225 ff.

³³ Vgl. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 1. Halbband, 1977, S. 174 ff.

³⁴ *Eb. Schmidt SJZ* 1946, 225, 229 f.; *ders.*, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1951, S. 26; *ders.* in Ehmke/Schmid/Scharoun (Hrsg.), *FS Arndt*, 1969, 415, 423 f.

³⁵ Vgl. Wolf in Hegler (Hrsg.), *FG Frank*, Band 2, 1930, 526, 566 f.

³⁶ Vgl. dazu mit zahlreichen Beispielen Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 1. Halbband, 1977, S. 53 ff. Auch das OWiG 1968 bekannte sich noch zur Lehre vom Verwaltungsstrafrecht (vgl. BT-Drucks. 5/1269, S. 22), beruhte aber nicht ernsthaft auf dieser, sondern wesentlich stärker auf dem Gedanken einer quantitativen Abgrenzung (vgl. Bohnert *Jura* 1984, 11, 18).

³⁷ *Eb. Schmidt*, *Niederschriften der Großen Strafrechtskommission*, Band I, 1956, S. 68.

³⁸ Goldschmidt *IKV* 12 (1905), 217, 222, 251; bei Wolf in Hegler (Hrsg.), *FG Frank*, Band 2, 1930, 526, 534, 537 war dagegen der Bagatellaspekt wieder stärker ausgeprägt.

einem Wesensunterschied und das Bagatellproblem ineinander aufgehen, war auch innerhalb der Großen Strafrechtskommission umstritten.³⁹ In der grundlegenden Frage kam sie nicht weiter. So stand am Ende lediglich der einstimmige Beschluss, die Übertretungen als dritte Deliktskategorie abzuschaffen.⁴⁰

3. Das strukturelle Problem einer qualitativen Abgrenzung

Blickt man mit etwas Abstand auf die Theoriengeschichte, dann offenbart sich unter anderem ein methodologisches Problem. So wurde gegen die Lehre vom Polizeistrafrecht bisweilen eingewandt, dass das geltende Strafrecht in erheblichem Ausmaß abstrakte Gefährdungsdelikte enthält.⁴¹ Damit wird aber vom Sein aufs Sollen geschlossen, wo eigentlich eine vorpositive Theorie entwickelt werden soll, die – wie Eser zutreffend betont – nicht zuletzt den Zweck hätte, „praktische Fehlgriffe des Gesetzgebers“ zu offenbaren.⁴² Diese Einsicht hindert Eser dann aber nicht, Feuerbachs Lehre entgegenzuhalten, dass diese „auch eindeutig kriminelle Delikte wie Notzucht, Blutschande, Bankrott zu Polizeivergehen erklären“ müsste.⁴³ Es ist aus heutiger Sicht eine Ironie, dass hier ausgegerechnet jenes Delikt (die Blutschande) als „eindeutig kriminell“ eingeordnet wird, bei dem es später für einen Aufschrei in der Strafrechtwissenschaft sorgen sollte, dass das BVerfG die Strafandrohung für verfassungskonform erklärte.⁴⁴

Das andere Hauptproblem ergibt sich, wenn man das Bagatellproblem und die Suche nach einem Wesensunterschied nicht als zwei grundlegend unterschiedliche Fragen behandelt.⁴⁵ Tut man das *nicht*, so steht man vor der Schwierigkeit, dass sich die Strafwürdigkeit nicht in dem Maße pauschalisieren lässt, wie es fast alle Abgrenzungstheorien schlussendlich versucht haben.⁴⁶ Nicht zuletzt deshalb finden sich

³⁹ So war etwa *Gallas* der Ansicht, beide Aspekte ließen sich nicht „sauber [...] trennen“, während *Welzel* von zwei grundsätzlich verschiedenen Fragen ausging (Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Band I, 1956, S. 87).

⁴⁰ Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Band I, 1956, S. 112.

⁴¹ *Michels*, Strafbare Handlung und Zu widerhandlung, 1963, S. 72; siehe auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 58; *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 114.

⁴² Vgl. *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 185.

⁴³ *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 22.

⁴⁴ BVerfGE 120, 224.

⁴⁵ Deutlich für eine Untrennbarkeit beider Fragen *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 165, 185.

⁴⁶ Ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 48.

innerhalb dieser Abgrenzungstheorien kriminalpolitische Zugeständnisse.⁴⁷ Als Achillesferse einer derart pauschalen Abgrenzung erwies sich in der Regel die Brandstiftung an eigenen Sachen,⁴⁸ deren Zuordnung zum Kriminalstrafrecht außer *Binding* niemand ernsthaft in Frage stellte.⁴⁹ Wenn es aber offensichtlich auch schwerwiegende (abstrakte) Gefährdungen gibt, dann ist die pauschale Zuweisung solcher Gefährdungen zu einem Polizeistrafrecht kaum zu begründen.⁵⁰

II. Bloß quantitativer Unterschied

Die Annahme, dass sich Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nur quantitativ unterscheiden,⁵¹ ist daher zu einem Gutteil nur die Konsequenz der Einsicht, dass eine qualitative Abgrenzung nicht möglich scheint.⁵² Gegen die quantitative Ansicht wird eingewandt, dass im Ordnungswidrigkeitenrecht längst „eine heterogene Masse an Delikten [existiere], die sich von Straftaten kaum unterscheiden“.⁵³ Solche Hinweise können indes nicht ohne Weiteres als Einwand gegen die rein quantitative Abgrenzung verstanden werden, sondern nur als Beleg dafür, dass der Gesetzgeber eben nicht so abgrenzt. Auch hier sind also Schlüsse vom Sein aufs Sollen problematisch. Insofern wird insbesondere auf die „großen Ordnungswidrigkeiten“ (etwa im Kartellrecht) verwiesen, bei denen es keinesfalls um Bagatellunrecht geht und Geldbußen in zweistelliger Millionenhöhe möglich sind.⁵⁴ Das hat zwar einen berechtigten Kern,

⁴⁷ Vgl. etwa *Jakobs* in Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, 103, 113; ders. in Koch/Kubiciel/Löhnig (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, 209, 218 f. (jeweils zu *Feuerbach*).

⁴⁸ *Ameling*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 287; *Eser*, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, 1961, S. 24; v. *Hippel*, *Strafrecht II*, 1930, S. 101 mit Fn. 1; *Klesczewski/Krenberger*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 19; *Wolff* in *Hassemer* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, 137, 220; siehe auch *Arzt* *Kriminalistik* 1981, 117, 119; *Hirsch* in *Sieber/Dannecker* (Hrsg.), *FS Tiedemann*, 2008, 145, 155.

⁴⁹ *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band IV, 1919, S. 202; siehe auch *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht BT*, 4. Aufl. 2021, § 35 Rn. 51.

⁵⁰ Für die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht ergibt sich demgegenüber ein Problem, weil nicht recht einsichtig ist, dass Verwaltungsinteressen per se nicht mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts geschützt werden dürfen.

⁵¹ Siehe etwa *Appel*, *Verfassung und Strafrecht*, 1998, S. 506; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht AT*, 13. Aufl. 2021, § 3 Rn. 9.

⁵² *Wohlers*, *Deliktstypen des modernen Präventionsstrafrechts*, 2000, S. 100.

⁵³ *Kraatz*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2020, § 1 Rn. 32.

⁵⁴ Vgl. *Kunz*, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, 1984, S. 157; *Mitsch*, in *Karlsruher Kommentar OWiG*, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 114; *Weigend*, in *Leipziger Kommentar StGB*, 13. Aufl. 2020, Einl. Rn. 19; *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, S. 69.

ist aber mindestens ergänzungsbedürftig. Darauf wird zurückzukommen sein.

III. „Qualitativ-quantitativer“ Unterschied

Als herrschend wird heute eine „gemischt qualitativ-quantitative Theorie“ bezeichnet.⁵⁵ Diese Kennzeichnung ist recht eng mit der Rechtsprechung des BVerfG und dem Denken in „Kernbereichen“ verbunden.

1. Die Kernbereichsthese

Das BVerfG betont regelmäßig den „ethischen Schuldvorwurf“ der Kriminalstrafe auf der einen Seite, während die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten „lediglich eine nachdrückliche Pflichtenmahnung“ enthalte.⁵⁶ Zum „Kernbereich des Strafrechts gehören alle bedeutsamen Unrechtstatbestände, während das Ordnungswidrigkeitenrecht Fälle mit geringerem Unrechtsgehalt erfaßt“.⁵⁷ Weiter heißt es:

„Im Grenzbereich bestehen zwischen dem Kriminalrecht und dem Ordnungsrecht nur graduelle Unterschiede. Die exakte Grenzlinie unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten historischen Situation im einzelnen verbindlich und im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers, dessen Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht nur in gewissem Umfange überprüft werden kann.“⁵⁸

Diejenigen, die sich zu einem „gemischten qualitativ-quantitativen“ Ansatz bekennen, machen sich diese Ausführungen in aller Regel zu eigen. Überwiegend wird das „Qualitative“ an dem gemischten Ansatz dann darin gesehen, dass zwar im Grenzbereich nur ein quantitativer, in den Kernbereichen dagegen ein qualitativer Unterschied bestehe. Damit wird ein alter Gedanke aufgegriffen, dass nämlich irgendwann die Quantität in eine andere Qualität umschlage („qualitativer Quantitätsunterschied“).⁵⁹ Zwingend ist diese Annahme aber nicht. Man kann die Kernbereichs-

⁵⁵ Von einer solchen Theorie als h.M. gehen – ohne sich notwendig zu ihr zu bekennen – etwa aus Bülte/Krumm, Ordnungswidrigkeitenrecht, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 41; Klesczewski/Krenberger, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 40 ff.; Kraatz, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020, § 1 Rn. 33 f.; vgl. aber auch Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 13, wo es heißt, heute gehe man „ganz überwiegend“ von einem quantitativen Unterschied aus.

⁵⁶ BVerfGE 45, 272, 288 f.

⁵⁷ BVerfGE 45, 272, 289; siehe auch schon BVerfGE 22, 125, 132 f.

⁵⁸ BVerfGE 45, 272, 289.

⁵⁹ Sax in Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, 1979, S. 909, 929; Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S. 187 f.

these problemlos vertreten, ohne sich zu einem qualitativen Unterschied zu bekennen:

„Die Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers ist eindeutig überschritten, wollte er etwa Mord und Raub zu Ordnungswidrigkeiten deklarieren oder das Falschparken unter Strafe stellen. Aber nicht etwa deshalb, weil das eine ‚seiner Art nach‘ Kriminalunrecht, das andere ‚genuine‘ Ordnungsunrecht darstellt, sondern weil bei dem einen die elementare Wertwidrigkeit im gesellschaftlichen Bewußtsein jedenfalls hier und heute evident verankert ist, das andere hingegen eindeutig als bloße Nachlässigkeit empfunden wird.“⁶⁰

Das Wichtigste an der Kernbereichslehre ist also nicht der angebliche Qualitätsunterschied, sondern der Umstand, dass die Kernbereiche *nicht kontingent* sind.⁶¹ Aber selbst, wenn man insofern ein Umschlagen der Quantität in eine andere Qualität annimmt, fragt sich, ob dieser Qualitätsunterschied irgendwelche praktisch bedeutsamen Konsequenzen hat. Wenn man einmal von der naheliegenden Annahme ausgeht, dass auch im Lager der rein quantitativen Abgrenzung wohl niemand behaupten würde, dass der Gesetzgeber Mord zur Ordnungswidrigkeit herabstufen dürfte, ist ferner unklar, ob es überhaupt nennenswerte Unterschiede zwischen dem „gemischten“ und dem rein quantitativen Ansatz gibt.

Das Bild ändert sich, sobald man den Kernbereich (jedenfalls auch) nach eindeutig qualitativen Kriterien bestimmt. Neumann etwa beschränkt ihn ausdrücklich auf die Verletzung individueller Interessen und Hilgendorf – wohl übereinstimmend – auf Verletzungsdelikte.⁶² Das ist nun eindeutig eine qualitative Auszeichnung des Kernbereichs, wobei offenbleibt, ob diese allein maßgeblich ist oder auch quantitative Aspekte eine Rolle spielen. Konkret: Zählen dann etwa auch Bagatelldelikte wie die Ehrdelikte zum Kernbereich?

2. Kontingenz der Abgrenzung als Quintessenz

Wie wesentlich das Qualitative im „gemischten“ Ansatz ist, ist im Übrigen auch deshalb fraglich, weil es sich auf die unproblematischen Fälle

⁶⁰ Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 159; siehe auch Appel, Verfassung und Strafrecht, 1998, S. 506; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1992, 3/7; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 3 Rn. 10.

⁶¹ Zum Begriff der Kontingenz sogleich unter B. III. 2.

⁶² Vgl. Neumann ZStW 106 (1994), 184, 187; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2021, § 35 Rn. 6.

beschränkt. Der Gesetzgeber wird aber ohnehin nicht auf die Idee kommen, Mord zur Ordnungswidrigkeit herabzustufen. Für den praktisch allein interessanten, weil kontingenten Grenzbereich, soll es nach überwiegender Ansicht im Kern bei der quantitativen Abgrenzung bleiben. Achenbach meint deshalb, die „gemischt qualitativ-quantitative Betrachtungsweise“ wäre mit „eingeschränkt dezisionistische Theorie“ treffender bezeichnet.⁶³ Auch hier ist im Übrigen fraglich, ob sich Unterschiede zur quantitativen Betrachtung auftun, weil auch sie leugnen wird, dass diese dem Gesetzgeber jede Menge Freiheit lässt.⁶⁴

Die Abgrenzungstheorien sind nicht nur deshalb problematisch, weil sich Kriminalisierungsentscheidungen schlecht pauschalisieren lassen. Sie sind es ferner, weil das Recht *kontingent* ist. Versteht man Kontingenz mit Luhmann als etwas, was weder notwendig noch unmöglich ist,⁶⁵ bedeutet das: Der Gesetzgeber *kann* ein vom Kriminalstrafrecht zu unterscheidendes Sanktionierungsregime etablieren, *muss* dies aber *nicht* – und wenn er es tut, steht nicht auf Basis irgendwelcher universeller Theorien fest, was dorthin gehört und was nicht. Kontingent ist es auch, ob man das Ordnungswidrigkeitenrecht durchweg am Bagatellgedanken ausrichtet. Diese Vorstellung mag einmal leitend gewesen sein, aber das schließt es nicht aus, dass der Gesetzgeber sie aufgibt, und zwar unabhängig davon, ob ihm ein etwaiger Paradigmenwechsel bewusst ist und ob er sich strukturiert oder schlechend vollzieht. Der Strafrechtswissenschaft wird zunehmend vorgeworfen, diese Kontingenz nicht hinreichend zu berücksichtigen.⁶⁶

3. Andere gemischte Ansätze

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es auch gemischte Ansichten gibt, die überhaupt nichts mit der Existenz von Kernbereichen zu tun haben. Hefendehl bekennt sich zu einem gemischten Ansatz, hält es aber – da er auch rechtsgutslose Ordnungswidrigkeiten anerkennt – für entscheidend, ob durch den Bußgeldtatbestand ein Rechtsgut geschützt

⁶³ Achenbach GA 2008, 1, 10.

⁶⁴ Vgl. etwa Radtke, in Münchener Kommentar StGB, Band 2, 4. Aufl. 2020, Rn. 87 vor § 38.

⁶⁵ Vgl. allgemein zu diesem Kontingenzbegriff Luhmann, Soziale Systeme, 1984, S. 152; am Beispiel der „Gerechtigkeit als Kontingenzformel“ ders., Das Recht der Gesellschaft, 6. Aufl. 1995, S. 214 ff. sowie umgreifender ders., Kontingenz und Recht, 2013.

⁶⁶ Gärditz Der Staat 49 (2010), 331, 353 und öfter; siehe auch Stuckenbergs GA 2011, 653, 658 f.

wird (dann bestehe nur ein quantitativer Unterschied) oder nicht (dann unterscheide sich der Bußgeldtatbestand qualitativ vom Strafrecht).⁶⁷

Und H.L. Günther vertritt die These, dass Ordnungswidrigkeiten stets „opferlose Delikte“ seien.⁶⁸ Er greift damit den Kern der Polizeistrafrechtstheorie auf, ohne das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die These vom Wesensunterschied setzt streng genommen voraus, dass sich *so wohl* das Wesen des Ordnungswidrigkeitenrechts *als auch* das des Strafrechts positiv beschreiben lässt.⁶⁹ Günther beschränkt sich demgegenüber darauf, eine Besonderheit *ausschließlich* des Ordnungswidrigkeitenrechts zu beschreiben. Damit wird ein qualitatives Element in eine im Übrigen quantitative Abgrenzung eingebracht.⁷⁰

Auch deshalb ist die Redeweise von „der“ herrschenden qualitativ-quantitativen Ansicht problematisch. Aber selbst wenn man insofern nur die Kernbereichslehre meint, ist der Verweis auf eine „gemischte“, „qualitativ-quantitative“ Lehre letztlich so gehaltlos, dass die Bezeichnung als „Theorie“ selbst dann überzogen ist, wenn man die inflationäre Verwendung dieses Begriffs in der Jurisprudenz grundsätzlich billigt.⁷¹

C. Mögliche Modelle von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Für alle weiteren Überlegungen ist es sinnvoll, die Spielräume etwas genauer herauszuarbeiten, die auf Basis des kontingenten Grenzbereichs bestehen, und die verschiedenen Modelle aufzuzeigen, zu denen diese Freiheit führen kann.

I. Analytischer Ausgangspunkt: drei denkbare Modelle

Insofern sei zu analytischen Zwecken zunächst angenommen, dass sich die Sozialschädlichkeit auf einer Skala von 0 bis 100 messen lässt.⁷² Es sei ferner angenommen, dass im Bereich zwischen 1 und 20 der Kern-

⁶⁷ *Hefende hl* ZIS 2016, 636, 641.

⁶⁸ *H.L. Günther* in Sieber/Dannecker (Hrsg.), FS Tiedemann, 2008, 165 ff.

⁶⁹ *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 175 f.

⁷⁰ Jedenfalls mit Blick hierauf ist es unzutreffend, wenn *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 6. Aufl. 2025, Einl. Rn. 109 gemischte Theorien für unmöglich erklärt.

⁷¹ Instruktiv dazu *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 163 ff.

⁷² Man kann statt Sozialschädlichkeit auch einen beliebigen anderen Ordnungsbegriff verwenden. Irgendeinen Ordnungsbegriff braucht es aber, sonst bleibt jede Rede von einem *quantitativen* Unterschied sinnlos. Näher zu Metrisierung und Messung etwa *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 284.

bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts liege, im Bereich zwischen 80 und 100 der Kernbereich des Strafrechts. Die beiden radikalsten Sanktionsordnungen, die sich denken lassen, sähen dann so aus, dass der *gesamte Grenzbereich* entweder dem Strafrecht oder dem Ordnungswidrigkeitenrecht zugeschlagen wird. Daraus ergeben sich *Modell 1* (alles unterhalb einer Sozialschädlichkeit von 80 ist Ordnungswidrigkeit) und *Modell 2* (alles über einer Sozialschädlichkeit von 20 ist Kriminalstrafrecht). Zwischen beiden Modellen kann der Gesetzgeber frei wählen, weil ja die Kernbereiche unangetastet bleiben. Das dürften, wie gesagt, auch die Vertreter einer rein quantitativen Abgrenzung nicht bestreiten. Natürlich könnte der Gesetzgeber auch weniger radikal verfahren und die Grenzlinie bei 40, 50 oder 60 ziehen. Dieser Ansatz sei im Folgenden als *Modell 3* bezeichnet, wobei es unschädlich ist, dass die genaue Grenze offenbleibt. Entscheidend ist, dass das *Modell 3* auf dem Anspruch beruht, die Grenze *konsequent* zu ziehen.

Diese Überlegungen zeigen zunächst, dass der Verweis auf die „großen Ordnungswidrigkeiten“ streng genommen überhaupt nicht nachweist, dass der Gesetzgeber keiner quantitativen Abgrenzung folgt. Denn in dem *Modell 1* wären diese völlig unproblematisch. Nun ist es natürlich offensichtlich, dass das geltende Recht nicht auf einem solchen Modell beruht. Erst wenn man diesen Umstand hinzunimmt, ist es überhaupt möglich, den „großen Ordnungswidrigkeiten“ eine Art systemsprengende Wirkung zu attestieren.

Die Überlegungen zu den unterschiedlichen Modellen beruhen offensichtlich auf vereinfachenden Annahmen. Man kann die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens nicht exakt messen. Auch lässt sich der Kernbereich nicht so klar abgrenzen, wie es angenommen wurde. Das hat auch damit zu tun, dass sich die Explikation des Kernbereichs durch das BVerfG in einem Hinweis auf „alle bedeutsamen Unrechtsbereiche“ erschöpft.⁷³ Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass irgendwo eine relevante Grenze der positiven Extension (den Kernbereichen) zu den neutralen Kandidaten (dem Grenzbereich) verläuft, ließe sich diese nicht einmal dann exakt festlegen, wenn man die Sozialschädlichkeit exakt

⁷³ Mit Recht fragt Achenbach GA 2008, 1, 10: „Was soll das sein? Jedenfalls alle heutigen Verbrechenstatbestände? Oder das, was wir seit Jahrhunderten so kennen im Strafrecht?“ Vgl. ergänzend Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im modernen Verfassungsstaat, 2017, S. 127 ff.

messen könnte, sondern ist ihrerseits kontingent (sie könnte ja statt bei 20 auch bei 19 oder 21 liegen).⁷⁴

Darin erschöpfen sich die Probleme aber nicht. Denn anders als bei anderen Abgrenzungsproblemen wird die Abgrenzung ja nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen, sondern ist immer wieder aufs Neue nötig. Bei jeder neuen Sanktionsnorm wäre also eine Orientierung an bestehenden Sanktionsnormen nötig. Angesichts des Umstandes, dass heute niemand mehr zählen kann, wie viele Straf- und Bußgeldtatbestände es gibt,⁷⁵ verschärft das die Problematik signifikant.

All dies bedeutet aber nur, dass sich die *Modelle 1, 2 und 3* nicht mit exakter Präzision umsetzen ließen. Auch wenn sich die Sozialschädlichkeit nicht exakt messen lässt, kann man verschiedene Verhaltensweisen zumindest vergrößernd ordnen.⁷⁶ Und es wäre bei der Schaffung neuer Sanktionsvorschriften möglich, sich an einer Art existierendem Querschnitt zu orientieren, solange dieser nur auf einer halbwegs stimmigen Ordnung beruht.

II. Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“: ein vierter Modell

Das trifft auf das geltende Recht freilich nicht zu. Insofern muss man sehen, dass die Freiheit im Grenzbereich grundsätzlich auch die Möglichkeit impliziert, bald so, bald so zu verfahren. Um noch einmal die Sozialschädlichkeits-Skala zu bemühen: Der Gesetzgeber kann ein Verhalten mit einer Sozialschädlichkeit von 79 als Ordnungswidrigkeit einstufen und eines mit einer Sozialschädlichkeit von 21 als Straftat. Und es ist auch nicht ausgeschlossen, dass er sowohl das eine als auch das andere tut. Das zeigt das geltende Recht. Denn es wird ja niemand behaupten, dass sich die Einordnung etwa der Leistungserschleichung als Straftat einerseits mit der Einordnung der Kartellverstöße als Ordnungswidrigkeiten andererseits verträgt. Man wird auch kaum annehmen können, dass das dem Gesetzgeber entgangen ist. Das geltende Recht, wenn man

⁷⁴ Vgl. zu den Gründen allgemein *Endicott, Vagueness in Law*, 2000, S. 82 f.; *Gruschke, Vagheit im Recht*, 2014, S. 17, 30 f.; *Guski JZ* 2020, 129, 130.

⁷⁵ Vgl. *Hefendehl ZIS* 2016, 636, 638.

⁷⁶ Vgl. etwa *Ameling* in *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, 155, 156 f.; *Hart, Punishment and Responsibility*, 2. Aufl. 2008, S. 161 ff.; siehe auch *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, S. 62; *Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 161; siehe aber auch *Sunstein* 108 *Harvard Law Review* 1733 (1994). Allgemein zu solchen auf „Schätzungen“ und Wertungen beruhenden Ordnungen *Hempel/Oppenheim*, Der Typusbegriff in der neuen Logik, 1936, S. 48 ff.

so will: das „Ordnungswidrigkeitenrecht 2.0“, beruht also auf keinem der bisher genannten *Modelle* (1, 2 und 3), sondern auf einem *Modell 4*, bei dem der Gesetzgeber gar nicht den Anspruch verfolgt, die Grenze auch nur ansatzweise einheitlich (konsequent) zu ziehen.⁷⁷

Nun versteht es sich keineswegs von selbst, dass der Gesetzgeber insofern zur Konsequenz verpflichtet wäre. Angesichts der Kontingenz des Rechts ist auch das *Modell 4* nicht ausgeschlossen. Das gilt selbst dann, wenn man das *Modell 4* auf eine „prinzipienlose Vorgehensweise“ zurückführt.⁷⁸ Das griffe aber schon deshalb zu kurz, weil auch im Grenzbereich die Abgrenzung nicht vollkommen willkürlich erfolgt, sondern unterschiedlichste Gesichtspunkte hineinspielen (die sich nicht durchweg in das Schema quantitativ/qualitativ einordnen lassen). Das sind einmal Zweckmäßigkeitserwägungen. Insofern wird die ordnungswidrigkeitenrechtliche Lösung im Kartellrecht etwa mit dem Umstand gerechtfertigt, dass die Kartellbehörden kraft besonderer Expertise viel besser für die Verfolgung geeignet seien als die Staatsanwaltschaft.⁷⁹ Bei der Entstehung des Kartellordnungswidrigkeitenrechts wurde der Verzicht auf eine kriminalstrafrechtliche Lösung außerdem damit begründet, dass weder „in der deutschen Öffentlichkeit noch in den beteiligten Wirtschaftskreisen [...] bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet [ist], daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien“⁸⁰.

Schließlich spricht viel für die Annahme, dass Günthers These von den Ordnungswidrigkeiten als „Delikte ohne Opfer“ so etwas wie einen Minimalkonsens beschreibt. Symptomatisch ist insofern eine Diskussion um einen Vorschlag Baumanns aus dem Jahr 1972, die leichten Vermögensdelikte (wie insbesondere den Mundraub) ins Ordnungswidrigkeitenrecht auszulagern.⁸¹ Dem wurde entgegengehalten, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht der falsche Ort sei, um Konflikte zwischen Individuen

⁷⁷ Das „Ordnungswidrigkeitenrecht 1.0“ dürfte dagegen – ungeachtet des Bekenntnisses zur Lehre vom Verwaltungsstrafrecht – ursprünglich tendenziell auf der Vorstellung beruht haben, die hier als *Modell 3* gekennzeichnet wurde.

⁷⁸ Vgl. *Klesczewski/Krenberger*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 31.

⁷⁹ *M. Dreher* WuW 2011, 232, 239; *Week* ZStW 131 (2019), 65, 81 ff., 88 ff.; siehe auch *K. Schmidt* wistra 1990, 131, 137; vgl. aber auch *Krell* in *Boele-Woelki et al.* (Hrsg.), FS *K. Schmidt*, Band I, 2019, 731, 742.

⁸⁰ BT-Drucks. 2/1158, S. 27. Das dürfte auf gewissen Anleihen bei der Theorie des Verwaltungs- und des Polizeistrafrechts beruhen, wo ein Abschichtungsprozess für möglich gehalten wurde (näher *Krell* in *Boele-Woelki et al.* (Hrsg.), FS *K. Schmidt*, Band I, 2019, 731, 738 ff.).

⁸¹ Vgl. *Baumann* JZ 1972, 1, 3.

zu regeln.⁸² Auch der Gesetzgeber ist, soweit ersichtlich, nie auf diese Idee gekommen. Dasselbe würde dann für aktuell diskutierte Phänomene wie „Catcalling“ oder „Upskirting“ gelten.⁸³ Auch die Ehrdelikte sind hier zu nennen. Akzeptiert man, dass solche qualitativen Kriterien und/oder Zweckmäßigkeitserwägungen im Grenzbereich eine Rolle spielen können,⁸⁴ führt das zwangsläufig dazu, dass es problematisch ist, das *Modell 4* ausschließlich auf „eine prinzipienlose Vorgehensweise der Legislative zurückzuführen, der mit einer kritischen Theorie vom Ordnungsrecht Einheit zu gebieten wäre“⁸⁵.

III. Konsequenzen

Selbst wenn man davon ausgeht, dass das *Modell 4* nicht unzulässig ist, heißt das selbstverständlich nicht, dass damit keine Nachteile einhergehen. Diese Nachteile lassen sich leichter aufzeigen, wenn man zunächst auf die Vorteile eines Modells mit einheitlicher Abgrenzung blickt. Das wird besonders deutlich bei den beiden radikalen *Modellen 1* und *2*. Diese haben nämlich den offensichtlichen Vorteil, dass *in einem der beiden Sanktionsregime* das Sozialschädlichkeitsspektrum gering ist. Das ermöglicht es, das Verfahrensrecht dort an einem halbwegs klaren *Leitbild* auszurichten. So bestünde etwa in *Modell 1* kaum Notwendigkeit für Durchbrechungen des Legalitätsprinzips.⁸⁶ Auf solche potenziellen Vorteile verweist auch das BVerfG. Unmittelbar an die zitierte Passage zum Grenzbereich schließt sich folgende Erwägung an:

„Bei dieser Sachlage ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber für beide Bereiche eine *einheitliche Verfahrensordnung einführt* und dem *geringeren Unrechtsgehalt der Ordnungswidrigkeiten* lediglich *durch einige Sonderregelungen Rechnung trägt*, die auf eine Vereinfachung des Bußgeldverfahrens abzielen, wie z.B. die Auflockerung des Verfolgungszwanges durch das Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG), die Einführung des Beschlüßverfahrens nach

⁸² Besonders deutlich *H.J. Hirsch* in Warda/Waider/v. Hippel/Meurer (Hrsg.), FS Lange, 1976, 815, 826 f.; *ders.* ZStW 92 (1980), 218, 243 f.; i.E. auch *Lange* in Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln (Hrsg.), FS Jahreiß, 1974, S. 117, 131; *Vogler* ZStW 90 (1978), 132, 155 f.; dezidiert a.A. *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 132.

⁸³ *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 117.

⁸⁴ Vgl. für die qualitativen Aspekte *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 115 ff.; für Zweckmäßigkeitserwägungen etwa *Frister*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 13; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 59; *Mitsch*, in Karlsruher Kommentar OWiG, 5. Aufl. 2025, Einl. Rn. 112.

⁸⁵ So *Klesczewski/Krenberger*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 31.

⁸⁶ Vgl. *Frisch* in Küper/Welp (Hrsg.), FS Stree/Wessels, 1993, 69, 105.

§ 72 OWiG und die Vereinfachung der gerichtlichen Hauptverhandlung (§§ 73 ff. OWiG).“⁸⁷

Sofern der Gesetzgeber *nicht* einheitlich abschichtet, verschenkt er damit also allemal Potenzial, weil nun in *beiden* Regelungsregimen Zugeständnisse an das (jeweils) breite Sozialschädlichkeitsspektrum erforderlich werden. So entsteht mit der Expansion des Strafrechts ein erhöhtes Bedürfnis nach verkürzenden Verfahrensarten (vgl. §§ 407 ff., 417 ff. StPO), während sich bei den „großen Ordnungswidrigkeiten“ – nicht zuletzt mit Blick auf Art. 92 GG – die Frage aufdrängt, ob nicht die „Strafgewalt“ der Verwaltung problematisch ist.⁸⁸ Die damit verbundenen Nachteile sind das negative Spiegelbild der eben erwähnten Vorteile. Wiederum am Beispiel von Legalität und Opportunität: Im Kriminalstrafrecht werden zunehmend Durchbrechungen in Richtung Opportunität möglich, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, während umgekehrt mit Blick auf die großen Ordnungswidrigkeiten die Notwendigkeit entsteht, das pflichtgemäße (Einstellungs-)Ermessen einzuschränken.⁸⁹ Kurzum: Der Gesetzgeber und/oder die Rechtsdogmatik muss nun entscheiden, wann Ordnungswidrigkeiten verfahrensrechtlich wie Straftaten zu behandeln *und* wann Straftaten verfahrensrechtlich wie Ordnungswidrigkeiten zu behandeln sind. Das *Modell 4* enthält also die *Nachteile* der *Modelle 1* und *2*, aber nicht deren *Vorteile*.

Hinzu kommt, dass es auch nahezu unmöglich wird, qualitative Unterschiede an der unterschiedlichen Rechtsfolge festzumachen.⁹⁰ Insofern sei an die Rechtsprechung des BVerfG erinnert, wonach auf der einen Seite ein „ethischer Schuldvorwurf“ erhoben werde, während es auf der anderen nur eine „Pflichtenmahnung“ sei. Aber lassen sich derart pauschalisierende Aussagen aufrechterhalten, wenn das Spektrum hier wie dort derart groß ist? Enthält auch eine Geldstrafe von fünf Tagessätzen einen so schwerwiegenden Tadel? Und fehlt dieser Tadel einer Geldbuße in sieben- oder achtstelliger Höhe? Lässt sich hier wirklich noch von einer bloßen „Pflichtenmahnung“ sprechen? In diesem Licht sind im Übrigen alle Argumentationen problematisch, die einwenden, man dürfe

⁸⁷ BVerfGE 45, 272, 289 (Hervorhebungen nur hier).

⁸⁸ Vgl. zum zweiten Aspekt etwa Möschel WuW 2010, 869 ff.; allgemein Gossrau NJW 1958, 929 ff.; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 2. Halbband, 1982, S. 456 ff.

⁸⁹ Vgl. zu den ermessensleitenden Richtlinien im Steuer- und Kartellordnungswidrigkeitenrecht etwa v. Galen/Schaefer, in Nomos Kommentar WiStR, 2. Aufl. 2022, § 47 OWiG Rn. 25 ff.

⁹⁰ Zu solchen Versuchen siehe etwa Hünerfeld ZStW 90 (1978), 905, 911.

nicht Delikt X mit Delikt Y auf eine Stufe stellen, weil in jedem der hier skizzierten Modelle ein nicht unerhebliches Spektrum bestehen bleibt.⁹¹

Aus den Überlegungen zu *Modell 4* ergibt sich, nebenbei bemerkt, dass *Modell 3* den *Modellen 1* und *2* keineswegs überlegen sein muss. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass mit dem Schnitt an der „richtigen“ Stelle zwei weitestgehend stimmige Sanktionsregime entworfen werden könnten. Möglich ist es aber auch, dass es keine solche „richtige“ Stelle gibt und deshalb in jeder denkbaren Variante des *Modells 3* das Sozial-schädlichkeitsspektrum in beiden Sanktionsregimen noch zu groß wäre – mit der Folge, dass es ähnlich nachteilhaft wäre wie *Modell 4*.

D. Fazit

Der Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Zuweisung zum Strafrecht und zum Ordnungswidrigkeitenrecht gar nicht (mehr) den Anspruch verfolgt, sich an bestimmten Leitbildern zu orientieren, führt dazu, dass das maßgebliche Verfahrensrecht nicht mehr an einem Leitbild ausgerichtet werden kann, sondern in beiden Bereichen einem denkbar breiten Sozial-schädlichkeitsspektrum Rechnung tragen muss. Insofern ist die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts ein gutes Beispiel für die Kontingenz des Rechts, das in den verfassungsrechtlichen Grenzen eben so oder anders ausgestaltet sein kann. Deshalb ist der Versuch wenig zielführend, diese Kontingenz mithilfe universeller „Theorien“ zu überwinden.

Zur Wahrheit gehört aber auch, dass es sich der Gesetzgeber selbst schwer macht, wenn und weil er nun für *zwei* Sanktionsregime Regeln entwickeln muss, die *beide* schwerwiegendes und wenig schwerwiegendes Verhalten sanktionieren. Leidtragende sind unter anderem diejenigen, die dieses Recht anwenden und erforschen sollen. Der jetzige Rechtszustand ist also, um den Titel dieses Beitrags aufzugreifen, gewissermaßen die „dunkle Seite“ der Kontingenz. Normalerweise lassen sich die Probleme, die so entstehen, irgendwann nur noch, aber immerhin durch eine „kodifikatorische Erneuerung“ überwinden.⁹² Im Fall von Strafrecht und Ordnungswidrigkeiten ist möglicherweise nicht einmal dieser Weg mehr gangbar, weil das Problem selbst mit einer Reform von

⁹¹ Vgl. den berechtigten Hinweis bei Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 171 Fn. 34, dass sich ja auch niemand beschwere, wenn das Strafrecht Mord und Unterschlagung „auf eine Stufe stellt“.

⁹² Vgl. dazu Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 201 ff.

StPO und OWiG nicht gelöst werden kann. Zuvor müsste man die fehlende Homogenität wieder herstellen, indem man entweder *Modell 1*, *2* oder *3* anstrebte. Das erscheint angesichts der unüberblickbaren Zahl von Sanktionsvorschriften, die dann neu geordnet werden müssten, selbst dann ausgeschlossen, wenn der politische Wille dafür da wäre. Vor diesem Hintergrund wird auch nachvollziehbar, dass und warum die Strafrechtswissenschaft das Interesse am Ordnungswidrigkeitenrecht weitestgehend verloren hat – und wer will ihr das ernsthaft verübeln?