



Hans Joachim Hirsch

*Professor emeritus
Kriminalwissenschaftliches Institut,
Universität zu Köln*

Aktuelle Probleme rechtsstaatlicher Strafgesetzgebung

Die erfolgte estnische Strafrechtsreform ist Anlaß dieser Tagung. Ich möchte zu dem neuen Strafgesetzbuch aufrichtig gratulieren. Es ist eine wirklich bemerkenswerte Leistung, wenn sich ein Staat von der Größe Estlands aus eigener Kraft ein neues, eigenständiges Strafgesetzbuch erarbeitet. Kodifikationen des Strafrechts sind Wegmarken in der Entwicklung der Völker. Ich nenne nur die Carolina und den Code Napoleon. Das neue estnische Strafgesetzbuch markiert die Wende von einem kollektivistisch, repressiven Strafrecht zu einem das Individuum respektierenden humanen Strafrecht. Gleichzeitig ist es ein Symbol der wiedererlangten staatlichen Selbständigkeit.

1. Der Rechtsstaatsgedanke als Ausgangspunkt

Nach heutigem Verfassungsverständnis bedeutet Rechtsstaat allgemein die Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.¹ Der Rechtsstaatsgedanke ist nicht nur im Verfassungsrecht verankert, sondern findet auch in Vorschriften der Strafgesetzbücher unter Teilaspekten besondere Erwähnung. So wird das Gesetzlichkeitsprinzip regelmäßig ausdrücklich hervorgehoben. Andere rechtsstaatliche Grundprinzipien wie der Tatgrundsatz und das Koinzidenzprinzip werden im Zusammenhang mit diese betreffenden Regelungen genannt. Einige Strafgesetzbücher erwähnen auch ausdrücklich den Schuldgrundsatz.

Betrachtet man in grundsätzlich rechtsstaatlichen Rechtsordnungen die Einhaltung der rechtsstaatlichen Erfordernisse bei den strafrechtlichen Einzelvorschriften, so fällt einem auf, daß die heutigen Gesetzgeber Schwierigkeiten haben, sie strikt zu wahren. Neue Erscheinungsformen und veränderte Bewertungen sozial abweichenden Verhaltens, vor allem aber die starke Zunahme der Kriminalität und das gestörte Sicherheitsgefühl der Gesellschaft veranlassen die Gesetzgeber dazu, fortwährend strafrechtlich tätig zu werden. Und die rechtsstaatlichen strafrechtlichen Grundprinzipien werden dabei leicht zum Problem. Der Schwerpunkt meiner Betrachtungen wird bei der neueren deutschen Strafgesetzgebung liegen.

¹ Näher zum Rechtsstaatsbegriff siehe Hirsch. Strafrechtliche Probleme. 1999, S. 115 ff.

2. Die wesentlichsten Problembereiche

2.1. Neue Tatbestände

Ein weltweites Phänomen ist gegenwärtig die **Schaffung immer neuer Straftatbestände**. Es geht dabei um drei sich teilweise überschneidende Erscheinungsformen²: Die einen betreffen Fälle in Bereichen, die durch den technischen und wissenschaftlichen Fortschritt neu entstanden sind, wie der Computertechnik, der Atomtechnik und der Gentechnologie. Eine zweite Gruppe hat Handlungsweisen zum Gegenstand, die zum Teil schon bisher im Ordnungswidrigkeitenrecht oder Nebenstrafrecht mit punitiven Sanktionen bedroht waren, aber durch einen Bewertungswandel stärker ins Blickfeld traten und mit der Aufnahme ins Strafgesetzbuch eine Aufwertung und Verschärfung sowie eine Ausdehnung, namentlich ins Vorfeld, erfahren haben. Hierher gehören vor allem das Umweltstrafrecht und das Wirtschaftsstrafrecht. Bei der dritten Gruppe schließlich geht es um Bereiche, in denen ein bereits strafbares Verhalten stark angestiegen ist und dieses **tatsächliche** Anwachsen der Delinquenz und ihrer Erscheinungsformen zu Vorverlegungen und Verschärfungen der Strafbarkeit Anlaß gegeben hat. Zu nennen sind die Drogenkriminalität und allgemein die Organisierte Kriminalität.

Die ständige Zunahme neuer Strafbestimmungen, zumal solcher, die Handlungen im Vorfeld von Schädigungen betreffen, hat in Deutschland und anderen Staaten eine Grundsatzdebatte darüber ausgelöst, ob die Strafgesetzgebung noch auf dem richtigen Wege ist. Man hat in bezug auf die heutige Situation bereits vom „unmöglichen Zustand“ des Strafrechts gesprochen.³ Gegenüber der gegenwärtigen Entwicklung wird insbesondere eingewandt, daß sie den Rechtsgutsbegriff auflöse, eine dem Wesen des Strafrechts widersprechende Ausbreitung bloßer abstrakter Gefährlichkeitsdelikte im Strafrecht mit sich brächten und sich über den Subsidiaritätsgedanken hinwegsetzten.⁴

Was den Rechtsgutsbegriff betrifft, geht es darum, daß immer neue ideelle Rechtsgüter genannt werden, die durch vorverlegte Straftaten verletzt sein sollen. So wird bei der Strafbestimmung des Subventionsbetrugs, die weder das Gelingen einer Irrtumserregung noch den Eintritt eines Vermögensschadens verlangt, in der Störung der Institution des staatlichen Subventionswesens eine Rechtsguts**verletzung** gesehen.⁵ Auf solche Weise werden Delikte, die bloße abstrakte Gefährlichkeitsdelikte – hier in bezug auf das Vermögen – sind, zu angeblichen Verletzungsdelikten aufgewertet und damit die Vorverlagerung der Strafbarkeit kaschiert.⁶

Erkennt man aber, daß es sich in Wahrheit um bloße abstrakte Gefährlichkeitsdelikte handelt, erhebt sich die Frage, ob sie ins Kriminalstrafrecht gehören. Im deutschen Recht, das zwischen Strafrecht, bei dem es sich um Kriminalstrafrecht handeln soll, und Ordnungswidrigkeitenrecht abstuft, geht es darum, inwieweit für sie im Strafrecht Platz ist. Die meisten anderen Rechtsordnungen haben den Ordnungswidrigkeitenbereich als dritte strafrechtliche Deliktskategorie, nämlich den Übertretungen, im Strafrecht behalten. Dort handelt es sich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen abstrakte Gefährlichkeitsdelikte bereits in die beiden darüber liegenden, nämlich die kriminalstrafrechtlichen Deliktskategorien (bei uns: Vergehen und Verbrechen) eingestuft werden dürfen. Hinter der aktuellen Einordnungsproblematik steht überall in der neueren Strafgesetzgebung außer der schon angesprochenen Tendenz, Vorfeldhandlungen strafrechtlich höher zu gewichten, das Bemühen, die Beweisanforderungen zu erleichtern. Geht es nur um die Anforderungen eines abstrakten Gefährlichkeitsdelikts, brauchen weder Schadenseintritt oder Kausalität noch der Verletzungsvorsatz nachgewiesen zu werden. Bei einem abstrakten Gefährlichkeitstatbestand sind auch die Voraussetzungen für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens geringer, da es eben nicht auf den Anfangsverdacht eines vorsätzlichen Verletzungsdelikts ankommt.

Sicherlich sind diejenigen Kritiker im Unrecht, die behaupten, daß oberhalb der Ordnungswidrigkeiten, Übertretungen oder Verwaltungsdelikte, also im Kriminalstrafrecht, abstrakte Gefährlichkeitstatbestände prinzipiell nichts zu suchen hätten, das Kriminalstrafrecht vielmehr seiner Natur nach auf Verletzungsdelikte beschränkt sei.⁷ Hoch- und Landesverratsdelikte, Brandstiftungs- und Rechtspflegedelikte zeigen nämlich, wie auch die Kritiker letztlich einräumen, daß es abstrakte Gefährlichkeitsdelikte schon immer im Kriminal-

² Siehe schon H. J. Hirsch. – H. J. Hirsch, Hofmanski, Plywaczewski, C. Roxin (Hrsg.). Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht. 1996, S. 33.

³ Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.). Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, und die dortigen Beiträge. Siehe ferner den von demselben Institut herausgegebenen Sammelband „Irrwege der Strafgesetzgebung“, 1999.

⁴ So insbesondere die von Hassemer angeführte „Frankfurter Richtung“, vgl. Hassemer. – Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 1992, S. 378 ff.; Hassemer. Neue Kriminalpolitik. 1989, S. 47 ff.; Hassemer. Produktverantwortung im modernen Strafrecht. 1994, S. 1 ff. Weitere Nachweise bei Hirsch (Fn. 2), S. 51 f.

⁵ Siehe Schöнке/Schröder. StGB. 26. Aufl. 2001, § 264 Rnr. 4; Tröndle/Fischer. StGB. 50. Aufl. 2001, § 264 Rnr. 3; auch OLG Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1981, 1383; OLG Hamburg, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTz), 1984, 218.

⁶ Näher dazu Krüger. Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff. 2000, S. 20 ff, 119 ff.

⁷ Bei jenen Kritikern handelt es sich um die „Frankfurter Richtung“ (siehe oben Fn. 4).

strafrecht gegeben hat. Und entgegen der in Deutschland heute von der Frankfurter Richtung^{*8} vertretenen Ansicht ist das Kriminalstrafrecht nicht auf diese traditionellen Bereiche ein für allemal beschränkt, sondern es ist wie die gesamte Rechtsordnung für neuere Entwicklungen offen. An der heutigen Gesetzgebung ist jedoch die Bedenkenlosigkeit fragwürdig, mit der immer neue abstrakte Gefährlichkeitstatbestände im Kriminalstrafrecht geschaffen werden. So ist das Bestreben, die Beweisanforderungen zu vereinfachen, kein ausreichender Grund, die Strafbarkeit auszudehnen oder zu verschärfen^{*9}; denn die Strafbarkeit und deren Einstufung haben sich ausschließlich nach der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einer **Tat** zu richten.

Aber auch die Einschätzung der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit steht nicht im freien Belieben des Gesetzgebers. Vielmehr ist in allen Rechtsordnungen festzustellen, daß der Bereich der Ordnungswidrigkeiten oder Übertretungen der typische Standort der abstrakten Gefährlichkeitstatbestände ist. Infolgedessen müssen es besondere Gründe des betreffenden Unrechts sein, die eine ausnahmsweise Einordnung im Kriminalstrafrecht sachlich legitimieren. Dabei geht es namentlich um das Ausmaß des drohenden Schadens und die Höhe des betreffenden Risikos. Es muß also rational erklärbar sein, warum das betreffende Verhalten ausnahmsweise aus dem Ordnungswidrigkeiten- oder Übertretungsbereich herausgenommen und dem Kriminalstrafrecht zugewiesen wird.

Das rechtsstaatliche Grundprinzip, das dabei eine Rolle spielt, ist das **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Tat, rechtliche Einstufung und Sanktion müssen in angemessenem Verhältnis zueinander stehen.^{*10}

Einen Unterfall des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bildet das *ultima ratio*- oder **Subsidiaritäts-Prinzip**. Dabei geht es bekanntlich um den Gedanken, daß eine Strafvorschrift erst dann geschaffen werden soll, wenn die Möglichkeiten, die betreffenden Verhaltensweisen bereits in anderen, weniger repressiven Rechtsgebieten angemessen zu regeln, ausgeschöpft sind. Das *ultima ratio*-Prinzip ist bei der gegenwärtigen Inflation der Strafgesetzgebung am meisten aus dem Blick gekommen. Taucht in der Gesellschaft ein echter oder auch nur vermeintlicher Mißstand auf, wird heute sogleich der Ruf nach dem Strafgesetzgeber erhoben. Und für die politischen Organe ist die Strafgesetzgebung der schnellste und kostengünstigste Weg, um zu beweisen, daß man etwas tut, um die Bevölkerung zu schützen. Ob eine Strafvorschrift ein unbedingt notwendiges oder überhaupt geeignetes Mittel zur Lösung des jeweiligen Problems ist, wird kaum noch gestellt. Die Folge ist, daß viele neue Strafvorschriften den betreffenden Mißstand nicht einzudämmen vermögen oder von den Strafverfolgungsorganen nur sehr zurückhaltend gehandhabt werden. Mißlich sind auch gewisse Fälle der nur symbolischen Strafgesetzgebung, nämlich diejenigen, bei denen dem Gesetzgeber von vornherein klar ist, daß sie praktisch kaum Bedeutung haben werden und nur ein gesellschaftspolitisches Zeichen setzen sollen. Beispiele hierfür bilden im deutschen Recht die kürzliche Einführung der Strafbarkeit des Versuchs der leichten Körperverletzung und die Einführung eines Katalogs von Strafvorschriften im Bereich der Gentechnologie.^{*11} Gerade bei diesen letztgenannten Vorschriften erhebt sich nachdrücklich die Frage, inwieweit das Strafrecht berufen und in der Lage ist, die Grenzen der wissenschaftlichen Forschung zu markieren und unmittelbar zu überwachen.

Im Hinblick auf die fortschreitende Entwicklung des Verfassungsrechts ist zu hoffen, daß das *ultima ratio*-Prinzip in Zukunft wieder stärker Beachtung finden wird. Da die Strafdrohung die schwerste Sanktion im Katalog der in der Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsfolgen darstellt, ergibt sich rechtsstaatlich zwingend, daß der Gesetzgeber auf sie nur zurückgreifen darf, wenn alle anderen zulässigen staatlichen Mittel keine Lösung bieten.

Unabhängig vom Verfassungsrecht erhebt sich die Frage, ob sich nicht unmittelbar aus dem vorgenannten Wesen des Strafrechts bereits eine Begrenzung unter dem Gesichtspunkt des *ultima ratio*-Prinzips und damit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt. Bestrebungen, die Begrenzung mit Hilfe eines angeblich **vor-gegebenen** Rechtsgutsbegriffs zu erreichen, haben sich dagegen als wenig brauchbar erwiesen.^{*12}

⁸ Vgl. Fn. 4.

⁹ Darauf weist auch Hassemer. – ZRP 1992, S. 378, 381 hin.

¹⁰ Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich zwar bisher bei der Anwendung des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das Strafrecht Zurückhaltung auferlegt. Es verlangt bisher sowohl unter dem Aspekt des Übermaßverbots als auch dem der Erforderlichkeit, daß die betroffenen Interessen der grundrechtsgeschützten Personen gegenüber den mit dem staatlichen Eingriff verfolgten Belangen „ersichtlich wesentlich schwerer wiegen“; vgl. BVerfGE 44, 353, 373. Ein Verfassungsverstoß würde deshalb nach der bisherigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts erst dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber ein nach Art oder Maß **schlechthin unangemessenes Mittel** zur Erreichung des erstrebten Zwecks wählt; vgl. BVerfGE 90, 145, 173. Näher dazu Krüger (Fn. 6), S. 89 ff, sowie Lagodny. Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. 1996, S. 216 ff., 536 ff. Die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts ist wohl damit zu erklären, daß die Auswirkungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das Strafrecht erst in jüngerer Zeit stärker in den Blick gekommen und noch wenig vertieft sind.

¹¹ Zu letzterem siehe das deutsche Embryonenschutzgesetz (ESchG) vom 13.12.1990, BGBl. I S. 2746 ff.

¹² Näher darüber M. Krüger (Fn. 6), S. 62 ff.

2.2. Lückenlose Strafbestimmungen?

Eine zweite allgemeine Problematik heutiger Strafgesetzgebung bildet das Bestreben, **absolut lückenlose Strafbestimmungen** zu schaffen. In Diktaturen hatte man zu diesem Zweck auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgegriffen, so beispielsweise im Faschismus auf das „gesunde Volksempfinden“ und im Kommunismus auf die „Gesellschaftliche Gefährlichkeit“. Im Rechtsstaat scheidet der strafbegründende Rückgriff auf solche Allgemeinbegriffe aus. Das im Satz „*Nullum crimen sine lege*“ enthaltene Bestimmtheitsgebot verlangt, daß das strafbare Verhalten im Gesetz **beschrieben** wird. Sehr bedenklich ist nun aber eine Entwicklung, wie sie in der deutschen Strafgesetzgebung zu beachten ist: die Einführung einer Kategorie „Besonders schwere Fälle“ neben der herkömmlichen Kategorie der qualifizierten Tatbestände.

Die zunächst nur sehr selten im deutschen StGB auftauchenden „Besonders schweren Fälle“ haben sich seit dem 1. Strafrechtsreformgesetz von 1969 geradezu wie ein Ölfleck über das Gesetzbuch ausgeweitet. Man meinte und meint noch, der Rechtsstaatlichkeit sei damit, daß man sie mit Regelbeispielen verbindet, Genüge getan. Zunehmend ging man dazu über, bisherige qualifizierte Tatbestände in „Besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen“ umzuwandeln.^{*13} Im Vorentwurf von 1997 zum 6. Strafrechtsreformgesetz ging das so weit, daß fast alle nicht in einem Todeserfolg bestehenden Qualifizierungen in solche Besonders schweren Fälle umgewandelt werden sollten. Das ist nur durch eine Intervention von Wissenschaftlern verhindert worden.^{*14} Aber auch so ist die Anzahl der Strafbestimmungen mit Besonders schweren Fällen heute groß.

Ein Vorteil dieser Gesetzgebungstechnik ist sicherlich, daß Lücken und Friktionen, die sich nach einiger Zeit in Katalogen qualifizierter Tatbestände einstellen können, vorgebeugt wird. Auch besteht die Möglichkeit, daß man einen konkreten Fall, der an sich ein Regelbeispiel erfüllt, mit der Begründung, er habe gleichwohl nicht das Gewicht eines Besonders schweren Falles, aus der Strafschärfung heraushalten kann.

Aber dies alles ändert nichts daran, daß der Satz „*Nullum crimen sine lege*“ tangiert ist. Man kann diesen nicht dadurch umgehen, daß man so tut, als handle es sich nur um Strafzumessungsfragen.^{*15} Es geht vielmehr bei den die Besonders schweren Fälle konstituierenden Merkmalen sachlich durchweg um unrechtserhöhende Tatumstände, wie auch die Regelbeispiele zeigen.

Zudem wird die Verfehltheit des Arguments, daß eine größere Flexibilität, als sie bei qualifizierten Tatbeständen möglich ist, notwendig sei, sofort bei einem Vergleich mit den Grundtatbeständen deutlich. Auch dort ergeben sich im Laufe der Zeit Lücken und Wertungswidersprüche an den Rändern. Es hat sich aber noch niemand zu dem im Gegensatz zu den strafrechtlichen Grundlagen stehenden Gedanken verstiegen, sie in bloße Regelbeispiele umzuwandeln.^{*16}

Ausländische Gesetzgeber werden deshalb gut daran tun, die Kategorie der „Besonders schweren Fälle“ des deutschen StGB nicht zu übernehmen.

2.3. Das Schuldprinzip

Auch das **Schuldprinzip** behält der heutige Gesetzgeber nicht immer im Blick. In Deutschland leitet das Bundesverfassungsgericht es aus dem Rechtsstaatsprinzip der Verfassung ab und verleiht ihm damit verfassungsrechtliche Garantien.^{*17} Sachlich folgt die Notwendigkeit seiner Beachtung daraus, daß es im Strafrecht nicht lediglich um Schadensausgleich, sondern um die persönliche Ahndung von Handlungen oder Unterlassungen geht. Eine Ahndung hat jedoch zur Voraussetzung, daß die betreffende Person das inkriminierte Verhalten individuell vermeiden konnte.

Begeht jemand eine Tat alkohol- oder drogenbedingt in einem seine **Schuldfähigkeit ausschließenden Rausch**, ist nach deutschem Recht und dem vieler anderer Rechtsordnungen eine Bestrafung aus der im Rausch verwirklichten Strafbestimmung ausgeschlossen, es sei denn, daß ein Fall der sogenannten *actio libera in causa* vorliegt. Um dadurch keine Strafbarkeitslücke entstehen zu lassen, gibt es noch einen praktisch wichtigen Vergehenstatbestand des Vollrauschs (§ 323a dtsh. StGB).

In neuerer Zeit finden sich in Deutschland Stimmen, das aus den Strafgesetzbüchern einiger anderer Staaten, insbesondere des ehemaligen Ostblocks, bekannte Modell zu übernehmen, wonach die vermeidbare Herbei-

¹³ Seit dem 1. StrRG von 1969. Das Hauptbeispiel bildet § 243 dtsh. StGB (Schwerer Diebstahl).

¹⁴ Vgl. den Bericht von Freun. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1997 (109), S. 455, 470 f.

¹⁵ So aber die herrschende Meinung mit Rücksicht auf eine derartige, sich aus § 12 Abs. 3 dtsh. StGB ergebende Vorstellung des Gesetzgebers. Kritisch gegenüber der Rechtsfigur insbesondere Calliess. – NJW, 1998, S. 929 ff.; Zieschang. Jura. 1999, S. 561 ff.; H. J. Hirsch. Festschrift für Gössel. 2002, S. 287 ff.

¹⁶ Im übrigen ist bemerkenswert, daß bei der Handhabung der Vorschriften für Besonders schwere Fälle durch die Praxis die Subsumtion unter Regelbeispiele ganz im Vordergrund steht, während die nur auf die Generalklausel gestützten Fälle praktisch nur geringe Bedeutung haben, vgl. den Tagungsbericht von Dietmeier. – ZStW 1998 (110), S. 393, 409.

¹⁷ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 27, 18, 29; 45, 187, 259 f.

führung der rauschbedingten Schuldunfähigkeit genügen soll, um die Tatschuld hinsichtlich der im Rausch begangenen Tat zu bejahen.^{*18} Das heißt, daß allein der Umstand des vermeidbaren Sichberauschens genügen soll, um wegen vorsätzlicher Tötung bestraft zu werden, wenn beispielsweise jemand im Zustand der rauschbedingten Schuldunfähigkeit eine vorsätzliche Tötung begeht. Ob eine solche Regelung in den Staaten, in denen sie gilt, generalpräventiv in bezug auf exzessiven Alkoholgenuß wirkt, vermag ich nicht zu beurteilen. Mit dem Schuldgrundsatz gerät sie aber wegen des diesem inhärenten Koinzidenzprinzips in Konflikt. Werden Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht im Zustand der Schuldfähigkeit vom Täter gebildet, ist es bloßes Schicksal, welches von beiden subjektiven Merkmalen erfüllt ist. Zu bestrafen ist aber eben nicht die schicksalhafte Erfolgsverwirklichung, sondern die auf Tatschuld beruhende.^{*19}

Ein anderer Problembereich, in dem heute die Schuldfrage ins Blickfeld tritt, bildet die zunehmende **Jugendkriminalität**. Es wird die Frage aufgeworfen, ob nicht die Strafmündigkeit früher beginnen muß. In Deutschland liegt sie bei 14 Jahren (§ 19 dtsch. StGB).

In den USA und England wird sie unter dem Eindruck des starken Anstiegens der Jugenddelinquenz vielfach schon auf Kinder ausgedehnt. Im allgemeinen liegt das Mindestalter dort heute bei 10 Jahren, in einigen Staaten der USA sogar bei 9 Jahren, und die Herabsetzung auf 8 Jahre hat schon die Gerichte beschäftigt.^{*20} Auch in Deutschland ist von politischer Seite eine Strafmündigkeit ab 12 Jahren gefordert worden.^{*21} Mit dem Schuldprinzip, für das der geistige Reifegrad eines Menschen eine große Rolle spielt, läßt sich dies aber nicht in Einklang bringen, und man fragt sich darüber hinaus, ob eine solche auf Kosten rechtsstaatlicher Vorstellungen gehende Strafgesetzgebung Vorteile für die Kriminalitätsbekämpfung haben kann. Intensive außerstrafrechtliche Erziehungsmaßnahmen, auch stationäre, gegenüber den betreffenden Kindern und Strafsanktionen gegen Eltern, die ihre Erziehungspflichten schuldhaft gröblich verletzen, dürften der sinnvollere Weg sein.

2.4. Tatstrafrecht

Probleme bereitet dem an sich rechtsstaatlichen Strafgesetzgeber in einigen Staaten, darunter auch Deutschland, nach wie vor die Einhaltung des **Tatstrafrechtsprinzips**. Also jenes Prinzips, das eine objektive Tat verlangt und ein Gesinnungs-, Willens- oder Täterstrafrecht als rechtsstaatlich nicht akzeptabel ansieht. In den meisten Strafgesetzbüchern wird es nicht für sich allein, sondern im Zusammenhang mit anderen Prinzipien, so dem Gesetzlichkeitsprinzip, und der häufigen Verwendung des Wortes „Tat“ im Allgemeinen Teil zum Ausdruck gebracht.

Im deutschen StGB findet sich nun seit der Reform von 1975 eine Regelung des Versuchs, aus der sich ergibt, daß die Väter des Gesetzes von der subjektiven Versuchstheorie ausgegangen sind und dementsprechend bei untauglichem Versuch nur eine Privilegierung vorsehen wollen, und das auch nur in Fällen groben Unverstands.^{*22} Diese Versuchstheorie, nach der für die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs ausreichend ist, daß der Handelnde den Tatentschluß durch eine Handlung betätigt, die auf der Grundlage seiner Vorstellung unmittelbar auf die Verwirklichung eines Strafbestandes gerichtet ist, geht in der deutschen Rechtsprechung bis auf die Anfänge des Reichsgerichts zurück.^{*23} Die Herausarbeitung subjektiver Unrechtselemente durch die moderne Strafrechtsdogmatik hat begünstigt, daß die subjektive Theorie auch im deutschen Schrifttum nach langen wissenschaftlichen Auseinandersetzungen zunächst Fuß fassen konnte. Sie entspricht überdies dem gegenwärtigen Siegeszug der Präventionstheorien, weil sie die Strafbarkeit schon bei der unmittelbaren Betätigung des bösen Willens beginnen läßt, ohne daß es auf den objektiven Unrechtsgehalt dieser Betätigung ankommt. Inzwischen wird jedoch in der Wissenschaft zunehmend erkannt, daß die subjektive Theorie zu weit geht.^{*24} So sehen es auch die meisten anderen Rechtsordnungen, etwa Frankreichs, Italiens, Japans und Spaniens.

¹⁸ So etwa Hruschka. – Juristenzeitung (JZ), 1996, S. 64, 69, 72.

¹⁹ Inzwischen gibt es in Deutschland eine Gesetzesinitiative des Bundesrates, die zwar nicht jenen Tendenzen folgen, aber den Vollrauschtatbestand erheblich verschärfen soll. Sie geht auf den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (§ 323 a StGB) – Strafschärfung bei Rauschtaten“ des Bundeslandes Berlin vom Februar 1997 zurück, vgl. Bundestagsdrucksache (BR-Drucks), 123/97. Indem man dort die Höchststrafe von bisher fünf Jahren auf zehn Jahre anheben will, würde man jedoch die Grenze schuldangemessener Strafe überschreiten.

²⁰ Vgl. zu den USA die Angaben im Landesbericht von Teske (Huntsville/Texas). – Hirsch (Hrsg.). Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? 2001, S. 111, 114 f. Zu England siehe Crofts. – ZStW 1999 (111), S. 728 ff.

²¹ Siehe die Presseerklärung eines CDU-Bundestagsabgeordneten vom 12.9.1996. – Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.v (DVJJ), 1996, S. 316 f.

²² Siehe § 23 Abs. 3 dtsch. StGB.

²³ Siehe RGSt. 1, 439, 441; 8, 198, 203. Die seitherige ständige Rechtsprechung stand bis Anfang der 30er Jahre des vergangenen Jahrhunderts in Gegensatz zur herrschenden Schrifttumsmeinung. Näher dazu Hirsch. Festschrift für Roxin. 2001, S. 711 ff.

²⁴ Näher dazu *Weigend*. – Hirsch, Weigend (Hrsg.). Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 113, 122 f.; Hirsch (Fn. 23), S. 714 f. m. w. N.

2.5. Straffähigkeit juristischer Personen

Ein sehr aktuelles Problem für die heutige Strafgesetzgebung bildet die **Straffähigkeit juristischer Personen**. Bekanntlich hat man sie über lange Zeit in allen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen abgelehnt, während sie in den angelsächsischen Rechtsordnungen bejaht wird. Die Ablehnung wurde und wird damit begründet, daß juristische Personen nicht selbst handlungsfähig und schuldfähig, außerdem nicht strafempfänglich seien.

Inzwischen ist angesichts der Rolle, die zunehmend Wirtschaftsunternehmen im Kriminalitätsgeschehen – etwa in der Umweltdelinquenz und der Organisierten Kriminalität – spielen, die Forderung immer lauter geworden, sie auch im kontinentaleuropäischen Recht für straffähig zu erklären. Mehrere Staaten sind dem bereits gefolgt. Ich nenne nur Frankreich, Finnland, die Niederlande und jetzt auch Estland.

Bei der Straffähigkeit von juristischen Personen geht es um Fragen der theoretischen Möglichkeit und der praktischen Notwendigkeit. Bejaht man beides, so sind aber die Tendenzen zu kritisieren, die Voraussetzungen der Strafbarkeit von juristischen Personen derart zu verkürzen, daß kein Unterschied zwischen zivilrechtlicher Haftung und strafrechtlicher Verantwortlichkeit mehr besteht. Strafrechtliche Verantwortlichkeit erfordert insbesondere konkrete Vermeidbarkeit für die Korporation als Gesamtheit. Die rechtsstaatliche Problematik liegt deshalb meines Erachtens weniger bei der Frage einer grundsätzlichen Möglichkeit der Straffähigkeit von Korporationen als bei der inhaltlichen Ausgestaltung der betreffenden Vorschriften.^{*25}

2.6. Verschärfung der Strafdrohungen

Die gegenwärtige Kriminalitätsentwicklung veranlaßt die Gesetzgeber dazu, einen Teil der **Strafdrohungen zu verschärfen**. In Deutschland ging es dabei insbesondere um die Körperverletzungsdelikte. So ist beispielsweise die Obergrenze der Strafdrohung des Tatbestands der Gefährlichen Körperverletzung (§ 224 dtsch. StGB)^{*26}, das heißt der Körperverletzung mit einem gefährlichen Tatmittel, im Jahre 1998 von fünf auf zehn Jahre Freiheitsstrafe verdoppelt worden.^{*27}

Es erhebt sich jeweils nach den nationalen Wertmaßstäben die Frage, ob so hohe Strafdrohungen noch tatschuldangemessen sind. Das Schuldprinzip, auf das im vorhergehenden schon im Zusammenhang mit den Straftatvoraussetzungen einzugehen war, tritt hier jetzt hinsichtlich der Strafe als Rechtsfolge der Tat in den Blick. Es entspricht rechtsstaatlichen Anforderungen und wird in § 46 dtsch. StGB auch ausdrücklich für die konkrete Strafzumessung bestimmt, daß die Übelszufügung durch die Strafe nicht das Ausmaß der Tatschuld überschreiten darf.

Nun sieht die deutsche Realität allerdings so aus, daß diese hohen Strafrahen im oberen Bereich gar nicht in der Praxis zur Anwendung kommen. Daß jemand wegen einer Gefährlichen Körperverletzung mit 10 Jahren Freiheitsstrafe bestraft wird, ist kaum vorstellbar. Dies um so weniger, als es sich um ein Delikt handelt, das bis vor wenigen Jahren noch ein Privatklagedelikt gewesen ist.^{*28}

Juristisch ist dieser Zustand aber in hohem Maße unbefriedigend. Strafdrohungen sollten sowohl schuldangemessen, als auch ernsthaft gewollt sein. Auch erhebt sich die Frage, ob die Weite solcher Strafdrohungen – im erwähnten Fall der Strafbestimmung über die Gefährliche Körperverletzung von sechs Monaten bis zu zehn Jahren – dem Satz „Nulla poena sine lege“ entspricht. Der Richter wird hier ein Ermessensbereich eingeräumt, bei dem von einer hinreichenden Bestimmtheit der Strafdrohung nicht mehr die Rede sein kann.

2.7. Materielles Strafrecht und Prozeßrecht

Als letzte Problematik heutiger Strafgesetzgebung möchte ich **die Korrektur des materiellen Strafrechts durch das Prozeßrecht** ansprechen.

Daß die gesetzlichen Tatbestände sprachlich nicht so durch Tatumstände beschrieben werden können, daß strafrechtlich irrelevante Bagatellfälle von vornherein außerhalb des Wortlauts bleiben, ist eine durch alle Strafgesetzbücher belegte Beobachtung. Die nationalen Gesetzgeber lösen diese Schwierigkeit zumeist in der Weise, daß sie eine Ausnahme vom verfahrensrechtlichen Legalitätsprinzip in Fällen von Geringfügigkeit vorsehen. Einige Staaten, so insbesondere Polen^{*29}, sind auch um eine materiellrechtliche Lösung bemüht,

²⁵ So nachdrücklich Hirsch, ZStW 107 (1995), 285, 312 ff.

²⁶ Bis zum Jahre 1998 war das § 223a dtsch. StGB.

²⁷ Privatklagedelikt im Sinne der in §§ 374 ff. dtsch. StPO geregelten besonderen strafprozessualen Verfahrensart.

²⁸ Durch das 6. StrRG von 1998.

²⁹ Art. 1 § 2 poln. StGB.

indem sie mit Hilfe der Generalklausel „geringfügige Sozialschädlichkeit“ das Bagatellunrecht schon aus der Tatbestandsmäßigkeit ausgrenzen wollen. Welche Lösung man auch wählt, jedenfalls ist heute selbstverständlich, daß dem Satz „Minima non curat praetor“ Rechnung zu tragen ist.

Kritisch werden hier die Dinge, sobald ein Gesetzgeber das Legalitätsprinzip über den Bagatellbereich hinaus einschränkt und dazu Regelungen trifft, die an Geldbußen geknüpfte Opportunitätseinstellungen auch bei **mittlerer** Kriminalität eröffnen. § 153a Abs. 1 Nr. 2 dtsch. StPO bestimmt für Vergehen, daß die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten von der Anklage absehen kann, wenn die Zahlung eines Geldbetrags an eine gemeinnützige Einrichtung oder die Staatskasse geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und dem die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.

Diese Vorschrift hat inzwischen in der deutschen Strafrechtspflege sehr große Bedeutung erlangt. Mehr als 49% der Verfahren wegen Vergehen werden durch Opportunitätseinstellungen erledigt, wobei die Einstellungen nach § 153a StPO einen großen Anteil bilden.³⁰ Die extensive Handhabung wird dadurch begünstigt, daß es keine Rechtsbehelfe gegen derartige Einstellungen gibt, sie also keiner Kontrolle unterliegen. Infolgedessen können die für die Einstellungsbeschlüsse zuständigen Rechtspflegeorgane selbst definieren, ob sie im konkreten Fall ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung verneinen wollen.

Begründet wird die Existenz des § 153a Abs. 1 Nr. 2 dtsch. StPO damit, daß nur durch die von ihm ermöglichten Opportunitätseinstellungen die Funktionsfähigkeit der Strafjustiz gewährleistet werden könne. Die Flut der Straftaten würde andernfalls bewirken, daß für die Verfolgung der schweren Kriminalität keine ausreichenden personellen Ressourcen verfügbar wären.³¹

Die Folge des § 153a dtsch. StPO ist ein unerträglicher Machtzuwachs der Staatsanwaltschaften. Es steht praktisch in ihrem Belieben, ob bei leichter und mittlerer Kriminalität Anklage erhoben wird. Die richterliche Zustimmung wird in der Praxis routinemäßig erteilt. Und die hohen Geldbeträge, an welche die Opportunitätseinstellungen geknüpft werden, sind im Ergebnis punitive Sanktionen. Die Staatsanwälte nehmen daher de facto quasirichterliche Funktionen wahr, und die verhängten Sanktionen setzen in der Praxis nicht einmal den Nachweis der Straftat voraus.

Ob die 1975 geschaffene und 1993 auf den jetzigen weiten Anwendungsbereich ausgedehnte Vorschrift rechtsstaatlichen Maßstäben entspricht, muß ernsthaft bezweifelt werden. Sie empfiehlt sich jedoch keinesfalls zur Nachahmung.

3. Zusammenfassung

Bei dem größten Teil der im vorhergehenden aufgezählten Probleme, die sich auch noch um einige andere wie etwa die Kronzeugenregelung erweitern ließen, bilden die starke Zunahme der Kriminalität, die Organisierte Kriminalität und das gestörte Sicherheitsgefühl der Bevölkerung den Hintergrund. Sie vor allem veranlassen den heutigen Gesetzgeber zur Ausweitung und Verschärfung des Strafrechts. Dieser Aktionismus des Strafgesetzgebers ist jedoch vielfach nur ein Alibi, mit dem der Eindruck vermittelt wird, es werde alles Notwendige zur Eindämmung getan, während in Wahrheit gegenüber den eigentlichen Entstehungsgründen der Kriminalität wenig unternommen wird. Die aufgezeigte hypertrophe Strafgesetzgebung läßt eher Ratlosigkeit als Bereitschaft zur Problemlösung erkennen.

Es kann auch keine Rede davon sein, daß Rechtsstaatlichkeit gleichbedeutend mit der Inkaufnahme der Kriminalitätsziffern ist, wie wir sie gegenwärtig in den westlichen Demokratien haben. Zwar ist ein Gemeinwesen ohne Kriminalität nach menschlicher Erfahrung nicht denkbar. Aber es muß sich doch so verhalten, daß Kriminalität von der Gesellschaft nicht als bedrohliches allgemeines Problem empfunden wird. So verhielt es sich bis Ende der 60er Jahre in Westeuropa. Zur Wiederherstellung eines solchen Zustands bedarf es weniger neuer Strafgesetze als vielmehr primär der Eindämmung der Ursachen. Darüber hinaus ist in der Rechtspraxis dafür Sorge zu tragen, daß das Strafrecht seinen Grundprinzipien entsprechend angemessen, human und ohne Willkür, aber innerhalb dieses Rahmens auch konsequent gehandhabt wird, damit Opfer, Täter und die gesamte Bevölkerung von uneingeschränkter Rechtsstaatlichkeit und vom ordnungsgemäßen Funktionieren der Strafrechtspflege ausgehen können.

³⁰ Vgl. Heinz, Festschrift für Kaiser, 1998, S. 85, 102.

³¹ Vgl. die amtliche Begründung zur Einführung des § 153 a StPO in BT-Drucks, 7/550, S. 298. Siehe außerdem den Ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zum Entwurf des EGStGB 1974 in BT-Drucks, 7/1261, S. 26 f.