

logische Methoden für die Erhebung der Volksmeinung gerade der beste Weg, um den Strafrechtspopulismus zu bekämpfen, der für viele westliche repräsentative Demokratien charakteristisch sei. Nur wenn das Strafrecht in den Händen der Bürgerinnen und Bürger bleibe, an die es sich richtet, könne der begonnene Demokratisierungsprozess abgeschlossen werden.⁶⁷

III. Für eine grundbasierte demokratische Strafgesetzgebung

1. Die Wahrheit in der „demokratisierenden Kritik“

Meines Erachtens beruht das Demokratisierungsprogramm auf zwei falschen Prämissen, die dazu führen, dass es der Strafrechtswissenschaft fälschlicherweise praktisch jede Rolle in kriminalpolitischen Angelegenheiten abspricht. Bevor ich jedoch meine diesbezüglichen Argumente vorbringe, möchte ich zwei zutreffende Aspekte der Demokratisierungskritik darlegen, die für ein besseres Verständnis der kriminalpolitischen Rolle der Strafrechtswissenschaft entscheidend sind.

Das Demokratisierungsprogramm hat zunächst einmal recht, wenn es feststellt, dass die Strafrechtswissenschaft – zumindest im Rahmen eines demokratischen Rechtsstaates – die Kriminalpolitik institutionell nicht verbindlich bestimmt. Die Strafgesetze sind – wenn und solange sie nicht vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig erklärt werden – als geltendes Recht anzuwenden, und zwar auch dann, wenn ein Strafrechtswissenschaftler, eine Gruppe oder die Mehrheit von ihnen sie für absurd bzw. illegitim oder sogar verfassungswidrig halten. *Stuckenberg* hat wohl recht, wenn er beklagt, dass einige Strafrechtler nicht immer transparent genug zwischen ihrer rechtsdogmatischen und ihrer rechtspolitischen Argumentation unterscheiden.⁶⁸ Aus einigen ambivalenten Behauptungen abzuleiten,⁶⁹ die

Baden, 2018, S. 79 f.: Im (heutigen) demokratischen Strafgesetz findet ein autoritärer Populismus seinen Ausdruck.

67 Vgl. *Walter*, in: FS Merkel, S. 545 ff. Für die angloamerikanische Diskussion siehe *Kleinfeld et al.*, White Paper on Democratic Criminal Justice, Northwestern University Law Review 2017, 1693 ff.

68 *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 660; *ders.*, in: Bengoetxea et al. (Hrsg.), S. 37 f. Ebenso *Engländer*, ZStW 2015, 616, 619; *Nettesheim*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 112.

69 Siehe vor allem *Schünemann*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 205, 209; *ders.*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl et al. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, S. 133, 141 f.;

Strafrechtswissenschaft stelle das Prinzip der Gewaltenteilung in Frage, ist aber eine Übertreibung, die in keiner Weise repräsentativ für die Denkweise der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft ist.⁷⁰

Zweitens ist es wohl ein Verdienst des Demokratisierungsprogramms, dass es die Gründe für das praktische Scheitern der von der Strafrechtswissenschaft kultivierten Kriminalpolitik aufgezeigt hat. Den zeitgenössischen Gesetzgeber auf der Grundlage theoretischer Grundsätze zu beeinflussen, welche aus der Aufklärungsphilosophie und dem rationalistischen Naturrecht abgeleitet sind, ist tatsächlich schimärisch.⁷¹ Der Widerstandsdiskurs einer Rückkehr zu einem minimalen Strafrecht *à la Naucke* ist zwar wissenschaftlich legitim,⁷² verschärft aber nur die Resonanzunfähigkeit der Strafrechtswissenschaft. Eine (wissenschaftliche) Kriminalpolitik, die den Anspruch erhebt, in der realen Welt etwas zu bewirken, muss sich zunächst

ders., in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), 268 f.: Da das Rechtsgüterschutzprinzip aus dem Sozialvertrag stammt und die Verfassung dem Sozialvertrag zugrunde liege, sei das Rechtsgüterschutzprinzip verfassungsrechtlich verankert; *ders.*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Schönemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001, S. 1, 8 (zitiert als: *Schönemann*, in: FS Roxin); *ders.*, Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Putzke (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen, 2008, S. 39 (zitiert als: *Schöne-mann*, in: FS Herzberg); *ders.*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS 2016, 654, 663 ff.: die (Straf-)Rechtsdogmatik als vierte Gewalt, die aber keinerlei Macht besitzt (also nicht herrscht). Allein durch die strafrechtswissenschaftliche Kontrolle könne die demokratisch nicht ausreichend legitimierte Gewalt der Rechtsprechung gerechtfertigt und erträglich gemacht werden.

70 Die mangelnde institutionelle Kompetenz der wissenschaftlichen Kriminalpolitik ausdrücklich anmerkend: NK-StGB/Hassemer/Neumann, 5. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn. 119a; Neumann, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, in: Böse et al. (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser, Baden-Baden, 2019, S. 335, 348 (zitiert als: Neumann, in: FS Kindhäuser); Silva Sánchez, *Malum passionis*, Barcelona, 2018, S. 54: „Die von der Strafrechtslehre entwickelten Prinzipien, Unterprinzipien, Normen und einschränkenden Regeln, ob als Dogmatik oder als Kriminalpolitik, sind nicht institutionell bindend. [...] Professorinnen und Professoren haben keine Machtposition inne. Aber sie sollten als diskursiv (rational) verbindlich betrachtet werden“ (eigene Übersetzung). Ähnlich Robles Planas, in: FS Frisch, S. 117: „Dies heißt nicht, dass es in einem modernen Rechtsstaat möglich ist, die Kriminalpolitik durch die Dogmatik bzw. den Gesetzgeber durch den Dogmatiker zu ersetzen“.

71 Zutreffend Hirsch, S. 202; Kubiciel, JZ 2018, 171, 177 f. Ebenso Kindhäuser, Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, ZStW 2017, 382, 384 f.

72 Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, KritV 1993, 135 ff.; *ders.*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, Wiesbaden, 1985. Kritisch hierzu Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, Berlin, 2000, S. 61 ff.

glaubhaft bemühen, die Bedürfnisse des modernen Gesetzgebers zu verstehen.

Trotz alledem ist die „demokratisierende Kritik“ in ihrem Kern nicht überzeugend. Im Folgenden werde ich zunächst zeigen, dass ihr relativistisches Konzept der Demokratie unberechtigt ist. Die Demokratie steht keineswegs im Widerspruch zur Suche nach guten bzw. vernünftigen Gründen für oder gegen eine Kriminalisierungsentscheidung. Rationalität erzwingt keine Schmälerung der Demokratie. Zudem werde ich aufzeigen, dass die Strafrechtswissenschaft auch im Rahmen eines demokratischen Staates eine wichtige Rolle in der Kriminalpolitik spielen muss.

2. Eine grundbasierte demokratische Gesetzgebung

Das Demokratisierungsprogramm geht davon aus, dass der Pluralismus, der den heutigen Gesellschaften innewohnt, zu einem absoluten Werterelativismus führe. Da es unmöglich sei, darüber zu diskutieren, was vernünftig und unvernünftig ist, bleibe für die (Straf-)Gesetzgebung nur der Rückgriff auf ein prozedurales Kriterium. Meiner Meinung nach sind sowohl die Prämisse als auch die daraus abgeleitete Lösung nicht überzeugend.

a. Materielle Gründe in einer pluralistischen Gesellschaft

Pluralismus und die Fragmentierung einer Gesellschaft machen es schwierig, einen Wertekonsens zu erreichen. Je größer die Heterogenität, desto reichlicher ist auch die Zahl der in einer Gesellschaft existierenden kriminalpolitischen Programme. Die Behauptung, der Pluralismus zwingt uns zu einem absoluten Werterelativismus, ist jedoch abwegig. Auch in den aktuellen pluralistischen oder fragmentierten Gesellschaften ist es möglich, über Wertefragen vernünftig zu diskutieren, darunter über jene, welches Verhalten eine Strafe verdient. Genauso klar ist, dass es – auch intersubjektiv betrachtet – bessere und schlechtere Gründe gibt, die für eine (Ent-)Kriminalisierung eines Verhaltens sprechen.⁷³ Dies ist keine Geschmacks-,

73 Zutreffend *Silva Sánchez*, Eine kritische Ehrung Joachim Hruschkas, JRE 2019, 667, 681 f.; *ders.*, Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?, GA 2004, 679, 684; *Roxin/Greco*, Strafr AT I, § 2 Rn. 94 f.; *Neumann*, Dezision statt Argumentation? Zur (post)modernen Kritik der Rechtsgutslehre, in: Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München, 2018, S. 183, 194.

sondern eine diskussionsfähige Frage. Der Umstand, dass dies in bestimmten Bereichen heute äußerst umstritten ist – man denke beispielsweise an die Sterbehilfe-Diskussion oder an jene über die Grenzen der Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung –, stellt die hier vertretene These nicht in Frage: Es wird immer einen Kern von Verhaltensweisen geben, bei denen die wertenden Ansichten gegensätzlich sind und ein breiter Konsens unmöglich ist. Hier ist die prozedurale Erklärung besonders aussagekräftig. Es ist jedoch falsch, aus diesen Ausnahmefällen den radikal relativistischen Charakter einer (demokratischen) Gesellschaft und ihres materiellen Strafrechts abzuleiten.⁷⁴

Und der Sinn, Gründe für Kriminalisierungsentscheidungen zu finden, verschwindet nicht mit der Erkenntnis, dass Kriminalpolitik ein Modus der Politik ist.⁷⁵ (Rechts-)Politische Entscheidungen sollen idealerweise auch auf guten oder vernünftigen Gründen beruhen. Strafgesetze sollen rational begründet werden, und die Begründung soll ebenso rational nachprüfbar und nachvollziehbar sein.⁷⁶ Natürlich müssen diese Gründe nicht unbedingt aus dem deutschen Idealismus oder aus naturrechtlich begründeten Werteordnungen stammen,⁷⁷ aber sie müssen auch nicht direkt aus der Verfassung oder dem positiven Recht abgeleitet werden.⁷⁸ Bei der Beurteilung der materiellen Legitimität eines Strafgesetzes können empirische, aber auch philosophische, politische, moralische Begründungen herangezogen werden. Die strafrechtlichen Legitimationstheorien sollen als eine Verdichtung von Argumenten unterschiedlicher Natur und Herkunft verstanden werden. Diese *Middle-range*-Theorien sind für den Gesetzgeber nicht bindend, aber sie sind auch nicht irrelevante subjektive Vorkommnisse.

74 In diesem Sinne siehe *Silva Sánchez*, Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts, GA 2010, 312, 314: Es gebe „in der Kriminalpolitik ein gemeinsames, universelles Minimum der Garantien [...], das mit der Natur des Menschen verbunden ist, auch wenn die Bestimmung eines solchen Kerns nicht immer leicht sein wird“. Näher jüngst *Zabel*, Von der Schwierigkeit, das Strafrecht politisch zu denken. Interventionen einer kritischen Wissenschaft, KJ 2022, 269, 273.

75 So aber *Wilfert*, S. 174.

76 Richtig NK-StGB/*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 119a; *Robles Planas*, in: FS Frisch, S. 116.

77 Zu Recht *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt a.M., 2005, S. 43. Ebenso *Kindhäuser*, ZStW 2017, 382, 385. Zur Kulturgebundenheit des Strafrechts siehe *Streng*, Kriminalpolitik – Grundlagen und Perspektiven, ZStW 2022, 877, 881.

78 Tendenziell so aber *Hirsch*, S. 198 ff.: die wertende Kriminalpolitik auf eine immanente Kritik des Strafrechts beschränkend.

b. Das demokratische Verfahren als Mittel für ein freiheitliches Strafrecht

Wenn man keine absolut relativistische Haltung zur Wertedimension der Kriminalpolitik einnimmt, gibt es keinen Grund, sich das reduktionistische und radikal formalistische Konzept der Demokratie zu eigen zu machen, das die oben genannten Kritiker vertreten.⁷⁹ Wie *Neumann* betont, „scheint die Kritik an der angeblichen ‚Demokratiefierne‘ der Rechtsgutslehre einem positivistisch restringierten Demokratiebegriff verhaftet zu sein, der das Demokratieprinzip auf die Verbindlichkeit der Deziision der Mehrheit reduziert und damit den für die demokratische Entscheidungsfindung konstitutiven Prozess der sich argumentativ entwickelnden demokratischen Willensbildung vernachlässigt.“⁸⁰ Im Gegenteil, es scheint angemessen zu sein, ein demokratisches Verfahren anzustreben, das einen guten Output, also gute bzw. vernünftige Gesetze hervorbringt, sowohl in seiner technischen als auch in seiner rein bewertenden Dimension. Es geht nicht darum, die Politik durch Rationalität zu ersetzen, sondern sie vielmehr zu rationalisieren.⁸¹ Daher gibt es keinen Grund, die Inkohärenz oder Instabilität von Strafgesetzen zu loben, genauso wenig wie es ein Anlass zur Zufriedenheit sein sollte, dass ein Gesetz das Ergebnis eines reinen politischen Kompromisses ist.

Damit wird selbstverständlich nicht in Frage gestellt, dass ein Strafgesetz gültig ist, sobald es von der Mehrheit der Parlamentarier unter Einhaltung der Verfahrensregeln angenommen wurde. Hier wird nur behauptet, dass von unseren politischen Vertretern erwartet werden soll, Strafgesetze auf der Grundlage empirischer und wertebasierter – *ergo* freiheitstheoretisch überzeugender – Gründe zu erlassen.⁸² Dafür sprechen vor allem zwei Gründe: Der Hauptgrund ist, dass in einer so sensiblen Angelegenheit wie dem Strafrecht, in der es um grundlegende Grundrechte geht, sowohl

79 So bereits *Martins*, Der Begriff des Interesses und der demokratischen Inhalte der personalen Rechtsgutslehre, ZStW 2013, 243. Auch kritisch gegenüber *Gärditz'* formalistischem Demokratieverständnis siehe *Silva Sánchez*, Malum, S. 29 ff., 43 ff.; oder *Zabel*, KJ 2022, 269, 273.

80 *Neumann*, in: FS Fischer, S. 192, 194.

81 So *Steinbach*, S. 214.

82 Näher *Frisch*, NSTZ 2016, 16, 19; *Zaczyk*, Demokratieprinzip und Strafbegründung, Der Staat 2011, 295, 299: „Jedes Reden von Pluralismus und Relativismus kommt dann an sein Ende, wenn ein Einzelner für seine Tat wirklich bestraft wird.“ Siehe auch *Greco/Roger*, JZ 2016, 1125, 1133: Angesichts der Wirkung der Strafe auf den Bürger sei es inakzeptabel, ihre Legitimation allein aus dem politischen Kompromiss zu beziehen.

der potenziell Verurteilte als auch das potenzielle Opfer eine rationale (grundbasierte) Erklärung verdienen, die über die bloße formale Tatsache hinausgeht, dass das Strafgesetz von einer Mehrheit im Parlament gebilligt wurde.

Zweitens spricht für die Suche nach einem rationalen Strafrecht in Übereinstimmung mit den Parametern einer bestimmten Gesellschaft zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt auch ein konsequentialistisches Argument: Wie *Pawlik* hervorgehoben hat, hängt die Bereitschaft der Bürger zur freiwilligen Normbefolgung zu einem erheblichen Teil davon ab, dass sie ein Strafgesetz als vernünftiges oder zumindest als nicht ungerechtes Recht anerkennen können.⁸³ *Silva Sánchez* hat also recht, wenn er ein Demokratiekonzept verteidigt, das (im Rahmen der Verfassung) über den reinen Machtakt der Mehrheit über die Minderheit hinausgeht.⁸⁴ Der Vorteil der Demokratie ist nicht, dass sie willkürliche Entscheidungen zulässt, sondern dass sie im Allgemeinen das beste (bekannte) politische Instrument ist, um die Freiheit der Bürger zu garantieren. Es ist daher nicht nur möglich, sondern auch rational, materiell fundierte Entscheidungen zu treffen, insbesondere wenn es um Strafgesetze geht.

Wenn Demokratie als Mittel und nicht als Selbstzweck verstanden wird, ist klar, dass die direkte Demokratie nicht notwendigerweise eine bessere Kriminalpolitik mit sich bringt. Der Vorschlag, die Entscheidung über die Kriminalisierung in die Hände des Volkes zu legen, kann nicht richtig bewertet werden, ohne den erwarteten Inhalt solcher Strafgesetze zu berücksichtigen. Dass die direkte Demokratie oder eine soziologisch begründete Strafgesetzgebung zu einem vernünftigeren Strafrecht führen würde, ist zumindest zweifelhaft.⁸⁵ Sicher ist aber, dass im Dienst der Freiheitsidee nicht nur die Demokratie, sondern auch der Rechtsstaat eine wichtige Rolle spielt.⁸⁶ Das Misstrauen einiger Kritiker gegenüber dem Verfassungsrecht als Grenze des Mehrheitsprinzips (und der Tyrannei der Mehrheit) bei der Strafgesetzgebung ist daher nicht weniger besorgniserregend als der Mangel an demokratischem Feingefühl, den sie einigen Strafrechtsprofessoren vor-

83 Zum Gerechtigkeitsanspruch des positiven Rechts siehe *Pawlik*, *Unrecht*, S. 39. Näher *Günther*, *Rg* 2020, 120.

84 *Silva Sánchez*, *La voluntad popular como arma arrojadiza*, in: Pérez Manzano et al. (Hrsg.), *Estudios Penales en homenaje a Susana Huerta Tocildo*, Madrid, 2020, S. 141, 144 f. Ebenso *Roxin/Greco*, *StrafR AT I*, S. 82; *Zabel*, *KJ* 2022, 269, 273.

85 Eine Analyse der Probleme, die die direkte Demokratie der Schweiz für die Strafgesetzgebung aufwirft, findet sich in diesem Sammelband bei *Canova/Giardini*, S. 58 ff.

86 Darauf hinweisend *Vofskuhle*, *Rechtsstaat und Demokratie*, *NJW* 2018, 3154 ff.

werfen. Wie *Kaspar* treffend feststellt: „Auch der demokratisch legitimierte Gesetzgeber kann irren und Minderheitenrechte verfehlen, erst recht im notorisch von irrationalen Ängsten begleiteten Feld der Kriminalpolitik.“⁸⁷

c. Zur Legimitationsfrage verfassungsmäßiger Strafgesetze

Entgegen der Ansicht der Befürworter des sogenannten „Verfassungsstrafrechts“⁸⁸ wäre es verfehlt, die Legitimität des Strafrechts allein auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit zu reduzieren. Die Kriminalpolitik ist nicht nur eine „angewandte Verfassungsrechtswissenschaft“.⁸⁹ Selbstverständlich ist ein (Straf-)Gesetz gültig, wenn es verfassungsgemäß ist. Angesichts des weiten Spielraums, den eine Verfassung zulässt, wäre es jedoch abwegig davon auszugehen, dass alle Verfassungsgesetze in gleichem Maße materiell legitim sind. Es gibt auch verfassungsmäßiges (unrichtiges) Strafrecht.⁹⁰ Oder, wie *Greco* zurecht bemerkt: „Zu einem legitimen Strafrecht gehört nämlich viel mehr als nur seine Verfassungsmäßigkeit.“⁹¹ Gerade im Bereich des massiven grundrechtsinvasiven oder besonders freiheitssensiblen Strafrechts scheint vielmehr die Erwartung angemessen, dass unsere Parlamentarier nicht nur die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sicherstellen, sondern auch in der Lage sind, gute oder rationale (wertende) Argumente für ihre Entscheidung zu liefern.⁹² Sich damit zu begnügen, die Verfassungsmäßigkeit eines Strafgesetzes zu gewährleisten, bedeutet angesichts dessen, dass die Verfassungsgerichte dem Gesetzgeber einen enormen Spielraum zugestehen, *de facto*, sich mit der Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit des Strafgesetzes nicht mehr zu konfrontieren.

87 *Kaspar*, Staat und Strafrechtspflege, RW 2016, 293, 298. Auch gegen die von *Gärditz* vertretene Verabsolutierung des demokratischen Prinzips als *carte blanche* der ersten Gewalt siehe *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 974.

88 Zum Begriff siehe *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 27 ff. Die Legitimitätsfrage auf die Verfassungsmäßigkeit reduzierend siehe *Wilfert*, S. 174; *Schuchmann*, Grenzen der Strafgesetzgebung – Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit, Schuld, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, Baden-Baden, 2017, S. 31, 48.

89 Hierzu *Kubiciel*, in: FS Fischer, S. 151.

90 So *Silva Sánchez*, in: Zabel (Hrsg.), S. 86.

91 *Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, Baden-Baden, 2013, S. 13, 36.

92 Treffend *Hörnle*, S. 42.

3. Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der demokratischen Gesetzgebung

An dieser Stelle bleibt nur noch, die Rolle der Strafrechtswissenschaft in der demokratischen Gesetzgebung zu präzisieren. Wenn man ihre kriminalpolitische Aufgabe richtig versteht, ist es weder wahr, dass ihr Anspruch anti-demokratisch ist, noch ist es so, dass sie im Rahmen einer rein politischen Debatte auf aristokratische Weise agiert. Im Gegenteil: Die Strafrechtswissenschaft soll einen wichtigen Platz in der demokratischen Strafgesetzgebung einnehmen.

a. Der materielle Unrechtsbegriff als „dünn“ Kriminalisierungsprinzip

Der Umstand, dass die von Strafrechtsprofessoren betriebene Kriminalpolitik nicht verbindlich ist, macht diese keineswegs überflüssig. Im Gegenteil: Die Vorschläge und Kritiken der Strafrechtswissenschaft sind für den Gesetzgeber unerlässlich, um eine begründete Entscheidung in die eine oder andere Richtung treffen zu können. Wie *Hörnle* zutreffend bemerkt: „Ohne materielle Prinzipien wären nur *willkürliche* Entscheidungen möglich.“⁹³ „Auch der unmittelbar demokratisch legitimierte beziehungsweise prozedurale Legitimation anstrebende Gesetzgeber bedarf einer materiellen Grundlage, um die erforderliche Entscheidung überhaupt fällen zu können.“⁹⁴ Dies gilt nicht nur für die sogenannte evidenzbasierte (empirische) Strafgesetzgebung, sondern auch für die normative Dimension der Kriminalpolitik,⁹⁵ sowohl in ihrer technischen als auch in ihrer bewertenden Dimension (Strafwürdigkeit).⁹⁶

Unabhängig davon, ob dies zu ihren Kernaufgaben gehört oder nicht, soll die Strafrechtswissenschaft daher Kriterien und unterschiedliche Modelle entwickeln, anhand derer die materielle Legitimität von Kriminalisierungsentscheidungen beurteilt werden kann, und Gründe für und gegen die verschiedenen von der Politik vorgeschlagenen Optionen anführen. Wie *Prittwitz* betont, muss die Strafrechtswissenschaft klar trennen zwischen dem, was verfassungsrechtlich unzulässig ist, und dem, was man

93 *Hörnle*, S. 42 f. [kursiv im Original].

94 *Hörnle*, S. 42.

95 Zu dieser Unterscheidung siehe *Hoven*, in: *Hoven/Kubiciel* (Hrsg.), S. 113 ff.

96 Deziert *Frisch*, NStZ 2016, 16, 25.

aus theoretischer, kriminalpolitischer Sicht für unbegründet hält.⁹⁷ Ersteres setzt die Kenntnis der Verfassungstheorie voraus. Letzteres ist die echte Domäne der Strafrechtswissenschaft. Es geht hier darum, normative (suprapositiv fundierte) Prinzipien und Maßstäbe anzubieten, an denen sich der Strafgesetzgeber orientieren kann und anhand derer gesetzgeberischen Entscheidungen bewertet oder kritisiert werden können.⁹⁸ Ob diese Aufgabe unter dem Etikett der wissenschaftlichen Kriminal-, der Strafrechts-, der Meta-Kriminalpolitik oder der exogenen Rechtskritik wahrgenommen wird, ist letztlich unerheblich. Es geht darum, einen idealen Maßstab für die Entwicklung neuer Strafgesetze und für die Kritik an den bestehenden zu ermöglichen.

Die erstrebenswerte Unterscheidung zwischen Verfassungsmäßigkeit und substanzontologischen Richtigkeitsurteilen – das heißt zwischen streng rechtsdogmatischer und strafpolitischer Arbeit – darf jedenfalls nicht dazu führen, aus den Augen zu verlieren, dass die Verfassungsauslegung auch den Rückgriff auf Werturteile erfordert, die nicht ausdrücklich in der Verfassung enthalten sind.⁹⁹ Das Gleiche gilt *nolens volens* für die Auslegung der Strafgesetze: Die hermeneutische Arbeit muss sicherlich in ihrem Kern von der rechtsphilosophischen bzw. strafpolitischen unterschieden werden. Es wäre jedoch naiv zu leugnen, dass hinter vielen der von Strafrechtlern und Richtern vorgenommenen (teleologischen bzw. leitbildorientierten) Auslegungen des positiven (Straf-)Rechts ein materieller Verbrechensbegriff, das heißt eine metarechtliche Überlegung steht.¹⁰⁰ Anders ausgedrückt: Solange das Strafrecht durch eine offene und vage, d. h. auslegungsbedürftige bzw. lückenhafte Sprache festgelegt wird, kann das positive Recht nicht die „metaphysische Spekulation“ über Richtig und Falsch been-

97 Vgl. Prittwitz, Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 2017, 390, 392. Tendenziell anders aber Robles Planas, Materiel-ler Verbrechensbegriff und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, GA 2021, 288 Fn. 19.

98 In diesem Sinne Silva Sánchez, Malum, S. 50 ff.; Robles Planas, in: FS Frisch, S. 116; Du Bois-Pedain, The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State, in Semester et al. (Hrsg.), Liberal Criminal Theory, 2014, S. 305, 322 f.; Hörnle, Theories of Criminalization, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford, 2014, S. 679, 684.

99 Eingehend Mahlmann, Rechtsgüter: Stolpersteine des liberalen Verfassungsstaates?, in: Rosenau et al. (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, Tübingen, 2021, S. 67, 69 ff.

100 Darauf hinweisend zurecht Hilgendorf, in: Hilgendorf et al. (Hrsg.), S. 795. Siehe auch Robles Planas, ZIS 2010, 357, 360.

den.¹⁰¹ Mit *Pawlik* gesprochen: „Das so verstandene Strafrecht hat keine distinkten Schöpfer; Autor des Strafrechts – wenn man in diesem Zusammenhang überhaupt noch von Autorschaft reden will – ist vielmehr die Gemeinschaft der professionellen Strafrechtsexperten in ihrer Gesamtheit“.¹⁰² *Gärditz*’ intendierte scharfe Abgrenzung zwischen exogener Rechtskritik und endogener Verfassungsbindung ist daher auch eine Schimäre,¹⁰³ ebenso wie der Verzicht auf eine objektive Auslegung des Strafrechts zugunsten einer rein subjektiven (Wille des Gesetzgebers) Auslegungstheorie.¹⁰⁴

Wie eine solche Kriminalisierungstheorie entwickelt werden sollte, ist hier nicht zu vertiefen.¹⁰⁵ Aber es ist wichtig zu betonen, dass Versuche zum Scheitern verurteilt sind, dauerhaft (alle Zeiten überdauernde) materiell reichhaltige (umfangreiche) Prinzipien anzubieten, die jede weitere normative Diskussion über die Angemessenheit der Kriminalisierung eines Verhaltens überflüssig machen. Vielmehr sollte die Strafrechtswissenschaft sich bemühen, bescheidenere bzw. „dünnere“ Prinzipien der Kriminalisierung anzubieten¹⁰⁶ – auf halber Abstraktionshöhe –, aus denen zwar nicht mit mathematischer Genauigkeit eine spezifische Lösung abgeleitet werden kann, die aber als Argumentationsrahmen für eine fruchtbare Kriminalisierungsdiskussion dienen.¹⁰⁷ Der Anspruch, einen einzigen „richtigen“, materiell hochkonturierten Verbrechensbegriff anzubieten, ist aus meiner Sicht zum Scheitern verurteilt. Dies gilt aber nicht nur für Versuche, die

101 Zurecht *Lindner*, S. 59, 148 ff., der das hermeneutische Problem für nicht vollständig lösbar hält.

102 *Pawlik*, Normbestätigung, S. 66.

103 Neuerdings *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 46 ff.

104 So zu Recht *Kubiciel*, S. 31 ff., 39: der Normtext als Anknüpfungspunkt der Auslegung. Eingehend hierzu *Silva Sánchez*, Zur sogenannten ideologischen Auslegung, in: *Pawlik et al.* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, Köln u.a., 2007, S. 645, 648 ff.; *ders.*, GA 2004, 679, 683.

105 Hierzu *Coca-Vila*, in: Hirsch/Moser (Hrsg.), *Rights in Criminal Law*, London, 2023, im Erscheinen. Ebenso *Hörnle*, *One Masterprinciple of Criminalization – Or Several Principles?*, *Law, Ethics and Philosophy* 2019, 208, 209 ff.

106 Unter „Thin“ Prinzipien versteht *Duff*, *The Realm of Criminal Law*, Oxford, 2018, S. 253 ff. jene Kriminalisierungsprinzipien, die nicht über einen so reichhaltigen Beschreibungsgehalt verfügen, so dass wir zu ihrer Anwendung weitere, fragwürdige normative Urteile fällen müssen.

107 Näher *Kudlich*, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, *ZStW* 2015, 635, 651: Rechtsgutsbegriff als „space of reasons“, innerhalb dessen wir über die Legitimität von Strafnormen diskutieren müssen; *Saliger*, *Die Bedeutung der Rechtsgutstheorie für ein modernes rechtsstaatliches Strafrecht in Deutschland*, in: *Rosenau et al.* (Hrsg.), *Rechtsstaat und Strafrecht*, 2021, S. 95, 103: materieller Verbrechensbegriff als Argumentationsrahmen.

Kriminalisierung zu theoretisieren, sondern ist ein Merkmal der politischen oder moralischen Theoriebildung im Allgemeinen. Der Anspruch der Strafrechtswissenschaft soll daher, wie *Neumann* zurecht betont, ein anderer sein, nämlich „auf eine rationale Diskussion der möglichen Lösungen sowie der Argumente zielen, die für bzw. gegen die eine und die andere Auffassung sprechen“.¹⁰⁸

b. Kritik als Grundstein des demokratischen Strafrechts

Wird die Rolle der Strafrechtswissenschaft so verstanden, so ist diese Aufgabe nicht nur legitim, sondern im Rahmen eines Staates, der ein gutes, also vernünftig-liberales Strafrecht anstrebt, auch absolut notwendig.¹⁰⁹ In ihrer Missbilligung der Rolle der Strafrechtswissenschaft missversteht die „demokratisierende Kritik“ das Ziel der Strafrechtswissenschaft und verwechselt zwei verschiedene Dimensionen: die der (verfassungsrechtlichen) Gültigkeit des Strafrechts und die der materiellen Legitimität eines Strafgesetzes.¹¹⁰ Was die Strafrechtswissenschaft in ihrer kriminalpolitischen Aufgabe anstrebt, ist nicht, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes in Frage zu stellen, sondern vor allem, seine Legitimität aus rationalen Gründen zu untersuchen. Wenn sie Gründe gegen oder für ein zukünftiges Strafgesetz anbietet oder ein geltendes Strafrecht nach überpositiven Parametern kritisiert, maßt sie sich keine Macht zum Nachteil des demokratischen Gesetzgebers an, sondern trägt diskursiv zur Konstruktion des Strafrechts bei.¹¹¹ Mit anderen Worten: „Kritik ist nicht undemokratisch, sondern eine grundlegende Komponente einer demokratischen Praxis, an der auch die Strafrechtswissenschaft teilhat.“¹¹² Der demokratische Ursprung eines (Straf-)Gesetzes immunisiert es nicht gegen die Kritik von Strafrechtspro-

108 *Neumann*, in: FS Kindhäuser, S. 348.

109 So *Hörnle*, S. 43.

110 Dies wird eindeutig bewiesen in *Greco*, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), S. 13 ff.

111 In diesem Sinne NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 119a; *Martins*, ZStW 2013, 243, 256. Ob es zur Klärung der Rolle der Strafrechtswissenschaft angemessen ist, sie als „machtlose vierte Gewalt“ zu apostrophieren, ist zweifelhaft. So aber *Schünemann*, in: FS Roxin, S. 8; *ders.*, in: FS Herzberg, S. 39 ff.; *ders.*, ZIS 2016, 654, 663 ff. Ebenso *Greco*, Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft, Rescriptum 2014, 139, 140.

112 *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 2 Rn. 94g; *Greco/Roger*, JZ 2016, 1125, 1133. Dies wurde auch in jüngster Zeit ausdrücklich zugegeben von *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 46: „Gerade eine (Straf-)Rechtswissenschaft, die sich nicht auf die anwendungsbezogene Interpretation des geltenden Rechts zurückziehen und damit

fessoren und schließt auf keinen Fall eine Diskussion über seine materielle Korrektheit aus.

Der rechtsunverbindliche Charakter seiner Vorschläge befreit den Strafrechtswissenschaftler von den Ketten des positiven Rechts. Dem Ansatz, der dafür plädiert, am positiven Recht bei der Entwicklung der Kriminalpolitik festzuhalten,¹¹³ wie *Noltenius* hervorhebt, „fehlt nicht nur das kritische Potenzial, sondern er liefert sich der Macht der Herrschenden aus und verfehlt damit das Ziel eines ‚demokratieadäquaten‘ Strafrechts.“¹¹⁴ Von einer verdeckten vierten Macht zu sprechen, hieße, der Wissenschaft eine Macht zuzuschreiben, die sie nicht besitzt. „Die Wissenschaft hat nichts anderes als Argumente – darin liegt ihre institutionelle Schwäche, aber zugleich ihre diskursive Stärke.“¹¹⁵

c. Wissenschaftliche wertebasierte Kriminalpolitik?

Dass die Strafrechtswissenschaft eine wichtige (beratende) Rolle spielen sollte, wenn es um empirische Fragen geht, scheint unbestritten zu sein.¹¹⁶ Ähnliches gilt bei der Frage nach der technischen Gestaltung von Strafgesetzen (Konsistenz, Kohärenz und Bestimmtheit...)¹¹⁷ Aber gilt dies auch, wenn es um bewertende Fragen wie die der Strafwürdigkeit eines Verhaltens geht? Sollte eine solche Frage rein politischer Natur sein, so scheint es, dass die Strafrechtswissenschaft nichts Besonderes beizutragen hat. Doch

ihren wissenschaftlichen Eigenstand riskieren will, sollte dies [die Rechtsordnung zu kritisieren] auch tun.“

113 So *Hirsch*, S. 211 ff., der für eine (bloße) immanente Kritik des Strafrechts plädiert.

114 *Noltenius*, Die Europäische Idee der Freiheit und die Etablierung eines Europäischen Strafrechts, Berlin, 2017, S. 311. Ebenso *Zabel*, KJ 2022, 269, 274, 282: „Eine Strafrechtswissenschaft, die im eminenten Sinne gesellschafts- und freiheitssensibel agiert, kann eine solche Ordnung nicht als Macht- oder Gewaltdurchsetzungsregime verstehen, dann wird sie autoritär.“ Näher *Robles Planas*, in: Abel Souto et al. (Hrsg.), Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia, 2022, S. 1211, 1220 f. (zitiert als: *Robles Planas*, in: LH-Lorenzo Salgado).

115 *Neumann*, in: FS Kindhäuser, S. 348; *Robles Planas*, in: LH-Lorenzo Salgado, 1222. Wie *Kubiciel* treffend auf den Punkt bringt, ist das Problem der heutigen wissenschaftlich fundierten Kriminalpolitik ihr mangelnder Einfluss, nicht umgekehrt. Siehe *Kubiciel*, JZ 2018, 171 ff. So auch *Weißer*, Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtswissenschaft, ZStW 2017, 961, 994, die für eine stärkere Einbeziehung der Strafrechtswissenschaft in die Strafgesetzgebung plädiert.

116 Dazu *Hoven*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), S. 113.

117 Siehe nur *Steinbach*, Kap. 3.

genau hier liegt der Fehler derjenigen Ansätze, die dafür plädieren, die wissenschaftliche Kriminalpolitik in ihrer wertenden Dimension zu unterdrücken. Wie *Silva Sánchez* zu Recht bemerkt: „Auch über die wertende Seite der Kriminalpolitik kann man wissenschaftlich diskutieren und zwischen besseren und schlechteren Argumenten unterscheiden.“¹¹⁸ Was die Strafrechtswissenschaft anbietet, ist weder bloße Politikberatung¹¹⁹ noch ein Sammelsurium von persönlichen Meinungen, sondern – zumindest in ihren besten Ausprägungen – eine besonders qualifizierte Herangehensweise an die wertende Dimension der Kriminalisierungsfrage.

In einer arbeitsteiligen Gesellschaft, in der die überwiegende Mehrheit der Bürger nicht bereit ist, die erheblichen Opportunitätskosten auf sich zu nehmen, um über die Gründe für und gegen die Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens nachzudenken, wird der Strafrechtler in der Regel besser in der Lage sein, sich über die materiellen Gründe für oder gegen die Kriminalisierung eines Verhaltens zu informieren und auf der Grundlage seiner Reflexionen kriminalpolitische Argumente bereitzustellen. Nicht nur, dass er die Bewertungsdimension von Kriminalisierungsentscheidungen besser wahrnimmt, er verfügt auch über eine Methode zur Bewertung und Entwicklung von Argumenten,¹²⁰ die die Rationalität seiner Schlussfolgerungen begünstigt. Wenn der Strafrechtler – auf der Grundlage der bereits bekannten Gesichtspunkte – gegen die Kriminalisierung des abstrakten Gefährdungsdeliktes *argumentiert*, versucht er nicht nur durch emotionale Effekte oder Rhetorik zu überreden, sondern *begründet* wissenschaftlich eine kriminalpolitische These. *Neumann* hat daher mit der Feststellung recht, dass „Stellungnahmen aus der (fachlich zuständigen) Wissenschaft deshalb in der rechtspolitischen Diskussion jedenfalls *prima*

118 So zu Recht *Silva Sánchez*, GA 2004, 679, 684; *ders.*, JRE 2019, 667, 682; *ders.*, in: Zabel (Hrsg.), S. 81. Ebenso *Kindhäuser*, ZStW 2017, 382, 386: „Daher bedarf es nach wie vor wissenschaftlich und gegebenenfalls philosophisch fundierter Kriterien, um echte Kriminalität zu identifizieren und von bloßen Verstößen gegen die staatliche oder wirtschaftliche Ordnung, die genuine Sache eines generalpräventiven Ordnungswidrigkeitenrechts ist, abzugrenzen.“

119 Tendenziell so aber *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 660; oder *Wilfert*, S. 174: „Alle Überlegungen, die keine positivrechtliche Anbindung aufweisen und in das demokratische Verfahren eingebracht werden, sind politischer Art.“

120 Zum Begriff des Arguments in juristischen Begründungen siehe *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Brugger et al. (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M., 2020, S. 235 ff.