

## Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft

**Michael Kubiciel**

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2020. "Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft." In *Recht - Philosophie - Literatur: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, edited by Jan Christoph Bublitz, Jochen Bung, Anette Grünewald, Dorothea Magnus, Holm Putzke, and Jörg Scheinfeld, 529–43. Berlin: Duncker & Humblot.

<https://doi.org/10.3790/978-3-428-55566-6>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft

Von *Michael Kubiciel*

## I. Einleitung

„Es ist eine vielleicht unpopuläre, aber wichtige Einsicht, daß die Funktion des rechtsstaatlichen Strafrechts nicht ganz selten gerade darin besteht, gerechte und vernünftige Einzelfalllösungen zu verhindern.“<sup>1</sup> Auf diesen Satz läuft eine Untersuchung hinaus, in der Reinhard Merkel vor 25 Jahren in intellektuell scharfsinniger wie politisch unerschrockener Weise der Frage nachgegangen ist, ob der ehemalige Vorsitzende des Staatsrates der DDR wegen der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze zur Verantwortung gezogen werden kann. Merkel verneint diese Frage mit einem Argument, dessen Aussagekraft nicht auf den von ihm behandelten historischen Ausnahmefall begrenzt ist: Strafe als „symbolische Demonstration des Rechts“<sup>2</sup> setze die Verletzung einer Rechtsnorm voraus, die zur Tatzeit „wenigstens in einem erkennbaren Grad sozial wirksam ist.“<sup>3</sup> Da das Recht der DDR weder Flüchtlinge vor tödlichen Schüssen geschützt noch das Staatsoberhaupt adressiert habe, scheide eine Bestrafung Erich Honeckers aus. Auf überpositive Normen der Gerechtigkeit könne man zur Korrektur dieses Ergebnisses nicht zurückgreifen, zumal es sich bei naturrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen um „ein in Einzelheiten unklares, umstrittenes, jedem Wandel der Geschichte und jedem Druck der Ideologien preisgegebenes Gebiet moralischer und politischer Überzeugungen“ handele.<sup>4</sup> Diese Sätze enthalten *in nuce* das strafrechtstheoretische Denken Merkels: Das Strafrecht dient der symbolischen Bestätigung der vom Täter verletzten Rechtsnorm, die sich nicht durch ihre Kompatibilität mit abstrakten, überpositiven Gerechtigkeitsvorstellungen auszeichnet, sondern vor allem sozial wirksam sein muss.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Merkel*, in: Unseld (Hrsg.), *Politik ohne Projekt*, 1993, S. 298, 328 (Sperrung im Original).

<sup>2</sup> Ebd., S. 330.

<sup>3</sup> Ebd., S. 324.

<sup>4</sup> Ebd., S. 302.

<sup>5</sup> Übertragen hat Merkel diesen Ansatz auch auf die Frage, ob dem ungeborenen Leben ein eigener Würdeanspruch sowie ein eigenes Lebensrecht zugeschrieben werden kann, wenn zugleich ein nicht-indizierter Schwangerschaftsabbruch straffrei möglich ist. Merkel (Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 64 ff.) verneint dies. Eine an der symbolisch-kommunikativen Wirkung ansetzende Straftheorie kann jedoch auch auf den Umstand hinweisen, dass das

## II. Kontingenz strafrechtstheoretischer Leitbilder

Wirklichkeitsmächtig werden strafrechtlich garantierte Normen, indem sich die Adressaten normgemäß verhalten und Gerichte auf Normverletzungen reagieren. Indes lassen sich beide Vorgänge nicht von den vorherrschenden moralischen und politischen Überzeugungen einer Gesellschaft trennen. Auf der einen Seite können strafrechtlich garantierte Normen nur dann auf eine latente Befolgungsbereitschaft hoffen, wenn sich der Inhalt der Verhaltensnormen nicht zu weit von den Angemessenheits- und Richtigkeitsvorstellungen der Adressaten entfernt.<sup>6</sup> Auf der anderen Seite – die der rechtsdurchsetzenden Sanktionsinstanzen – wird die Anwendung des Rechts mitgeprägt von den Wertüberzeugungen und Plausibilitätsmaßstäben jener Gesellschaft, die den Interpreten umgibt und für die er das Recht durchsetzt.<sup>7</sup> So kommt es, dass sich der Bedeutungsgehalt von Straftatbeständen und das Verständnis zentraler Begriffe – oft schleichend, gelegentlich disruptiv – mit dem gesellschaftlichen Großklima ändert. Die genuine Aufgabe der Strafrechtswissenschaft besteht darin, jene Vorverständnisse und Grundannahmen zu explizieren, die Juristen stets mitverwenden und voraussetzen, wenn sie Recht auslegen und anwenden.<sup>8</sup> Diese außerrechtlichen Wertüberzeugungen und Richtigkeitsvorstellungen beeinflussen nicht nur die Dogmatik, sondern auch die Rechtspolitik.

Die Strafrechtswissenschaft muss daher die Entwicklungen der Gesellschaft stets mitreflektieren, wenn sie den von ihr traditionell beanspruchten dogmatischen und kriminalpolitischen Funktionen gerecht werden will.<sup>9</sup> Das erfordert in einem ersten Schritt die Freilegung des gesellschaftstheoretischen Grundes, auf dem strafrechtliche Begriffe und Systementwürfe ruhen.<sup>10</sup> In einem zweiten Schritt muss die Strafrechtswissenschaft fragen, ob dieser Grund die von ihr verwendeten strafrechtstheoretischen Prämissen und Leitbilder (noch) zu tragen vermag. Beide Schritte vollzieht die Strafrechtswissenschaft nur selten; zumeist hält sie schlicht am Traditionierten fest.<sup>11</sup> Dies dürfte daran liegen, dass das Bewusstsein für die Kontingenz von Theorien in dem Maße schwindet, in dem sich diese in das institutionelle Gedächtnis einer Profession eingeschrieben und den Status einer (scheinbar) voraussetzunglosen Gültigkeit erlangt haben.

---

Strafrecht die Handlung weiterhin als rechtswidrig erachtet und die Straflosigkeit an zusätzliche prozedurale Voraussetzungen knüpft (§§ 218a Abs. 1, 219 StGB).

<sup>6</sup> Dazu etwa *Baurmann*, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 35 (2005), 164, 170, 173; *Kubiciel*, ZStW 120 (2008), 429, 439.

<sup>7</sup> *Pawlak*, in: *Kindhäuser u. a. (Hrsg.)*, Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 217, 235, unter Verweis auf *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 101.

<sup>8</sup> So *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 2, 10 ff.; ebenso *Jansen*, AöR 143 (2019), 623, 624.

<sup>9</sup> So *Jakobs*, in: *Engel/Schön (Hrsg.)*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 105; *ders.*, ZStW 107 (1995), 844; *Pawlak*, FS v. *Heintschel-Heinegg*, 2014, S. 364, 365 f. Siehe auch *Jansen*, AöR 143 (2019), 623, 631.

<sup>10</sup> *Jakobs*, FS *Hirsch*, 1999, S. 48.

<sup>11</sup> Siehe dazu *Hörnle*, in: *Dreier (Hrsg.)*, Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 183, 197, 213.

Wird beispielsweise fünf Jahrzehnte lang der Satz wiederholt, dass das Strafrecht (nur) Rechtsgüter schützen dürfe, geraten jene ideengeschichtlichen, sozialen und wissenschaftstheoretischen Umstände in Vergessenheit, die dieser Prämisse zu ihrem Erfolg verholfen haben. Strafrechtstheoretische Konzeptionen lösen sich damit schleichend von der gesellschaftlichen Wirklichkeit, die sie hervorgebracht hat, ohne dass dies der Strafrechtswissenschaft überhaupt bewusst wäre. Dazu trägt auch eine Art metaphysischer Kurzschluss bei, auf den Carl Schmitt aufmerksam gemacht hat. Danach entspricht das metaphysische Bild, das sich ein Zeitalter von der Welt macht, jener Struktur, die den Betrachtern als Form der politischen Organisation ohne weiteres einleuchtet.<sup>12</sup> Auf die Strafrechtswissenschaft übertragen ließe sich sagen: Wenn die Wissenschaft das Strafrecht als ein Mittel betrachtet, mit dem der Staat die Freiheit des Einzelnen und die Integrität personaler Rechtsgüter schützt, stützt dies ein hintergründig wirksames Weltbild, das Maß am Individuum und seiner Ausstattung mit Gütern nimmt. Und umgekehrt gilt: Versteht man die Gesellschaft als einen Ort, an dem Individuen bei der Verfolgung eigener Interessen miteinander interagieren, muss das Strafrecht zuallererst die äußeren Freiheitssphären von Personen trennen und die Güter einer Person schützen. Auf diese Weise stabilisieren sich eine nicht mehr hinterfragte Vorstellung von der Funktion des Strafrechts und ein unreflektierter Blick auf die Gesellschaft gegenseitig.<sup>13</sup>

Auch die Rechtsgüterschutzlehre verdankt ihren Siegeszug nicht allein einer theoretischen Überlegenheit gegenüber den seinerzeitigen verbrechenstheoretischen Konkurrenzangeboten. Ihr Durchbruch basiert auch auf einem gesellschaftlichen Umfeld, das den Einzelnen als „letztgültige Instanz des Sinnhaften“ begreift und die überindividuellen Sinngehalte der Gesellschaft sowie ihre Institutionen in den Hintergrund drängt.<sup>14</sup> In den letzten Jahrzehnten hat sich jedoch zunehmend gezeigt, dass dieser Blick auf die Gesellschaft zu einseitig ist. Die deutsche Gesellschaft hat sich durch eine Reihe von Ursachen – die von der Wiedervereinigung über die Zuwanderung bis hin zu einer Ökonomisierung und Digitalisierung der Lebenswelt reichen – erheblich verändert: Sie ist von anderer Gestalt als jene Gesellschaft, auf deren Rezeptionsboden die Rechtsgüterschutzlehre entwickelt wurde und ihren Durchbruch erlebte. In den fünfzig Jahren seit Beginn des Siegeszugs der Rechtsgüterschutzlehre und der darauf aufbauenden Dogmatik hat sich aber nicht nur das gesellschaftliche Umfeld des Strafrechts erheblich verändert, sondern auch das Strafrecht selbst. Beide Tendenzen – die Fragmentierung der Gesellschaft und des Strafrechts – sollen im Folgenden beschrieben werden, da sie der Strafrechtswissenschaft Anlass geben, ihren Blick auf die Gesellschaft und ihre strafrechtstheoretischen Grundlagen zu revidieren.

---

<sup>12</sup> C. Schmitt, Politische Theologie, 9. Aufl. 2009, S. 50f.

<sup>13</sup> Vgl. Pawlik (Fn. 7), S. 236: „unreflektiertes Vertrauen auf eine Kongruenz zwischen Gesellschaft und geltendem Recht“.

<sup>14</sup> Vgl. zu diesem Blick auf die Gesellschaft Pawlik (Fn. 7), S. 217 f.

### III. Von der formierten zur fragmentierten Gesellschaft

Gesetzgebung werde, so Lepsius, „in Deutschland bisweilen mit romantischen Vorstellungen assoziiert.“ Danach sollen gute Gesetze „beständig, systematisch, neutral, sachgerecht und bestimmt“ sein.<sup>15</sup> Dazu passt die verbreitete Annahme, dass die Wissenschaft dem Gesetzgeber vorarbeiten müsse, dass sie ihm „große“ Konzeptionen vorzulegen habe, die nicht „auf subjektiv-beliebigen, legislatorisch irrelevanten Ansichten“ beruhen, sondern die „Ergebnisse der internationalen Reformdiskussion konkretisierend ausarbeiten“, wie Roxin um den Jahrtausendwechsel schrieb.<sup>16</sup> Kriminalpolitik wird demzufolge verstanden als die planvolle und in sich stimmige Gestaltung der strafrechtlichen Sozialkontrolle, die anerkannten kriminalpolitischen Grundsätzen folge.<sup>17</sup>

#### 1. Strafrecht in einer Gesellschaft der Individuen

Diese Art der Gesetzgebung prägte die Große Strafrechtsreform der 1960er und 1970er Jahre. Sie hatte nicht nur erhebliche Konsequenzen für die Ausgestaltung des StGB. Man kann diese kriminalpolitische Epoche auch als Sattelzeit bezeichnen, da sich zwischen zwei Gipfelpunkten einer gesellschaftlichen Entwicklung auch das Strafrecht und dessen Sinndeutung veränderten.<sup>18</sup> Auf der einen Seite steht der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 (E 62), der wie das Spätwerk einer formierten Gesellschaft erscheint.<sup>19</sup> Die formierte Gesellschaft soll – einer berühmten Rede Ludwig Erhards zufolge – vom Bewusstsein der schicksalhaften Verbundenheit aller mit allen getragen und daher gerade nicht von „sozialen Kämpfen und von kulturellen Konflikten zerrissen“ werden; stattdessen sollten sich die gesellschaftlichen Gruppen zu einer „großen Willenseinheit“ formieren.<sup>20</sup> Dementsprechend sah man Mitte der 1960er Jahre die Sozialpolitik als integrierenden Bestandteil einer „groß angelegten Infrastrukturpolitik“<sup>21</sup>. In diesem Programm der sozialen Infrastrukturpolitik sollte das Strafrecht Fälle ethisch verwerflichen Verhaltens sanktionieren,<sup>22</sup> Institutionen schützen, kurz: „sittenprägende und sittenerhaltende Wirkung“ entfal-

<sup>15</sup> Lepsius, JZ 2018, 295.

<sup>16</sup> Roxin, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 369, 387 f.

<sup>17</sup> Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 99 Rn. 11; dazu Putzke, FS Schwind, 2006, S. 111, 114.

<sup>18</sup> Zum Begriff „Sattelzeit“ Koselleck, Einleitung, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 1, 1972, S. XV.

<sup>19</sup> Dazu Kubiciel, in: Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Reform und Revolte, 2012, S. 217, 219 ff. S. auch bereits F. C. Schroeder, JZ 1970, 393, 394.

<sup>20</sup> So Ludwig Erhard, in: Hohmann (Hrsg.), Ludwig Erhard – Gedanken aus fünf Jahrzehnten, 1988, S. 915, 916 f. S. ferner R. Altmann, Abschied vom Staat, 1998, S. 61 ff. (Wiederaufdruck des 1965 verfassten Textes).

<sup>21</sup> Erhard (Fn. 20), S. 917.

<sup>22</sup> Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962, BT-Drs. 4/650, S. 376.

ten.<sup>23</sup> Dementsprechend hielt der Entwurf an der Kriminalisierung des Ehebruchs und der Homosexualität ebenso fest wie an einer weitgehenden Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs.

Als der Bundestag Ende der 1960er Jahre über die Strafrechtsreform zu entscheiden hatte, war die Zeit über derart „perfektionierte Ordnungsvorstellungen“<sup>24</sup> hinweggegangen.<sup>25</sup> Eine Gesellschaft, die sich durch weitgehende Homogenität politischer Interessen und soziokultureller Wertüberzeugungen sowie das Fehlen politischer Konflikte auszeichnet, galt nicht mehr als erstrebenswert, sondern als Hemmnis des gesellschaftlichen Fortschritts. Stellvertretend für viele begriff Ralf Dahrendorf kulturelle Konflikte nicht als politisch-gesellschaftlichen Problemfall, sondern sah in ihnen die Antriebskräfte sozialen Wandels und Manifestationen individueller Freiheit.<sup>26</sup> Disziplin, Gehorsam, Unterordnung und andere „Plicht- und Akzeptanzwerte“ traten in den Hintergrund, „Selbstentfaltungswerte“ wie Emanzipation und Selbstbestimmung in den Vordergrund.<sup>27</sup> Infolgedessen orientierten sich die Ende der 1960er und Anfang der 1970er Jahre entstandenen Alternativ-Entwürfe zum StGB am Bild eines selbstbestimmten Menschen, dessen Rechtsgüter geschützt werden sollten; Sittlichkeit und Institutionen galten hingegen nicht mehr oder allenfalls als nachrangig schutzwürdig.<sup>28</sup> Das ist konsequent: Für eine „Gesellschaft der Individuen“<sup>29</sup> bildet die Gewährleistung individueller Sicherheit bei gleichzeitig größtmöglichen Freiraum für individuelle Selbstentfaltung auch den Ideenhorizont der Strafgesetzgebung. Ist die Gesellschaft der Ort, an dem Individuen bei der Verfolgung eigener Zwecke interagieren, eint die Einzelnen der Wunsch nach größtmöglicher Freiheit zur Selbstentfaltung. Mehr Gemeinsamkeit als der Wunsch, von dieser Freiheit möglichst interferenzfrei Gebrauch machen zu können, verbindet die Individuen nicht. Strafe darf dann nur eine „Störung der äußeren Friedensordnung – deren gewährleistende Elemente als Rechtsgüter bezeichnet werden – (...) nach sich ziehen“.<sup>30</sup> Dementsprechend kann sich auch der Staat nicht mehr als „Bewahrer dichter, ethisch aufgeladener Orientierungsmuster“ verstehen, in denen sich die Gemeinschaft seiner Bürger wiederfinden soll.<sup>31</sup>

Ihren dogmatischen Ausdruck findet dieser Blick auf die Gesellschaft in der von Roxin systematisch ausgearbeiteten Rechtsgüterlehre. Dieser zufolge soll das Straf-

<sup>23</sup> Entwurf 1962 (Fn. 23), S. 348.

<sup>24</sup> Nolte, Die Ordnung der deutschen Gesellschaft, 2000, S. 386.

<sup>25</sup> Treffend Wolfrum, Die geglückte Demokratie, 2007, S. 219: „Dem Geist der Zeit, der unruhiger wurde, stand ein solcher Antipluralismus diametral entgegen.“

<sup>26</sup> Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1965, S. 173 f. Instruktiv dazu Wolfrum (Fn. 25), S. 241 ff. Biographisch Meifort, Ralf Dahrendorf, 2017, S. 118 ff.

<sup>27</sup> Treffend Wolfrum (Fn. 25), S. 254.

<sup>28</sup> Kubiciel (Fn. 19), S. 221 ff.; Greco, JZ 2016, 1125, 1126.

<sup>29</sup> Nolte (Fn. 24), S. 406.

<sup>30</sup> So Roxin, ZStW 81 (1969), 613, 622, der darüber hinaus darauf hinweist, dass Moral und Sittlichkeit keine Bedeutung für Sicherheit und Bestand der Gesellschaft hätten (624).

<sup>31</sup> Vgl. Nettesheim, Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 20.

recht Rechtsgüter schützen, die der freien Entfaltung des Einzelnen, der Verwirklichung seiner Grundrechte und dem Funktionieren eines daran orientierten Staates dienen.<sup>32</sup> Zu dieser kriminalpolitisch-straftheoretischen Aufgabenbeschreibung passt eine Verbrechenslehre, die auf das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt abhebt, sowie eine Zurechnungslehre, die maßgeblich auf die Erhöhung eines Risikos für ein Rechtsgut sowie dessen Realisierung in Gestalt einer Rechtsgutsverletzung abstellt. Dieser verbrechenstheoretische Ansatz überwindet zwar den auf den Täter und dessen Handlung fokussierten Finalismus.<sup>33</sup> Jedoch tauscht er nur *einen* einseitigen Blickwinkel gegen einen *anderen*, ebenso einseitigen, aus: An die Stelle der Täterperspektive tritt jene des (potenziellen) Opfers, d. h. eine Konzentration auf dessen Rechtsgüter, die vor Schädigungen bzw. einer rechtlich missbilligten Gefährdung bewahrt werden sollen. Insofern geht die Überwindung des Finalismus nicht mit einer „Wiederentdeckung von Gesellschaft und Politik“<sup>34</sup> einher.

Die Verfasser des Alternativ-Entwurfes betonten zwar die Mitverantwortung der Gesellschaft. Damit ist aber weder die gesellschaftliche Präformierung der Zurechnung noch der Einfluss gesellschaftlicher Moralvorstellungen auf Kriminalisierungssentscheidungen gemeint, sondern eine (unklare) „Mitschuld“ der Gesellschaft für das „Schicksal“ des Einzelnen, das diesen zum Straftäter gemacht habe.<sup>35</sup> Daher müsste der Staat Verantwortung für den Straftäter übernehmen, indem er ihm im Strafvollzug Hilfe zur Besserung anbietet. Indes verfolgen solche „Hilfsangebote“ keinen humanistisch-altruistischen Zweck, sondern sollen die Gesellschaft – diese verstanden als Ensemble von Rechtsgutsträgern – vor künftigen Gefährdungen schützen.

## 2. Das Strafrecht der Risikogesellschaft

Als Mitte der 1980er Jahre die gesellschaftliche Sensibilität für sogenannte „Großrisiken mit Katastrophenpotenzial“ wuchs, veränderte sich mit dem Sicherheitsbewusstsein der Bürger auch der Blick auf das Strafrecht. Zum einen erkannte man, dass eine Störung der äußeren Friedensordnung schon in der Schaffung (abstrakter) Gefahren gesehen werden muss, wenn man die Rechtsgüter der Einzelnen vor Handlungen schützen will, deren Risiken und Folgen sich nur schwer beherrschen bzw. kalkulieren lassen. Zum anderen zeigte sich, dass der Schutz vor Eingriffen in personale Rechtsgüter noch keine hinreichende Bedingung für eine freie Entfaltung des Einzelnen darstellt. Dieser benötigt neben einem Bestand an personalen Gütern auch eine intakte natürliche, gesellschaftliche und staatliche Umwelt, d. h. neben natürlichen Ressourcen auch Institutionen wie den Wettbewerbsmarkt als Ort des Austausches von Waren und Dienstleistungen oder ein funktionierendes Kre-

<sup>32</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 7.

<sup>33</sup> Roxin, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 237 ff.

<sup>34</sup> Pawlik (Fn. 7), S. 240.

<sup>35</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden Roxin, ZStW 81 (1969), 613, 647 f.

dit- und Versicherungswesen und dergleichen mehr. Infolgedessen überführte der Gesetzgeber vorhandene Straftatbestände zum Schutz der Umwelt in das StGB und schuf neue. Zudem führte er Straftatbestände ein, die Verhaltensweisen im Vorfeld von Betrug oder Untreue kriminalisieren, um Gefahren für den Bestand des Kredit- oder Versicherungswesens und anderer Institutionen entgegenzutreten.<sup>36</sup> Prittitz fassste diese gesellschaftlichen und kriminalpolitischen Tendenzen unter dem Stichwort „Strafrecht der Risikogesellschaft“ zusammen.<sup>37</sup> Dieses schütze „mehr und andere Rechtsgüter und das früher, also schon im Vorfeld einer Verletzung.“<sup>38</sup> Damit versuche der Gesetzgeber, sowohl werterhaltend als auch wertprogressiv zu wirken. Zum einen stabilisiere er gesellschaftliche Erwartungen,<sup>39</sup> zum anderen versuche er mit einem wertprogressiven Recht, den Ursachen der sozialen Verunsicherung zu begegnen<sup>40</sup> und im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsrechts sittenbildend zu wirken.<sup>41</sup> Diese auf positive Generalprävention zielenden Tatbestände seien der „Antwortversuch“ des Gesetzgebers auf die Verunsicherungen der Risikogesellschaft, lautet Prittitz’ vielfach geteilte These.

### 3. Funktional differenzierte und fragmentierte Gesellschaft

So unterschiedlich die eben skizzierten kriminalpolitischen Konzeptionen und die ihnen zugrunde liegenden Gesellschaftsmodelle auch sind; sie gehen alle von einem konzeptionell einheitlichen Orientierungspunkt aus: der ideologisch und politisch homogenen Gesellschaft, dem vornehmlich an individueller Autonomie interessierten Einzelnen bzw. der nach Sicherheit verlangenden Gesellschaft. Derart konzentrierte, um nicht zu sagen: reduzierte Gesellschaftsmodelle haben den Vorteil, dass sie die Gegenstandsbereiche der Kriminalpolitik vergleichsweise klar hervortreten lassen. Eine formierte Gesellschaft muss Angriffen auf ihre Sitten und Institutionen begegnen, ein am Einzelnen maßnehmendes Strafrecht personale Rechtsgüter schützen und das Strafrecht der Risikogesellschaft Sicherheit vermitteln. Auf dieser Grundlage kann die Wissenschaft dem Gesetzgeber vergleichsweise klare Vorgaben machen und verfügt über konturenscharfe Prüfsteine, die sie an die Arbeit des Gesetzgebers anlegen kann.

Indes weisen all diese Konzeptionen blinde Flecken auf. Sie sind eng geführt und können jene Teile der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht erfassen, die neben ihren Orientierungsmustern liegen. Bis zu einem gewissen Grad ist dies zwar die Folge jedes systematischen Argumentierens. Je größer aber der nicht erfasste Teil der ge-

<sup>36</sup> Zu deren Legitimation *Kubiciel*, in: Jahn et al. (Hrsg.), *Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen*, 2015, S. 158 ff.

<sup>37</sup> Prittitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 56 ff., 160 ff. (Zitat auf S. 61).

<sup>38</sup> Prittitz (Fn. 37), S. 245.

<sup>39</sup> Prittitz (Fn. 37), S. 234.

<sup>40</sup> Prittitz (Fn. 37), S. 265.

<sup>41</sup> Prittitz (Fn. 37), S. 263.

sellschaftlichen Wirklichkeit ist, desto mehr schwindet die Überzeugungskraft kriminalpolitischer Positionen und der ihnen zugrundeliegenden Maximen. Das zeigt sich exemplarisch im Lehrbuch Roxins. Dieses verweist auf nicht weniger als neun Straftatbestände bzw. Tatbestandstypen, die sich nicht mit dem konzeptionellen Ausgangspunkt des Lehrbuchs – dem an der Freiheit des Einzelnen maßnehmenden Rechtsgutsdogma – vereinbaren lassen und von denen Roxin sodann einige (Tierquälerei) als zulässig anerkennt, während er andere (etwa das Verbot, den Holocaust zu leugnen) ablehnt.<sup>42</sup> Inzwischen stellt sich bei ganzen Deliktsfeldern die Frage, ob diese einen gemeinsamen materiellen Unrechtskern aufweisen und ob die auf den Rechtsgutsbegriff bezogene, an einfach gelagerten Erfolgsdelikten entwickelte und um die Erfolgszurechnung kreisende Dogmatik jene Auslegungsfragen bewältigen kann, die Tatbestände des Wirtschafts-, Medizin- und Nebenstrafrechts aufwerfen. Das Strafrecht hat offenbar eine Komplexität erreicht, die tradierte kriminalpolitische Begriffe und Kernbestandteile der gängigen Dogmatik nicht mehr oder kaum noch bewältigen können.

Die Komplexitätssteigerung des Strafrechts hat ihre Hauptursache in gesellschaftlichen Veränderungen, die sich in den letzten Jahren beschleunigt haben. Dazu zählt zunächst die rasche Veränderung von Lebens- und Wirtschaftsbereichen wie beispielsweise die Ökonomisierung des Gesundheitsmarktes und des Sports oder die Digitalisierung des Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Meinungsmarktes. Schutz und rechtliche Steuerung dieser veränderten Lebens- und Wirtschaftsbereiche übernehmen Rechtsnormen, die besonderen Bereichslogiken folgen und deren Auslegung daher nur noch lose mit den im Kern(straf)recht entwickelten Theorienangeboten verbunden ist.<sup>43</sup> Zudem ist aus einer individualisierten Gesellschaft eine fragmentierte geworden. Denn der oben beschriebene Zugewinn an Freiheit auf der Seite des Einzelnen hat dazu geführt, dass die Möglichkeit des Staates abnimmt, die einzelnen Formen der Selbstentfaltung und die ihnen zugrundeliegenden Maximen miteinander zu „versöhnen“.<sup>44</sup> An die Stelle dessen, was Hegel als Einheit von subjektivem und objektivem Willen verstanden und als Sittlichkeit bezeichnet hat, ist in der heutigen Gesellschaft eine Vielzahl von „Lebensstilen“ getreten.<sup>45</sup> Indes gerät eine Gesellschaft, die sich auf das Besondere konzentriert, in eine Krise des Allgemeinen.<sup>46</sup> Verschärft wird diese Krise dadurch, dass sich neue Formen des Sozialen in unserer

<sup>42</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 43 ff. Siehe dazu *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 74 f.

<sup>43</sup> Vgl. *Paulus*, ZaöRV 67 (2007), 695, 707, der meint, dass jedes neue Teilsystem sein Recht neu erfinden müsse und nicht ohne weiteres auf die Lösungspotenziale und Theorieangebote anderer Teilsysteme zurückgreifen könne.

<sup>44</sup> Dazu *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2011, S. 332, 338.

<sup>45</sup> *Nolte*, Die Ordnung der Gesellschaft, S. 406; *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2017, S. 9, 433. S. auch *Vesting*, AöR 122 (1997), 337, 352: „Buntes Patchwork unterschiedlichster Lebensformen“ jenseits von Stand, Klasse und Schicht.

<sup>46</sup> *Reckwitz* (Fn. 45), S. 434. Vgl. auch *Di Fabio*, Schwankender Westen, 2015, S. 58, der meint, moderne Gesellschaften seien kaum mehr in der Lage, das „Ganze“ zu sehen.

Gesellschaft etabliert haben, die den Einzelnen besondere nationale, religiöse, ideologische oder kulturelle Identifikationsangebote unterbreiten.<sup>47</sup> Nicht wenige dieser Gruppen zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich auf Grundlage einer Ideologie, politischer Überzeugungen, partikularer Interessen oder schlicht eines Lebensstils nach außen abschließen.<sup>48</sup> Die diskursive Ausmittlung eines Kompromisses zwischen solchen Gruppen bzw. zwischen diesen und anderen Teilen der Gesellschaft ist dann nur noch schwer möglich. Dies trifft, nicht nur, aber vor allem auf sog. „Ad-hoc-Öffentlichkeiten“<sup>49</sup> zu, die sich themenspezifisch innerhalb und außerhalb von sozialen Netzwerken bilden.

Diese Gruppen wirken auf die Politik nicht nur als „Dynamisierungsfaktor“<sup>50</sup>, da sie schnell, laut und medienwirksam Druck auf politische Entscheidungsträger ausüben können. Die Fragmentierung verändert auch ganz grundsätzlich die Bedingungen, unter denen Politik operiert und der Gesetzgeber Lösungen erarbeitet.

## IV. Kriminalpolitik in einer fragmentierten Gesellschaft

### 1. Nebeneinander von systematischer und situativer Gesetzgebung

Mit Blick auf die Kriminalpolitik stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber weiterhin der Erwartung gerecht werden kann, dass seine Gesetze in Form und Inhalt rational und vernünftig sind.<sup>51</sup> Verschwunden ist die rationale, systematisch-konzeptionelle und wissenschaftlich beratene Strafgesetzgebung jedenfalls noch nicht.<sup>52</sup> Als Beispiele können die Reform des Korruptionsstrafrechts sowie die Neuordnung des Rechts der Vermögenabschöpfung gelten, denen man – bei aller Kritik an einzelnen Aspekten – zugestehen muss, dass sie im Wege intensiver Beratungen mit Vertretern von Wissenschaft und Praxis versuchen, praktische Ziele mit den Vorgaben des internationalen und europäischen Rechts zu verbinden. Für die laufende Legislaturperiode hat sich die Große Koalition ausdrücklich einer rationalen und evidenzbasierten Kriminalpolitik verschrieben.<sup>53</sup> Die Reform des Unternehmensanktionenrechts

---

<sup>47</sup> Kersten, Schwarmdemokratie, 2017, S. 129; Reckwitz (Fn. 45), S. 10, 394 f.

<sup>48</sup> Di Fabio (Fn. 46), S. 22 f.

<sup>49</sup> Ingold, Der Staat 56 (2017), 491, 524.

<sup>50</sup> Kersten (Fn. 47), S. 28 f.

<sup>51</sup> An dieser Forderung festhaltend Di Fabio (Fn. 46), S. 170. Siehe hingegen Fischer-Lescano/Teubner, in: Albter/Stichweh (Hrsg.), Weltstaat und Weltstaatlichkeit, 2007, S. 37, 60 f., die eine Rechtsfragmentierung als notwendige Folge einer Fragmentierung der Gesellschaft erachten.

<sup>52</sup> Zur Kritik an der Kriminalpolitik der letzten großen Koalition Kubiciel, JZ 2018, 171 ff.

<sup>53</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Rz. 6289–6298.

scheint ein Beispiel für eine systematische Gesetzgebung klassischen Stils zu werden.

Häufiger anzutreffen ist jedoch eine unsystematisch-sprunghafte Rechtspolitik, die – nicht selten aus Anlass aktueller Fälle – zu kleinräumigen Änderungen des Strafrechts führt.<sup>54</sup> So wurde in Folge der „Böhmermann“-Affäre der Tatbestand „Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten“ kurzerhand gestrichen, obgleich sich für ihn außerhalb eines satirischen Kontextes berechtigte Anwendungsfälle finden ließen und der artverwandte Tatbestand der Verunglimpfung des Bundespräsidenten erhalten blieb.<sup>55</sup> Gegenteilige Folgen hatte die sog. Kölner Silvesternacht 2015/2016, war sie doch ausschlaggebend dafür, dass die ohnehin geplante Reform des Sexualstrafrechts in kürzester Zeit abgeschlossen wurde, noch bevor die zur Vorbereitung der Reform eingesetzte Expertenkommission ihre Ergebnisse vorlegen konnte. Die Gesetzgebung im Schnellverfahren bescherte dem Strafgesetzbuch unter anderem den Tatbestand der „Straftaten aus Gruppen“ (§ 181j StGB), dessen Wortlaut und Unrechtsgehalt – vorsichtig formuliert – schillern. Aktuelle Beispiele für eine am Einzelfall orientierte Rechtspolitik sind die Forderungen, den Diebstahl von in Abfallbehältern entsorgten, aber noch nicht dereliquirten Lebensmitteln (sog. Containern) zu entkriminalisieren<sup>56</sup> bzw. das sog. Upskirting mittels eines weiteren Spezialtatbestandes (§ 184k StGB, Bildaufnahme des Intimbereichs) unter Strafe zu stellen,<sup>57</sup> anstatt die Lösung in einer umfassenden Reform der Tatbestände des 15. Abschnitts des StGB zu suchen.

Ein wesentlicher Grund für diese Tendenz zur Einzelfallgesetzgebung dürfte sein, dass sich für kleinräumige Lösungen mehr Aufmerksamkeit bei potenziellen Wählern generieren und auch leichter parlamentarische Mehrheiten organisieren lassen als für größere (und damit auch rechtstechnisch kompliziertere) Reformvorhaben.<sup>58</sup> So kommt es, dass die Legalordnung des Strafrechts zunehmend zerfasert, weil Tatbestände wie § 103 StGB aus dem StGB herausgebrochen oder neue einzelfallbezogene bzw. sektorspezifische Tatbestände wie die §§ 263c, 263d, 299a, 299b, 315d StGB hinzugefügt werden. Dennoch lassen sich für die Tendenz zur Kurzatmigkeit und Kleinräumigkeit in der Strafrechtspolitik nicht (allein) der Gesetzgeber bzw. die politischen Parteien verantwortlich machen.<sup>59</sup> Vielmehr spiegelt sich in der Zerfassung des Strafrechts auch der Zustand der fragmentierten Gesellschaft. In einer sol-

<sup>54</sup> Kritisch dazu schon *Kubiciel*, ZStW 131 (2019) Heft 4; *Putzke*, FS Schwind, S. 111, 117.

<sup>55</sup> Treffend *Scheerer*, KJ 2019, 131: „zufallsgenerierte“ Entkriminalisierung.

<sup>56</sup> Hierbei ist jedoch im Unklaren geblieben, wie das geschehen sollte. Der Hamburger Justizsenator *Till Steffen* deutete an, entweder den „Eigentumsbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch oder die Straftatbestände“ mit Blick auf dieses Phänomen ändern zu wollen. Für eine kritische Analyse s. *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1.

<sup>57</sup> BR-Drs. 443/19; dazu *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 ff.

<sup>58</sup> Kritisch zum „Medien- und Twitterpopulismus der Berufspolitiker“ *Walter*, JZ 2019, 649, 651.

<sup>59</sup> Zutreffend *Silva-Sanchez*, Die Expansion des Strafrechts, 2003, S. 3, 10, 13.

chen Gesellschaft ist es umso schwerer, einen Interessenausgleich und Kompromiss auszuhandeln, je kleiner der normative Kern ist, um den sich die Gesellschaft versammeln kann.<sup>60</sup> Dementsprechend kompromisslos sind die an den Gesetzgeber gerichteten Forderungen, dementsprechend konfrontativ stehen sich zunehmend die Parteien bzw. Flügel der Parteien gegenüber. Auf die Öffentlichkeit erregende Fälle oder Gerichtsentscheidungen kann die Politik fast gar nicht mehr mit einer planvollen und in sich stimmigen Gesetzgebung reagieren. Ad-hoc-Gesetze mit kleinräumigen Lösungen sind die Folge.

## 2. Strafrechtspolitik zur Stabilisierung von Institutionen

Manche dieser Tatbestände lassen ein weiteres Element der Kriminalpolitik einer fragmentierten Gesellschaft aufscheinen: die wachsende Bedeutung des Schutzes von Institutionen. So sichert der Strafgesetzgeber mit den Vorschriften gegen Doping, Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe eine der wenigen Institutionen, die sich einer großen gesamtgesellschaftlichen Anerkennung erfreut und daher eine gesellschaftsintegrierende Aufgabe hat: den organisierten Sport. Der Gesetzgeber versucht also – zumindest symbolisch und unter Inkaufnahme von Widersprüchen<sup>61</sup> – eine der letzten weithin anerkannten Institutionen zu schützen, die für die Integration der Gesellschaft und die Vermittlung von Werten von besonderer Bedeutung ist. Mit der Schaffung der Tatbestände gegen tätliche Angriffe auf Vollstreckungsbeamte und vergleichbare Personengruppen reagiert der Gesetzgeber nicht nur auf eine gestiegene Gewaltbereitschaft. Man kann darin auch einen Impuls sehen, der sich gegen jene anti-institutionellen Affekte richtet, die eine fragmentierte Gesellschaft kennzeichnen. Da der Staat die Anerkennung von tradierten Institutionen immer weniger als selbstverständlich voraussetzen kann, ist der Schutz der Angehörigen dieser Institution nicht nur faktisch wichtig, sondern verdeutlicht in symbolisch-rechtskommunikativer Weise den Wert solcher Institutionen, vor allem gegenüber den Angehörigen dieser Institutionen selbst. Das Strafrecht ist folglich ein Mittel, das – über seine generellen generalpräventiven Funktionen hinaus – Institutionen die notwendige gesellschaftliche Anerkennung nach außen *und* innen vermitteln soll.<sup>62</sup>

## 3. Strafrechtspolitik und Sittlichkeit

Ein weiteres Kennzeichen der Kriminalpolitik der fragmentierten Gesellschaft ist die Tendenz zur Stabilisierung tradiert oder neu entstandener Sittlichkeitsvorstel-

<sup>60</sup> Vgl. *Di Fabio* (Fn. 46), S. 49.

<sup>61</sup> Zu Widersprüchen durch die Kriminalisierung des Dopings *Merkel*, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), Korruption im Sport, 2018, S. 109 ff.

<sup>62</sup> *Gärditz*, FS Fischer, 2018, S. 963, 976; *Scheerer*, KJ 2019, 131, 133: Strafgesetzgebung mit „Überhang“ an symbolisch-expressiver Bedeutung.

lungen. In dieser „Remoralisierung“ der Kriminalpolitik wird der Versuch gesehen, unter den Bedingungen einer pluralistischen Gesellschaft Konformität zu fördern<sup>63</sup> und die schwindende integrative Kraft der Sozialmoral funktional durch Normen des Strafrechts zu ersetzen.<sup>64</sup> Plausibler scheint indes die Annahme, dass die Kriminalisierung „bloß anstößigen“ Verhaltens keine Reaktion auf die *Erosion* der Sozialmoral ist, sondern im Gegenteil die *gestiegene Bedeutung* von Werten und Moralvorstellungen in einer re-politisieren und re-ideologisierten Gesellschaft ist, deren Mitglieder sich ihrer (kulturellen, religiösen, ethnischen) Identitäten wieder stärker bewusst sind. Das Strafrecht soll hier also nicht – in der Art eines „Kulturhebels“<sup>65</sup> – die abschüssige gesellschaftliche Entwicklung ausgleichen, sondern verdeutlicht vielmehr die gestiegene Bedeutung der Sozialmoral. Dementsprechend lässt sich auch die Ausweitung des Wirtschafts- und Korruptionsstrafrechts nicht (nur) als Antwort auf einen angeblich fortschreitenden Sittenverfall im Wirtschaftsleben deuten. In ihr spiegeln sich (auch) die gewachsenen wirtschaftsethischen Anforderungen an Manager und Unternehmen, die nicht nur als rationale Nutzenmaximierer agieren sollen, sondern auch als good (corporate) citizen.<sup>66</sup> Zu dieser Moralisierung des Wirtschaftsstrafrechts passt es, dass die Kriminalisierung transnationaler Korruption (§ 335a StGB) mit dem Ziel gerechtfertigt wird, unsere (westlichen) Vorstellungen von good governance in den Ländern des Globalen Südens durchzusetzen.<sup>67</sup> Da dies weder faktisch möglich ist noch zu dem begrenzten Geltungsbereich des deutschen Strafrechts passt, ist dieser Schritt des Gesetzgebers vor allem als eine *auf das Inland* zielende symbolische Affirmation von Normen und Werten zu deuten.<sup>68</sup>

Die Bedeutung von Wirtschaftsethik, Sexual- und Sozialmoral für die Kriminalpolitik wird mit dem Veränderungsdruck, der auf die Gesellschaft einwirkt, weiter zunehmen. Globalisierung, Migration, steigender Wettbewerbsdruck und andere Entwicklungen werden von vielen als Bedrohung erlebt. Auf ein solches Gefühl der Bedrohung reagiert eine Gesellschaft typischerweise damit, dass sie sich enger zusammenschließt und sich gleichsam um geteilte Werte und Normen versammelt.<sup>69</sup> Gerade in einer fragmentierten Gesellschaft wächst damit der von Gruppen auf den Gesetzgeber ausgeübte Druck, die Bedeutung der ihnen wichtigen Werte und Normen symbolisch und faktisch anzuerkennen. Das der Normstabilisierung dienende Strafrecht eignet sich dazu in besonderer Weise. Von vornherein unzulässig

---

<sup>63</sup> Weigend, FS Frisch, 2013, S. 25.

<sup>64</sup> Kindhäuser ZStW 129 (2017), 382, 385; Zabel ZRP 2016, 202, 204.

<sup>65</sup> von Liszt ZStW 38 (1917), 1, 3; s. dazu Kubiciel JZ 2015, 64, 68.

<sup>66</sup> Vgl. dazu Kubiciel ZStW 129 (2017), 473, 491.

<sup>67</sup> Maas, NStZ 2015, 305, 307; in diese Richtung auch Pieth, FS Fuchs, 2014, S. 367, 375; Hoven, Auslandsbestechung, 2018, S. 532.

<sup>68</sup> Kubiciel, in: Hoven/ders. (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 45 ff.

<sup>69</sup> Durkheim, Über die Teilung der sozialen Arbeit, 1977, S. 144 f.; vgl. ferner Canetti, Masse und Macht, S. 23 ff.

ist der (straf-)rechtliche Schutz ethisch imprägnierter Normen jedenfalls nicht.<sup>70</sup> Auch in einem liberalen Staat müssen Rechtsnormen nicht ethisch neutral sein.<sup>71</sup> Sie können auch Konzeptionen des Guten schützen, die eine Mehrheit der Gesellschaft für schützenswert erachtet und die daher einen Beitrag zur Integration der Gesellschaft leisten.<sup>72</sup> In einer fragmentierten Gesellschaft werden sich einzelne Konzeptionen des Guten und die sie schützenden Tatbestände aber nur noch schwer auf einen einheitlichen Begriff bringen lassen.

## V. Strafrechtstheorie einer fragmentierten Gesellschaft

Wagt man einen Ausblick auf die kommenden Jahre, dürfte sich die Kriminalpolitik durch ein Nebeneinander von systematisch angeleiteter und einzelfallorientierter Gesetzgebung auszeichnen. Straftatbestände werden auch weiterhin subjektive Rechte garantieren, zunehmend aber auch gesellschaftliche Institutionen und ethisch-kulturell imprägnierte Konzeptionen des Guten stabilisieren. Verstärken wird sich auch die Aufgliederung des Strafrechts in Teildisziplinen (Staatsschutz-, Wirtschafts-, Medizin-, Unternehmensstrafrecht), in denen sich eine eigene Dogmatik entwickelt, die mit der tradierten Dogmatik des Allgemeinen Teils nicht mehr deckungsgleich ist. All dies führt zu einer Fragmentierung und De-Systematisierung des Strafrechts. Vorbei scheinen die Zeiten großer Systementwürfe und Meistererzählungen von „dem“ Strafrecht.

Die Wissenschaft wird lernen müssen, mit Fragmenten zu arbeiten. Dabei dürfte auch dem Satz Merkels größere Bedeutung zukommen, dem zufolge die symbolische Wiederherstellung der verletzten Normgeltung Aufgabe und Bedeutung des Strafrechts ist.<sup>73</sup> Dieser Satz eint Vertreter moderner Vergeltungstheorien<sup>74</sup> und Anhänger einer normorientierten-expressiven Variante der positiven Generalprävention.<sup>75</sup> Da er die Straflegitimation von materiell-inhaltlichen Vorgaben (Rechtsgüterschutz) löst und an den jeweiligen Bestand an Rechtsnormen knüpft,<sup>76</sup> weist er eine besondere Nähe zur demokratischen Gesetzgebung auf.<sup>77</sup> Offen für Norminhalte jedweder

---

<sup>70</sup> *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 28 ff.; *Nettesheim* (Fn. 31), S. 64, 87 ff.; *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 35, 36 f.; *Pawlik*, Festschrift für Urs Kindhäuser, 2019, S. 351, 362 f. Zurückhaltender *Hörnle*, in: Dreier/Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, S. 315 ff. A. A. *Scheerer*, KJ 2019, 131, 140.

<sup>71</sup> *Nettesheim* (Fn. 31), S. 87 ff.

<sup>72</sup> *Nettesheim* (Fn. 31), S. 64.

<sup>73</sup> *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. 2014, S. 126. Im Anschluss an *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 26 ff.

<sup>74</sup> *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 51 ff.

<sup>75</sup> Zur letztgenannten Theorie *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 32 ff.

<sup>76</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, Rn. 18; *Wohlers*, GA 2019, 425, 440.

<sup>77</sup> *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331, 357.

Art sind die positive Generalprävention und moderne Vergeltungstheorien dennoch nicht. Denn im Unterschied zur negativen Generalprävention adressieren sie nicht potentiell tatgeneigte Personen und versuchen auch nicht, deren Verhalten mit der „hydraulischen Wirkung“ der Strafandrohung zu lenken. Sie sehen die Aufgabe der Strafe vielmehr darin, das Recht sowie das Vertrauen rechtstreuer Personen in die Geltung der Normen zu bestätigen. Da der Staat zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse qua Befehl und Gehorsam nur begrenzt legitimiert und befähigt ist,<sup>78</sup> können in der Regel nur solche Normen strafrechtlich garantiert werden, die in einer konkreten Gesellschaft tatsächlich Orientierung bieten, weil sie *sozial* wirksam sind.<sup>79</sup> Letzteres setzt voraus, dass die an die Allgemeinheit der Bürger gerichteten Normen sich nicht zu weit vom Inhalt gesellschaftlich wirksamer, außerstrafrechtlicher Orientierungsnormen und den hinter diesen stehenden Wertüberzeugungen entfernen. Nur wenn dem so ist, lässt sich die Strafe auch als ein kommunikativer Akt deuten, der den Adressaten nicht etwas Fremdes aufzwingt, sondern der auf die Verletzung des Rechts mit einer symbolischen Wiederherstellung des Rechts dieser Gesellschaft antwortet. In einer fragmentierten Gesellschaft muss der Gesetzgeber daher besonders gründlich prüfen, ob die Werte und Normen, die er strafrechtlich schützen will, noch eine hinreichende soziale Verankerung haben. Ist dies nicht (mehr) der Fall, sollte er von ihrer strafrechtlichen Erzwingung absehen. Umgekehrt kann er aber auch gestiegene Wertsensibilitäten und neue soziale Normen in bestehende oder neu geschaffene Straftatbestände integrieren.

Für die Strafrechtswissenschaft bedeutet das zweierlei. Wenn der Bezugspunkt einer für diese Gesellschaft aussagekräftigen Straftheorie nicht mehr ein materielles Unrecht (Rechtsgutsverletzung) ist, sondern der Widerspruch zu einer Norm, muss wieder jener Aspekt in den Vordergrund der Dogmatik rücken, den die Strafrechtswissenschaft über Jahrzehnte in die Hinterzimmer der Verbrechenslehre verbannt hat: die Verletzung einer Norm bzw. die Pflichtwidrigkeit. Wichtiger als die Lehre von der objektiven Erfolgszurechnung werden dann die Kategorien der Zuständigkeitsbegründung, d. h. die Voraussetzungen, unter denen eine Person strafrechtlich überhaupt in die Pflicht genommen werden kann.<sup>80</sup> Soweit die Strafrechtswissenschaft kriminalpolitisch arbeitet, muss sie versuchen, der Gesellschaft ihre Normen abzulauschen – auch mit den Methoden empirischer Sozialforschung.<sup>81</sup> Anstatt den Gesetzgeber auf naturrechtliche Gerechtigkeitskonzeptionen zu verpflichten, sollte sie Gesetzgebungsvorschläge auf die Vereinbarkeit mit den vorherrschenden sozialen Wertüberzeugungen überprüfen. Eine solche Prüfung könnte beispielsweise zeigen, dass der Schutz des institutionalisierten Sports gegen Doping und Korruption

<sup>78</sup> Treffend Scheerer, KJ 2019, 131, 143.

<sup>79</sup> Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331, 358; Kubiciel, ZStW 120 (2008), 429, 442 f.

<sup>80</sup> Grundlegende systematische Ausarbeitung dieser Verbrechenslehre von Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012.

<sup>81</sup> Vgl. auch die Forderung nach einer stärkeren Einbeziehung der Gerechtigkeitsvorstellungen der Gesellschaft bei Walter, JZ 2019, 649, 654 (indes im Theorierahmen einer soziologischen Vergeltungstheorie).

gesellschaftlich akzeptiert wird,<sup>82</sup> während das ausnahmslose Verbot der geschäftsmäßigen Suizidförderung dem differenzierten Blick der Mehrheit auf die Sterbehilfe zuwiderläuft.<sup>83</sup>

In dem Maße aber, in dem die Gesellschaft in Fragmente zerfällt und gemeinsame Wertüberzeugungen schwinden, wird es der Strafrechtswissenschaft schwerfallen, den Strafgesetzgeber mit eindeutigen Befunden zu versorgen bzw. zu konfrontieren. In diesen Situationen kann sie sich nicht den Forderungen einzelner Gruppen anschließen, ohne vom Bezugsrahmen der Wissenschaft in den der Politik zu wechseln. Als Wissenschaft muss sie entweder die Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers abwarten oder nach Kompromisslinien suchen. Die Minimalaufgabe einer Strafrechtswissenschaft besteht jedenfalls darin, vor scheinbar einfachen und glatten Lösungen zu warnen. Ein simples und systematisch-stringentes Strafrecht kann es in einer komplexen Gesellschaft nicht geben.

---

<sup>82</sup> Vgl. die repräsentative Umfrage von YouGov zum Doping vom 31.1.2017, abrufbar unter: <https://yougov.de/news/2017/01/31/doping-legalisieren-deutsche-sind-entschieden-gegen/>.

<sup>83</sup> Vgl. etwa *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 19 ff. – Zudem widerspricht das ausnahmslose Verbot der geschäftsmäßigen Suizidförderung den vom Recht anerkannten Fällen, in denen straffrei täterschaftliche Sterbehilfe geleistet werden kann, vgl. dazu *Kubiciel*, NJW 2019, 3033, 3035 f.