Dipl.-Jur. Yasmin Hamed-Schrader*

Quo vadis Rechtsgutsprinzip – Was bleibt.

Der Artikel fußt auf einer 2008 verfassten Studienarbeit im Bereich „Deutsche und internationale Strafrechtspflege". Er stellt die Grundzüge der Rechtsgutslehre dar und erklärt ihren Sinngehalt für das deutsche Strafrecht. Aus aktuellem Anlass, namentlich dem „Inzesturteil" des EGMR, erweitert der Beitrag dieses Konstrukt um eine europäische Komponente und wirft die Frage nach der Zeit- und Zweckmäßigkeit der Rechtsgutsdebatte auf: Was bleibt nach dem EGMR-Urteil vom Kernelement der deutschen strafrechtlichen Grundlagenforschung?

I. Einleitung

Das Strafen in einer Gesellschaft und der Aufgabenbereich, der dem Strafrecht dabei zugewiesen wird, sind wichtige Seismographen für den Grad ihrer freiheitlich-demokratischen Ausrichtung. Das Rechtsgutsprinzip gilt seit Jahrhunderten in seiner Funktion als Determinante dessen, was mit Strafandrohung zu schützen ist, als zentrales Element des deutschen Strafrechts.

Nach dem Beschluss des BVerfG vom 26.02.2008 zum sog. Inzestfall,[1] dem sich in wesentlichen Zügen nun auch der EGMR angeschlossen hat, muss gefragt werden, ob nicht in *obiter dictum*-Manier diesem Strukturelement des deutschen Strafrechts endgültig die Berechtigung abgesprochen wurde. Mit dem Urteil des EGMR vom 12.04.2012,[2] so scheint es, ist *Europa* nun endgültig in das Strafrecht als letzter Bastion staatlicher Souveränität vorgedrungen. Denn mit der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des sog. Inzestparagraphen hat der EGMR dem BVerfG Absolution aus Europa in einer Frage erteilt, die so eng mit dem deutschen Strafrecht verflochten ist, dass es *en passant* über die Zukunft eines der wichtigsten Kernelemente des deutschen Strafrechts mitentschieden hat.

Die Arbeit wird zunächst eine historische Analyse der Rechtsgutslehren voranstellen, die die Betrachtung des Zu-/Standes der heutigen Rechtsgutsdiskussion erst ermöglicht. Vorher sollen jedoch einige Begriffsdefinitionen an die Hand gegeben werden, um den Einstieg zu erleichtern.

* Die Verfasserin hat ihr Examen 2012 an der Humboldt-Universität zu Berlin absolviert und nimmt derzeit an einem Masterprogramm (*Criminology and Criminal Justice*) teil.

1 BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137.

2 EGMR, 12.04.2012, Rs. 43547/08 – *Stübing v. Germany* = DÖV 2012, 566.

II. Definitorischer Rahmen und historische Grundlagen

Für den Begriff des Rechtsgutes gibt es an Definitionen mannigfaltige Angebote. Er muss daher im jeweiligen Kontext der zugrunde gelegten Theorie entwickelt werden. Einig ist man allein in der Annahme, der Rechtsgutsbegriff unterstütze die Aufgabe des Strafrechts dergestalt, dass er vorgibt, was zu schützen der Gesetzgeber legitimiert ist.[3] Danach dürfen nach einhelliger Meinung[4] nur Rechtsnormen in das Strafgesetzbuch inkorporiert werden, die ein Rechtsgut schützen.

1. Begriffserläuterungen

a) Individual- und Überindividualrechtsgut

Der Zugang zur Rechtsgüterproblematik führt zunächst über die Frage staatstheoretischer Vorentscheidungen: Dient der Rechtsgüterschutz dem Einzelnen oder schützt er vielmehr eine Normenordnung oder ein überindividuelles Konstrukt? Ist Träger eines Rechtsguts ein Individuum oder ein Kollektiv?

Zur Beantwortung dient die Unterscheidung in *individuelle* und *überindividuelle bzw. Universalrechtsgüter*.

Als *individuelle Rechtsgüter* werden klassisch die Güter des Einzelnen wie das Leben, die Gesundheit und die persönliche Freiheit bezeichnet. *Universalrechtsgüter* hingegen sind eine Antwort darauf, dass die Rechtsordnung durch die „organisatorische Komplizierung menschlichen Zusammenlebens“[5] andere Güter schafft, die teilweise ursprünglich individuellen Charakter hatten und mit der Zeit zu Rechtsgütern der Allgemeinheit institutionalisiert werden. *Hassemer* nennt beispielhaft die Familie: Aus dem Schutzbedürfnis, das der Einzelne bezüglich seiner Familie hat, wird mit der Zeit und einem wachsenden Bedürfnisbewusstsein in einer Gesellschaft ein Schutz der *Institution* Familie.[6]

Diese Unterscheidung spielt in der Praxis bei der Frage des Disponierens über ein jeweiliges Rechtsgut eine Rolle. Grundsätzlich kann das nur der Träger des entsprechenden Rechtsguts. Mit der Bestimmung der Trägerschaft setzen sich zwei Ansichten auseinander:

Nach der *dualistischen Lehre* stehen Individual- und Universalrechtsgüter gleichberechtigt und unverbunden nebeneinander.[7] Sie bestimmt nach dem intendierten Interesse den Träger des Rechtsguts.

Heute dominiert die *monistische Lehre*. Hier haben neben den klassischen individuellen auch Universalrechtsgüter ihre Berechtigung, jedoch nur soweit sie einer Ableitungsbeziehung vom Interesse des Einzelnen auf Selbstentfaltung standhalten. So erkennt der *monistisch-personale Rechtsgutsbegriff* ebenfalls Universalrechtsgüter, wie die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege an, solange sie ein gedeihliches Miteinander fördern, mithin einen integralen Bestandteil für die Selbstverwirklichung des Einzelnen darstellen.[8] Demgegenüber leitet die *monistisch-etatistische Lehre* die Rechtsgüter des Einzelnen vom Staate her als „Güter der Gemeinschaft“ ab.

b) Systemimmanente und -kritische Lehren

Hassemer hat in seiner Habilitationsschrift eine *weitere* systematische Unterscheidung zum Rechtsgutsprinzip in *systemimmanente* und *-kritische* Konzepte[9] erarbeitet. Dabei helfen erstere durch ihren methodisch-hermeneutischen Gehalt bei der Auslegung des positiven Rechts. Der Begriff Systemimmanenz ist vor allem deskriptiv, eine Wiedergabe gesetzgeberischer Intention. Der systemkritische Ansatz hingegen überprüft die Norm darauf, ob sie sich mit dem Schutz eines Rechtsguts berühmen[10] kann. Im Idealfall ist er kritische Theorie der Kriminalpolitik.[11] Beide Ansätze schließen sich nicht aus, haben jedoch verschiedene Erkenntnisinteressen[12] und Zeitbezüge[13]: Der systemkritische Begriff verweist auf künftige, der -immanente auf bereits existierende Kriminalpolitik.

2. Skizze der historischen Entwicklung bis 1960

Dass der Gesetzgeber Grenzen benötigt, die ihm vorgeben, in welchem Umfang er seinen Strafanspruch zur Geltung bringen kann, war eine Forderung gerade in der Aufklärung. Dafür zog man die Lehre vom *Sozialvertrag* heran. Danach strebt der Mensch mit seinem freien Willen nach einer bürgerlichen Gesellschaft, in der eine Instanz das friedliche Miteinander mittels Normen durchsetzt.[14] Der Sozialvertrag legt dem Bürger die Pflicht auf, „die Lebenskreise der anderen zu respektieren“[15]. Ein Zuwiderhandeln gegen die Regeln des friedlichen Miteinanders ist zugleich Zuwiderhandeln gegen den Vertrag und wird als *sozialschädliche* Pflicht- bzw. Vertragsverletzung gesühnt.[16]

3 *Knut Amelung*, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, 155 (162).

4 Vgl. *Michael Marx*, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut – Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972, *passim*.

5 *Winfried Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973, S. 71.

6 *Hassemer* (Fn. 5), S. 72.

7 *Olaf Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 1991, S. 59.

8 *Marx* (Fn. 4), S. 81.

9 *Hassemer* (Fn. 5), S. 19.

10 *Hohmann* (Fn. 7), S. 227.

11 *Bernd J. A. Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 9.

12 *Hassemer* (Fn. 5), S. 20 ff.

13 *Knut Amelung*, Buchbesprechungen: Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, ZStW 87 (1975), 132 (140).

14 *Eibe Riedel*, Menschenrechte der dritten Dimension, EuGRZ 1989, 9 (11).

15 *Knut Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 19.

16 *Hassemer* (Fn. 5), S. 34.

Feuerbach knüpft daran an und entwickelt den Gedanken dieser *Rechtsverletzungslehre* fort. Sein Postulat „der Gebrauch der Freiheit eines vernünftigen Wesens dürfe dem Gebrauch der Freiheit jedes anderen vernünftigen Wesens nicht widersprechen“[17], von *Kants* Staatszwecklehre inspiriert, setzt aber anders als die Lehre vom Staatsvertrag beim Staat als verletzter Einheit an: Wer eine Rechtsverletzung begehe, handele entgegen den Staatszwecken. Verletzt sei vorrangig der Staat als Hüter der Gesetze.

Mit der aufkommenden Romantik betritt *Birnbaum* das Parkett der Jurisprudenz und erweckt einen Begriff zum Leben, über den bis heute Dissens herrscht: *Birnbaum* ist der Meinung, man verletze mit einer Gesetzesübertretung ein „*Gut*, welches uns rechtlich zusteht (…) und durch Gesetz zu schützen sei“[18].

Seine ursprüngliche Intention war es, eine *natürliche Definition des Verbrechens* zu bestimmen, die unabhängig vom positiven Recht gelte.[19] Dabei benennt er zwei „Arten von Verbrechen“ – eine natürliche und eine positive. Die natürliche Straftat sei dabei eine *per se* in der bürgerlichen Gesellschaft missbilligte Tat, während letztere eine mit Strafe bedrohte *ungesetzliche* Tat sei.[20] Schädlich sei eine Handlung, die Güter verletze, nicht schon eine, die menschliches Sozialleben störe,[21] und das bestimme letztendlich der Gesetzgeber.

Im 19. Jahrhundert erlebt der Kodifikationsgedanke einen Aufschwung. Einer der bekanntesten Rechtspositivisten jener Zeit ist *Jhering*. In seinem Hauptwerk „Zweck im Recht“ gelangt er zu der Auffassung, dass jedes Lebewesen Zwecke, nämlich die Behauptung seiner Existenz, verfolge. Das Recht sei daneben der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen und fungiere insoweit als Zweckschöpfung der Gesellschaft zur Sicherung ihrer Lebensbedingungen.[22]

Auch *Binding* versucht den Begriff des Rechtsgutes hinreichend zu definieren. Seine Formel lautet „Sonach ist Rechtsgut Alles, was (…) in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist“[23]. Er rekurriert insoweit auf Birnbaums Güterlehre, entwickelt sie jedoch weiter, indem er sie präzisiert. Güter werden nach *Binding* zu Rechtsgütern, weil der Gesetzgeber ihnen einen „Sozial-Wert“ attestiert und sie dadurch Schutzobjekte werden. *Bindings* großer Gegenspieler *von Liszt* entwirft in seinem Marburger Programm von 1882 ein weiteres Modell: Lebensbedingungen werden durch Normen, die generelle Imperative enthalten, zu Rechtsgütern erhoben und erfahren in zweierlei Hinsicht Schutz. Nicht nur durch das konkrete Verbot, sondern zusätzlich solle die Sanktionsnorm als Präventivstrafe eine Schutzstrafe sein; künftiger „Rechtsgutsschutz durch Rechtsgutsverletzung“.[24] Der *Liszt'sche* Ansatz bedient sich ausdrücklich der Sozialwissenschaften. Er fragt nach dem „Warum“ des Strafens und kommt zu dem Schluss, dass die gesamte Rechtsordnung um „der Menschen willen da“ ist, um ihre Interessen zu schützen. Rechtsgüter sind menschliche Interessen.[25] Argumentativ entspricht das der *monistisch-personalen Rechtsgutslehre*, die ein Abzweig der Interessenlehre ist und heute durch die Frankfurter Schule vertreten wird. Als markante Gegenposition zu seinem Antagonisten *Binding,* ersieht er jedoch in einem schützenswerten Gut etwas Metajuristisches[26], Vorpositivistisches.

In den 1920er Jahren bedienen sich die Rechtspositivisten, die auf die Vernunft eines rational handelnden Gesetzgebers vertrauen, eines methodisch-teleologischen Rechtsgutskonzeptes.[27] *Honig*, einer ihrer bekanntesten Vertreter, nennt Rechtsgüter „den vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannten Zweck in seiner kürzesten Formel“.[28] Er lässt dabei offen, ob es für ihn darüber hinaus natürliche Güter gibt, die *per se* kraft ihrer selbst, d. h. unabhängig von ihrer Anerkennung durch die Rechtsordnung schützenswert sind.[29]

Mit dem politischen Systemwechsel in den 1930er Jahren findet ein offener Paradigmenwechsel in der Dogmengeschichte statt: Man versucht das liberale Tatstrafrecht durch ein Gesinnungsstrafrecht zu ersetzen.[30] Den höchsten Wert erachtet das nationalsozialistische System nicht im Einzelnen, sondern im Volk[31] als Summe, als durch „Blut und Boden verbundene Gemeinschaft“.[32] *Schaffstein*, Angehöriger der nationalsozialistisch geprägten Kieler Schule, plädiert für eine völlige Abkehr vom Rechtsgutsverletzungs- zu einem Pflichtverletzungsdogma. In der Schrift „Liberales oder autoritäres Strafrecht“ liefert er den Grundstein für spätere repressive Ansichten.[33] Der *Rationalismus*, mit dem die Aufklärung mithilfe der Sozialwissenschaften den „Sozialkörper in seine letzten fassbaren Bestandteile“[34] zerlegte, wird ersetzt durch eine gesamtheitliche, ja irrationale Sicht auf die

17 *Paul J. A. von Feuerbach*, Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen Oberherrn, 1798, S. 13.

18 *Johann M. F. Birnbaum,* Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge 1834, S. 149.

19 *Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2004, § 2 Rn. 6.

20 *Birnbaum* (Fn. 18), S. 155.

21 *Amelung* (Fn. 15), S. 48.

22 *Rudolf von Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1893, S. 320 f., 443.

23 *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1: Normen und Strafgesetze, 1965, S. 353.

24 *Franz von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 140.

25 *Franz v. Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1886), 663 (673 ff.).

26 *Heinz Koriath*, Zum Streit um den Begriff des Rechtsgutes, GA 1999, S. 578.

27 *Peter Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, 1962, S. 74 ff.

28 *Richard Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919, S. 94.

29 *Koriath* (Fn. 26), S. 563.

30 *Brigitte Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, S. 87.

31 *Karl Siegert*, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, S. 8.

32 *Siegert* (Fn. 31), S. 8 f.

33 *Klaus Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 104 ff.

34 *Amelung* (Fn. 15), S. 218.

„Volksseele".[35] Konsequent wird das Verbrechen wert-, nicht zweckrational[36] als Verstoß gegen die völkische Sittenordnung als Pflichtverletzung geahndet.[37] Diese irrationale Sichtweise bringt durch ihre Reduktion auf Gesamtheiten einen bis *dato* angestrebten Zustand hervor: Sie schafft eine Konkordanz zwischen Strafrechtswissenschaft und kriminalpolitischer Zielsetzung.[38] Zum Opfer fallen umfassende Erklärungsmodelle, die die Ursachen kriminellen Verhaltens rational in einer multikausalen Begründung mit gesellschaftstheoretischem Unterbau suchten.

3. Entwicklung von 1960 bis heute

Was die junge Republik 1949 vorfindet, ist das RStGB von 1871, das dem liberal-rechtsstaatlichen Geist des 19. Jh. entsprach.[39] Nach den Erfahrungen der NS-Zeit ist man Anfang der 1960er Jahre um eine „Re-Rationalisierung" in der Rechtsgutslehre bemüht. Zum Angelpunkt der Diskussion soll wieder das Individuum werden, nicht ein Leviathan, in dessen Dienst sich ein jeder einzufügen hat. Praktische Bedeutung erlangt dieser Wunsch nach mehr Rationalität in der Frage der Legitimität von Sittlichkeitsdelikten.

a) Der Entwurf 1962

Um eine Gesamtreform anzugehen, konstituiert sich die Große Strafrechtskommission zwischen 1954 und 1959. In ihrem *E 62* distanzieren sie sich *expressis verbis* von dem Gedankengut des Nationalsozialismus. Der *E 62* setzt sich namentlich mit dem *E 36* auseinander, der bspw. das Erbgut und die Lebenskraft des deutschen Volkes unter den Schutz der Rechtsordnung stellte.[40] Jedoch vollbringt er keinen sauberen Schnitt. So beinhaltet die Begründung der Bestrafung der Blutschande noch altes Gedankengut, indem er den Abkömmling, der „sittlich völlig zugrunde gerichtet"[41] wird, schützen soll. Große Empörung verursacht zudem ein Novum in der Gesetzgebung Europas: Der *E 62* beabsichtigt in einem § 203 die künstliche Samenübertragung zu pönalisieren. Als Zielbestimmung gibt er an, die Gefahr begrenzen zu wollen, dass hierdurch „die Ehe als sittlich vorgegebene Keimzelle des Volkes" geopfert wird.[42]

Die als Superreform geplante Änderung bleibt weit hinter ihren Zielen zurück und hinterlässt eher ein Bild „flächendeckender Kriminalisierung" mit Schwerpunkten bei Staatsschutz- und Sittlichkeitsdelikten[43] – eine Reform, die nach dem vernichtenden Urteil ihrer Kritiker selber reformbedürftig bleibt.[44]

b) Der Alternativentwurf

Die am Alternativentwurf zum Sexualstrafrecht beteiligten Professoren stellen 1968 unmissverständlich klar, dass sie die Straftaten gegen die Sittenordnung mangels eines ersichtlichen Gefährdungs- bzw. Verletzungsmoments insgesamt ablehnen.[45] Sie fordern, dass nicht moralisierende, soziologisierende[46] Aspekte den Zweck des Strafrechts bestimmen, sondern schützenswerte Rechtsgüter.[47] Danach haben individuelle Rechtsgüter den geringsten Legitimationsdruck, während Normen, die überindividualistische Rechtsgüter schützen, eine Nachweispflicht innehaben.[48]

c) Sozialethische Aktwerte bei Welzel

Es ist nicht evident *Welzel* zu den Autoren ab 1960 zu zählen, hat er doch schon seit den 1930er Jahren mit seiner Zustandstheorie den Diskurs mitbestimmt. Aber auch die Schriften nach 1960 haben einen entscheidenden Einfluss auf die Rechtsgüterpolitik, weshalb er an dieser Stelle Erwähnung findet. *Welzel* erkennt dem Strafrecht die Aufgabe zu, elementare Werte der Gemeinschaft zu schützen. In der Tradition *Hartmanns*[49] unterscheidet er einerseits den Schutz der Sachverhaltswerte (Rechtsgüter) und andererseits den Schutz von Aktwerten (Gesinnungswerten) wie Treue, Achtung vor der Person, vor dem Rechtsgut insgesamt.[50] Der Rechtsgüterschutz sei nur untergeordneter Bestandteil im Bestreben nach Erhaltung der Aktwerte.[51] Er begründet sein Dogmensystem damit, dass der Rechtsgüterschutz erst greife, wenn die Verletzung schon stattgefunden habe. Daher müsse man

35 *Roland Freisler*, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, 1938, S. 28.

36 *Amelung* (Fn. 15), S. 227.

37 *Klaus Günther*, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmenwechsel" im Strafrecht?, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Bd. 50, 1995, 445 (452 f.).

38 *Hassemer* (Fn. 5), S. 50.

39 *Theodor Lenckner*, 40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland: Der Besondere Teil des StGB, seine Liberalisierung und ihre Grenzen, in: Knut Wolfgang Nörr (Hrsg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1989, 325 (326).

40 *E 62*, Drs. 200/62, S. 265.

41 *E 62* mit Begründung, S. 348.

42 Vgl. *Jürgen Baumann*, Die große Reform im Strafrecht. Eine nicht unkritische Würdigung, in: Knut Wolfgang Nörr (Hrsg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1989, 293 (318 f.).

43 *Winfried Hassemer*, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 259 (277).

44 *Baumann*, in: Nörr (Fn. 42), 293 (318).

45 AE BT, Sexualdelikte, S. 9.

46 *Jürgen Baumann*, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, Zeitschrift für Rechtspolitik 1972, 273 (274).

47 *AE BT*, Sexualdelikte, S. 9.

48 *Kristian Kühl*, Theoretische und praktische Kriminalpolitik, in: Roland Helgerth/Heinz Schöch/Dieter Dölling (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag, 2007, 597 (607).

49 Vgl. *Nicolai Hartmann*, Ethik, 4. Aufl. 1962.

50 *Hans Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 10. Aufl. 1969, S. 110 ff.

51 *Welzel* (Fn. 50), S. 14 ff.

generalpräventiv schon im Vorfeld Aktwerte in der Gesellschaft schärfen.[52] Mit dieser Ausrichtung auf die soziale Realität wirft er eine gesellschaftstheoretische Komponente ein. Der Sachverhaltswert (Rechtsgut) ist hernach material-positivistisch „jeder erwünschte soziale Zustand, den das Recht vor Verletzungen sichern will".[53] Mit der wertphilosophischen Dimension seiner Arbeit zeigt er auf, dass das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz nur mittelbar Rechnung trägt, als es *en passant* durch die Strafe die Aktwerte bestätigt und damit künftige Taten vereitelt. Das ist Generalprävention reinsten Wassers und damit nicht so weit von der Rechtsgutskonzeption entfernt, wie *Welzel* damals wohl selber dachte.

In seinen aktuelleren Schriften ist er von der krassen These abgewichen, Rechtsgüterverletzungen dienten nur als Indikatoren des Erfolgsunwertes einer Tat, und hat als wesentliches Kennzeichen eines Delikts eine Rechtsgüterverletzung, resp. -gefährdung, gefordert.[54] Jedoch bleibt er im Grundsatz konsequent: Die höchste Aufgabe des Rechts sei die Sicherung von Aktwerten.[55] Nur so werde der Rechtsgüterschutz nachhaltig gewährleistet.

d) Der personale Rechtsgutsbegriff bei Marx

Marx versucht einen Begriff zu kreieren, der anhand überprüfbarer, vorpositiver Kriterien bewertet werden kann.[56] Der *monistisch-etatistischen Interessentheorie* attestiert er dabei eine Irrationalität, die in der NS-Zeit dieses Unrechtsystem erst ermöglicht habe. Eine Leerformel, die auf überindividualistische Ziele wie „staatliches Interesse" gestützt werde, könne seiner Meinung nach mit jedem Inhalt gefüllt werden.[57] Daher führe die Frage nach dem Zweck des Staates zum Schlüssel des Erfolges in der Begriffsbestimmung. Er gelangt dabei zu Art. 1 I GG:

> „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu *schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*."

Diesen Artikel nennt *Marx* Fundamentalnorm, die die Aufgabe und den Zweck des Strafrechts schlechthin umreiße.[58] Das Recht als Mittel des Staates habe „in allen [seinen] Ausprägungen allein den Menschen zu seinem letzten und ausschließlichen Zweck".[59] Daher sei der Zweck des Staates, resp. des Rechts, dieses Ziel zu fördern, indem er die Objekte schütze, die der Mensch für sein Streben benötige. Solche Objekte nennt *Marx* Rechtsgüter. Diese systematisch-funktionale Definition[60] leiste nach *Marx* eine Beschränkung des Gesetzgebers. Überdies habe sie einen hermeneutischen Gehalt, denn sie gebe Kriterien, anhand derer man die Gültigkeit einer Norm bestimmen könne.[61] Der Mensch an sich könne nicht verletzt werden, vielmehr nur Gegenstände in ihrer Bezogenheit auf den Menschen.[62] *Marx´* rein anthropozentrischer Ansatz erfasst daher auch überindividuelle Güter, die dem Einzelnen als Miteigentum[63] gehören, wenn und soweit sie die Selbstentfaltung des Menschen fördern.[64] Damit leistet er einen entscheidenden Beitrag für die Differenzierungsbestrebungen innerhalb der Interessentheorie. Während er also der monistisch-etatistischen Interessentheorie als blinder Vollzugsgehilfin einer autoritären Staatsideologie eine Absage erteilt, leite sie jedoch in der monistisch-personalen Ausprägung die Existenzberechtigung von Allgemeinrechtsgütern vom individuellen Interesse des Einzelnen unmittelbar ab.

e) Kommunikative Verständigung bei Hassemer

In seiner Habilitationsschrift tritt *Hassemer* an, die Theorie des Verbrechens zu reformulieren, indem er das materielle Substrat ebendieser herausarbeitet und dadurch eine Theorie zu Begriff und Funktion des Rechtsgutsbegriffs extrahiert.[65] *Hassemer* erachtet die Unvollkommenheit der bisherigen juristisch-normativen Versuche darin, dass sie keinen realitären Bezugspunkt zur Gesellschaft herzustellen vermögen. Folglich bettet er das Rechtsgutsprinzip in ein Konglomerat aus sozialen Funktionsprinzipien, ein System der Sozialkontrolle ein.[66] Zu diesem Zweck dehnt er den Fundus um eine soziologische Komponente aus und wendet sich der Hypothese des sog. *labeling approach* zu: Der Vorgang der Kriminalisierung geschehe nicht durch die Gesetzgebungsorgane hinter verschlossenen Türen. Vielmehr sei er ein vorgelagerter Prozess der gesellschaftlichen Kommunikation über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens. Diese „normativ gesellschaftliche Verständigung" sei das Ergebnis eines Stigmatisierungsprozesses, in dem die Gesellschaft sich z.B. über die Wertschätzung der verletzten Güter, über Häufigkeit des abweichenden Verhaltens und das daraus resultierende Bedrohungsgefühl verständige.[67] Aus der Verarbeitung der eben benannten Faktoren kann nach *Hassemer* eine Analyse zu den Bedingungen für die Entstehung und die Funktion von Rechtsgütern extrahiert werden.[68]

Zusammenfassend unternimmt *Hassemer* den Schritt, soziale Phänomene nicht mehr losgelöst von anderen gesellschaftlichen Faktoren zu betrachten. Sein Bemühen kann als ein Plädoyer für mehr *Rationalität* in der Kriminalpolitik verstanden werden. Denn indem die Krimi-

52 *Welzel* (Fn. 50), S. 3 ff.

53 *Welzel* (Fn. 50), S. 4.

54 *Hans Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems – eine Einführung in die finale Handlungslehre, 1957, S. 19.

55 *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1990, S. 185.

56 *Marx* (Fn. 4), S. 15.

57 *Marx* (Fn. 4), S. 20.

58 *Marx* (Fn. 4), S. 39.

59 *Marx* (Fn. 4), S. 40.

60 *Otto Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, 1996, S. 150.

61 *Marx* (Fn. 4), S. 63.

62 *Marx* (Fn. 4), S. 81.

63 *Marx* (Fn. 4), S. 79.

64 *Kühl* (Fn. 48), S. 612.

65 *Hassemer* (Fn. 5), S. 16.

66 *Müssig* (Fn. 11), S. 58.

67 *Hassemer* (Fn. 5), S. 130 ff.

68 *Hassemer* (Fn. 5), S. 221.

nalpolitik vor allem folgenorientiert operiert und dabei die Handlungsbedingungen nicht mit reflektiert, kann sie Ursache und Wirkung von Verbrechen nicht effizient benennen. In Bezug auf die Berechtigung der Universalrechtsgüter im Strafrechtssystem stimmen seine Ansicht und die von *Marx* insoweit überein, als sie dann nicht bestritten werden, wenn jede Person ein elementares Interesse an ihrer Aufrechterhaltung hat.[69]

f) Amelungs systemtheoretischer Ansatz

Amelungs Dissertation, die sich ebenfalls umfassend dem Thema widmet, erscheint 1971. Damit können die 1970er endgültig als *belle époque* der Rechtsgutsdiskussion ausgemacht werden. Rechtsgüter, so *Amelung*, seien das Ergebnis eines Bewertungsaktes durch den Gesetzgeber. Dagegen berücksichtigt er für die Genese eines neuen, eigenen Begriffs die Systemtheorie nach *Luhmann* und *Parsons*. Danach stehen die Systemelemente (Kommunikationspartner) in einem Gesamtsystem in Beziehung.[70] Insgesamt erwachsen innerhalb dieses Systems enttäuschungsfest stabilisierte Erwartungsstrukturen.[71] Hier gilt der Erwartungsmechanismus als wichtige Determinante. Damit ersetzt er das in seinen Augen unzureichende Rechtsgutsdogma durch eine Sozialschadenslehre: Danach ist eine Störung dieses Systems „eine dysfunktionale Erscheinung, ein Sozialphänomen, das es verhindert oder erschwert, dass das Sozialsystem der Gesellschaft die Probleme seines Fortbestandes bewältigt".[72] Das Verbrechen als Spezialfall dysfunktionaler Erscheinungen ist als „*Widerspruch gegen eine institutionalisierte Norm*" zu bestrafen, da es die Bewältigung der Bestandsprobleme vereitele. Hier trete das Strafrecht, das eine „eigene gesellschaftliche Funktion in relativer Autonomie wahrnehme"[73], als Mechanismus der sozialen Kontrolle entgegen.[74] Unter Strafe sind Handlungen gegen dieses System zu stellen, nicht lediglich die schlichte Unmoral einer Handlung. Zwar führt nach *Amelung* nicht jede Einzeltat in einem „System von der Dimension einer Industriegesellschaft" zu einer Systemstörung, er stellt jedoch auf die „generelle Geeignetheit zur Desorganisation" durch die Häufigkeit dieser Erscheinungen ab.[75]

Amelung beschränkt sich bei der Erarbeitung nicht auf die Systemtheorie, sondern erweitert die Basis seiner Theorie um die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen des Grundgesetzes als äußerster Grenze und Orientierungshilfe, um sie normativ zu legitimieren. Damit kann er als eine Art Avantgardist ausgemacht werden, denn er war einer der ersten Autoren, der einen verfassungsrechtlich bestimmten Rechtsgutsbegriff generiert und unter Zuhilfenahme soziologischer Kommunikationstheorien konkretisierte. Andere Verfechter des verfassungsrechtlichen Ansatzes, der gerade in der sog. Inzestentscheidung des *BVerfG* zur Begründung einer Negation des Rechtsgutsdogmas fruchtbar gemacht wurde, sollen unter g) dargestellt werden:

g) Der Blick über den strafrechtlichen Tellerrand

Die Erkenntnis, dass der Rechtsgutsdschungel mit den Mitteln des Strafrechts allein nicht zu lichten ist, führt in den 1990er Jahren dazu, verfassungsrechtliche Einflüsse auf die Kriminalpolitik mehr in den Blick zu nehmen. Nach einer Abhandlung *Paulduros*[76] gilt heute die Habilitationsschrift *Lagodnys* als ein wichtiger Meilenstein für die Fruchtbarmachung des Verfassungsrechts für dieses Themengebiet. Ausgehend von der Annahme, dass der parlamentarische Gesetzgeber eine weitreichende Zwecksetzungskompetenz bei dem Erlass von Normen, aber keinen ihn bindenden vorpositiven Rechtsgutsbegriff zu berücksichtigen habe,[77] versucht *Lagodny* äußere Grenzen der Kriminalpolitik zu ermitteln. Dabei begreift er die Grundrechte als restriktive Interpretationsinstrumente der Strafnormen und entfernt sich vom strafrechtlichen Rechtsgutsdogma, weil in den Grundrechten eine umfassende Limitierungsfunktion des Strafrechts liege.[78] *Lagodny* verweist ferner auf die wichtige Unterscheidung zwischen dem Eingriff durch eine Verhaltens- und eine Sanktionsvorschrift. Bei letzteren sei man mit zwei Grundrechtseingriffen konfrontiert[79]. Er unterstellt *beide Eingriffe gesondert* dem aus der Verfassung hergeleiteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Radikaler in ihrer Konsequenz ist die Lehre *Appels*. Die Aufgabenbegrenzung des Strafrechts leite sich ausschließlich aus der Verfassung ab, die Rechtsgüterdogmatik könne sich nicht mal aus eigener Kraft ihren Aufgaben stellen.[80]

Roxins Lehre erfährt mit den Jahren eine Metamorphose, gehört er als Mitverfasser des *AE* doch zu denjenigen, die sich seit Anbeginn der BRD mit dieser Thematik beschäftigen. In seinen Frühwerken möchte er die Strafrechtsdogmatik und die kriminalpolitischen Wertentscheidungen synchronisieren. Diese beiden Bereiche sollen einer „dialektischen Einheit" entsprechen.[81] Dem Strafrecht möchte er dabei die Funktion eines sozialstaatlichen Steuerungsinstruments überantworten. Dafür erweitert er in seinen aktuelleren Schriften das strafrechtliche Instrumentarium um eine verfassungs-

69 *Koriath* (Fn. 26), S. 563.

70 *Niklas Luhmann*, Funktionale Methode und Systemtheorie, Soziale Welt 15 (1964), 1 (13 f.).

71 *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 33.

72 *Amelung* (Fn. 15), S. 361.

73 *Luhmann* (Fn. 71), S. 354.

74 *Amelung* (Fn. 15), S. 361.

75 *Amelung* (Fn. 15), S. 388.

76 *Aurelia Paulduro*, Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches, im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1992.

77 *Lagodny* (Fn.60), S. 143 f.

78 *Matthias Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 83.

79 *Otto Lagodny*, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, 83 (84).

80 *Ivo Appel*, Verfassung und Strafe: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 356.

81 *Claus Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973, S. 10.

rechtliche Dimension. Die Legitimation strafrechtlicher Sätze bezieht er – anders als *Lagodny* – aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG.[82] Strafrechtssätze haben daraus resultierend die Funktion, ein ungefährdetes Zusammenleben aller Bürger zu ermöglichen und ihre persönliche Entfaltung zu fördern. Zur Erreichung dieses Ziels muss das Strafrecht nach *Roxin* Rechtsgüter, mithin die staatliche „Daseinsvorsorge" schützen. Der Zweck der Normen ist folglich generalpräventiv bestimmt, obgleich er sich nicht allein darauf beschränkt.[83]

Er leitet seinen systemkritischen Rechtsgutsbegriff in der dritten Auflage seines Lehrbuches aus der Verfassung ab.[84] Mit der Perspektiverweiterung tritt er einerseits einer uferlosen Ausweitung von Strafrechtsnormen entgegen; sie müssen sich jetzt explizit an den Grundrechten des Einzelnen messen lassen. Andererseits unterstellt er den Rechtsgüterschutz verfassungsrechtlichen Zwecksetzungen, die immer wieder aktualisiert werden.

Universalrechtsgüter sind nach der Münchner Schule um *Roxin* nur taugliche Objekte, wenn sie einen Beitrag zum friedlichen Miteinander und zur freien Entfaltung leisten. Folglich können (Schein-)Rechtsgüter dort verneint werden, wo Strafbarkeit unter dem Vorwand, dem Schutz eines Universalrechtsgutes zu dienen, vom Gesetzgeber missbräuchlich konstruiert werden.

4. Zwischenergebnis

Die bisher gewonnenen Erkenntnisse lassen sich grob in drei Kategorien zusammenfassen.

a) Die gesellschaftstheoretischen Lehren

In diese Kategorie der Rechtsgutstheorien kann man die Lehren *Welzels*, *Amelungs*, aber auch *Hassemer* einordnen. *Welzels* Ansatz, die Einübung sozialethischen Verhaltens als vorrangige Aufgabe des Strafrechts, verwechselt Mittel und Zweck. Seine Einübung in Normanerkennung gehört schon in den Rechtsgutslehren als sog. positive Generalprävention zu den Aufgaben des Strafrechts. Diese Einübung in Normanerkennung ist kein originärer Selbstzweck, sondern dient der Verhinderung künftiger Rechtsgutsverletzungen und ist somit Mittel zum Zweck des Rechtsgüterschutzes[85]. Des Weiteren lassen sich Aktwerte wie „Ehrlichkeit" nicht messen und erscheinen als Bezugsgröße wenig präzise[86] und zu nahe am Gesinnungsstrafrecht angelehnt: Der spezifische Charakter eines Rechtssatzes muss klar formulierte Imperative hervorbringen, damit sich die Bürger mit ihrem Handeln danach richten können.

b) Die personalen Rechtsgutslehren

Die *personale Interessentheorie* wird teilweise deshalb abgelehnt, weil der Begriff des Interesses unklar sei und daher keine Erhellung in der Diskussion um den Rechtsgutsbegriff stifte. Gerade *Marx´* Lehre muss sich den Vorwurf gefallen lassen, die Angabe zu vernachlässigen, auf welchem Abstraktionsgrade er seine Theorie entwickelt. Die Folge ist eine Tendenz zur Verflüssigung, weil er es versäumt, definitorische Grenzen zu setzen. Er muss sich fragen lassen, ob nach seiner Definition nicht jedes überindividualistische Rechtsgut auf einem hohen Abstraktionsniveau personal-funktional[87] gedeutet werden kann.

Insbesondere *Hassemers monistisch-personale Lehre* wird als Versuch verstanden, das „Rad der Zeit" wieder zurückzudrehen und so zu einem kompakten, effizienten Kernstrafrecht zu gelangen.[88] Dieses Verhalten komme einer Vogel-Strauß-Reaktion in Bezug auf neue Entwicklungen gleich, deshalb wird ihm mangelnde Flexibilität bzgl. der Rechtsgüter neuen Zuschnitts vorgeworfen. Insgesamt hat die *personale Lehre* wohl den Nimbus des Überkommenen inne.

c) Die verfassungsrechtlichen Konzeptionen

Galten die Theorien mit ihrer verfassungsrechtlichen Dimension lange als Exoten in der strafrechtlich geprägten Auseinandersetzung mit dem strafrechtlichen Rechtsgutsdogma, müssen sie angesichts der Entwicklung seit dem Beschluss des BVerfG als moderne Vorreiter gelten. Dennoch besteht Kritik an dieser Konzeption.[89] Mit der Einbeziehung der Grundrechte würde lediglich ein enger Kern abgedeckt, sozusagen das Substrat des legitimen Strafens erfasst. Andere Normen blieben weiterhin eine Erklärung über ihre Berechtigung schuldig. Ferner wird vorgebracht, mit der Berücksichtigung der Verfassung als äußerste Strafbegründungsgrenze habe der Gesetzgeber einen enormen Spielraum in der Normgenese, soweit der Zweck nicht eindeutig mit den Grundrechten kollidiert.[90]

III. Entmaterialisierungstendenz – eine Untersuchung

Seit Jahren betonen kritische Autoren eine Entmaterialisierungstendenz des klassischen Rechtsgüterschutzes[91] und verzeichnen diese Feststellung auf Grund ihres „sensiblen Judiziums" und dank ihrer Beobachtungsgabe. Was ist darunter zu verstehen?

82 *Claus Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (381).

83 *Roxin* (Fn. 82), JuS 1966, 377 (381).

84 *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Bd. 1: Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 9.

85 *Roxin* (Fn. 84), S. 48.

86 *Amelung* (Fn. 13), S. 134.

87 *Müssig* (Fn. 11), S. 48.

88 *Stratenwerth* (Fn. 19), S. 32.

89 *Stratenwerth* (Fn. 19), S. 34.

90 *Martin Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 198.

91 Vgl. statt vieler: *Winfried Hassemer*, Interkulturelles Strafrecht, in: Rainer Zaczyk/Michael Köhler/Michael Kahlo (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, S. 101, 108; *ders.*, Vor § 1, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, §§ 1 – 21, Reihe Alternativkommentare, 1990, Rn. 274.

1. Entmaterialisierungstendenzen

Diese Tendenz, die seit der zweiten Hälfte der 1970er Jahre verzeichnet wird, trete in Verbindung mit anderen „Phänomenen" auf, die das *moderne Strafrecht*[92] kennzeichneten: Das sog. Risikostrafrecht[93], eine weite Verlagerung von Kriminalität ins Vorfeld einer Tat, unausgegorene *ad-hoc*-Gesetzgebung als Reaktion auf Krisen[94] und die Tendenz einer umfassenden Kriminalisierung von *Gefahren*[95] gehen Hand in Hand mit einer Entmaterialisierung, einer Verflüssigung des Rechtsgutsbegriffs zugunsten abstrakter Universalrechtsgüter. *Herzog* benutzt das anschauliche Bild einer „Gefährdung des Strafrechts durch Gefährdungsstrafrecht"[96].

Diese Entwicklung werde heute dadurch verschärft, dass der Rechtsgutsbegriff zunehmend sein nach *Hassemers* Unterscheidungsmodus systemkritisches Gewand verliere, indem die gängigen Kommentare beim Verweis auf das geschützte Rechtsgut auf das vom Gesetzgeber angegebene verweisen. Dadurch entstehe der Eindruck, „Rechtsgut" sei ein positiv bestimmtes Schutzgut. Simultan gehe diese Verzerrung mit einem *Funktionswandel des Rechtsgutsprinzips an sich* einher: War es früher in seiner kritischen Funktion *negativ* Mittel zur Begrenzung des gesetzgeberischen Rechtsetzungswillens, ist es heute *positiv* gewendet, ein Grund dafür, jeglichen Zustand, alles was zu einem Rechtsgut funktionalisiert werden kann, mit Strafe zu belegen.[97]

Da sich hinter dieser vermeintlichen Entwicklung des sog. modernen Strafrechts ein fundamentaler Wandel im (Selbst-)Verständnis des Strafrechts manifestiert, erscheint es sinnvoll, sich denkbare Ursachen genauer anzusehen und Aussichten für das Rechtsgutskonzept abzuleiten. In unseren Zeiten – gewissermaßen einer Zeit normativer Desorientierung – greife mit der Terminologie der Systemtheorie, eine „gesellschaftliche Verständigung über ein wachsendes Sicherheitsbedürfnis" aufgrund einer latenten Verbrechensangst und omnipräsenten Bedrohungsfurcht um sich. Der Gesetzgeber, der sich als wehrhaft erweisen will,[98] reagiere auf dieses gesellschaftliche Bedürfnis, das das Entrinnen sozialer Normen mit einem Verschärfen normativer Normen kompensieren möchte, mit oben erwähnten Mechanismen. Ebendiese kann man allesamt als Kriminalisierungstendenz bezeichnen.[99] Daher erlasse er nach dem dargestellten Muster neue Gesetze in moderner Dialektik.[100] Dazu gehört gerade die Wandlung ganzer Deliktskomplexe in abstrakte Universalrechtsgüter.

2. Untersuchung mittels einer deskriptiven Inhaltsanalyse

Um einen Erkenntnisgewinn zu bringen, bediente sich die diesem Aufsatz zugrundeliegende Arbeit zur Ermittlung etwaiger Entmaterialisierungstendenzen unter Zuhilfenahme einer deskriptiven Inhaltsanalyse – eher beheimatet in der empirischen Sozialforschung – eines unbestechlichen Mittels: Sie stellte sich dem Zahlenbeweise.

Ausgehend vom methodischen Rechtsgutsbegriff, der als Hilfsmittel bei der Auslegung fungiert, soll in der nachfolgenden Analyse das jeweilige Rechtsgut der einzelnen Strafrechtssätze herausgearbeitet werden. Eine systemkritische Würdigung im Sinne des Unterscheidungsmodells der Erkenntnisinteressen nach *Hassemer*[101] leistet sie nicht.

a) Umsetzungsbedingungen und Methodik der deskriptiven Inhaltsanalyse

Zur Analyse der Entwicklung des Kernstrafrechts wurden die Straftatbestände *und* die Regelbeispiele des Besonderen Teils ab 1960 in einem Intervall von fünf Jahren auf die geschützten Rechtsgüter hin untersucht. Um diese zu identifizieren, wurde im *Schönke/Schröder*-Kommentar zum Strafgesetzbuch jeder Paragraph auf das explizit genannte Rechtsgut untersucht. Dabei wurde für jeden Paragraphen unterschieden, ob er ein Individual- oder Universalrechtsgut schützt. Zudem wurden die Rechtsgüter in neun stärker differenzierende Unterkategorien eingeordnet. Auf Grund einer Häufung von Rechtsgütern in einigen Paragraphen erschien es sinnvoll, einen zweiten bereinigten Datensatz zu erstellen, der maximal ein Individual- und ein Universalrechtsgut enthielt. Der ursprüngliche Datensatz hat einen Umfang von 3.167 Beobachtungen, während der zweite 2.931 Daten enthält. Die Auswertung ist nur in dem Maße repräsentativ, als sie sich auf das Kernstrafrecht des Strafgesetzbuches bezieht. Eine Verzerrung bzgl. der Daten könnte sich daraus ergeben, dass für zwei Erhebungszeitpunkte auf andere Kommentare zurückgegriffen werden musste. Bei Uneinigkeit bzgl. des Rechtsgutes wurde die h. L. bzw. die ermittelte Intention des Gesetzgebers berücksichtigt. Standen diese im Widerspruch, wurde – entsprechend des Untersuchungszweckes – der gesetzgeberische Wille (teilweise zusätzlich aus den jeweiligen Bundestagsdrucksachen ermittelt) berücksichtigt. Natürlich bleibt ausdrücklich zu vermerken, dass man mit einer gewissen „Demut vor der Wissenschaft" gut bedient ist: Diese Untersuchung ist an

92 *Winfried Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, *passim*.

93 *Cornelius Prittwitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, S. 31 *et passim*.

94 *Knut Amelung*, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 19 (60 f.); kritisch dazu auch *Karl-Ludwig Kunz* in dieser Ausgabe der GreifRecht, S. 94 (insbes. 97 f.).

95 *Winfried Hassemer*, Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, in: ders. (Hrsg.), Strafen im Rechtsstaat, 2000, 268 (271).

96 *Felix Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 70.

97 *Winfried Hassemer*, Freiheit und Sicherheit am Beispiel der Kriminalpolitik, GreifRecht 2008, 73 (75).

98 *Hans Kromrey*, Gefangenen- und Inhaftierungsraten in Europa – Entwicklungen und Erklärungsmöglichkeiten, GreifRecht 2009, 23 (30).

99 *Hassemer*, in: ders. (Fn. 95), *passim*.

100 *Hassemer,* in: ders. (Fn. 95), 268 (279).

101 *Hassemer* (Fn. 5), S. 20.

Wahrheitserkenntnis nicht absolut, spiegelt aber durch die Anwendung einer anderen Methode ein interessantes Ergebnis wider. Die Ansichten, die vor einer Entmaterialisierung warnen, speisen ihre Resultate vielmehr aus einer Beobachtung multikausaler Abläufe und Zusammenhänge und sind daher viel flexibler, als es ein „nackter Zahlenbeweis" zu sein vermag.

b) Ergebnis der Analyse

Wie aus *Abb. 1* entnommen werden kann, gibt es seit 1960 mehr Normen, die ein Universalrechtsgut schützen. Seit 1991 bis heute steigt die Anzahl der Individualrechtsgüter hingegen stetig, während die Anzahl der Universalrechtsgüter relativ konstant bleibt. So ergibt sich für das Jahr 2008 ein annähernd ausgeglichenes Verhältnis zwischen den Rechtsgüterarten.

Betrachtet man die absolute Zahl der genannten Rechtsgüter (*Abb. 2*), erhält man zwar für die Jahre 1960–1965 mehr Universalrechtsgüter, aber schon 1970 ändert sich

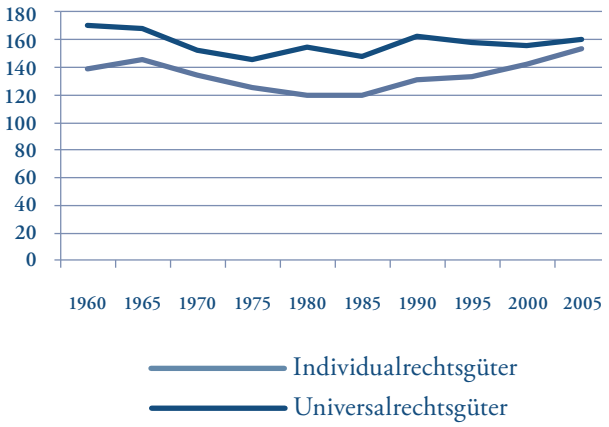

Abb. 1: Darstellung des zweiten Datensatzes, bei dem max. ein Universal- und Individualrechtsgut pro Paragraph erhoben wurde

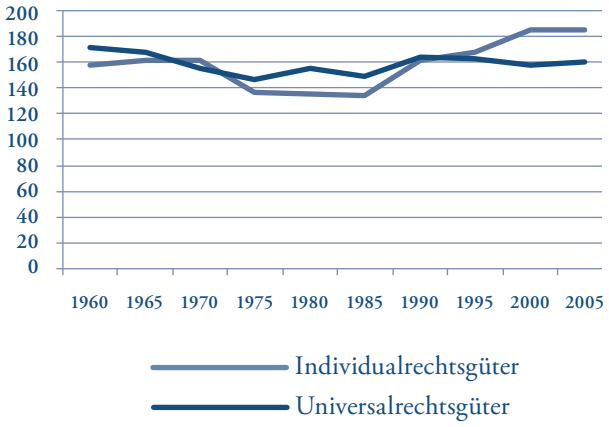

Abb. 2: Entwicklung aller genannten Rechtsgüter pro Paragraph (erster Datensatz)

dieses Bild. Hier sind es 161 Individual- und 155 Universalrechtsgüter. Diese Veränderung ist der Abnahme der Anzahl der Universalrechtsgüter geschuldet, die der Individualrechtsgüter bleibt gleich. Von 1975–1991 gibt es mehr Universalrechtsgüter, wobei die absoluten Zahlen der beiden Rechtgüterarten bis 1985 weiter abnehmen. Ab 1991 ist ein Anstieg der Rechtsgüter zu verzeichnen, der sich jedoch für die Individualrechtsgüter deutlich stärker abzeichnet und 2008 einen Stand von 185 Individual- zu 160 Universalrechtsgütern hervorbringt.

Aus den Ergebnissen beider Erhebungen wird deutlich, dass der Eindruck einer Entmaterialisierung durch einen Zuwachs von Universalrechtsgüter täuscht, da die Anzahl der Individualrechtsgüter in den letzten Jahren sowohl absolut als auch relativ gesehen zugenommen hat.

3. Argumentationstopoi am Beispiel des Umweltstrafrechts

Gerade aufgrund der anhaltenden Kritik am Umweltstrafrecht als symbolisches Gesetz kann man die Argumentationsmuster gut aufzeigen. Grundsätzlich werden drei Strömungen unterschieden.

Die *rein anthropozentrische* Lehre, die im Grundsatz nur einen anderer Begründungsmodus der personalen Rechtsgutslehre darstellt, erkennt auch bei den Umweltdelikten konsequent nur höchstpersönliche Güter als schützenswert an.[102] Eine Handlung ist tatbestandlich, wenn sie eine gegenwärtige oder künftige Gefährdung für die Gesundheit oder das Leben einzelner Menschen darstellt.[103] Diese Gedanken sind nicht erst in der Diskussion in den 1980er Jahren entstanden. Schon der *AE* von 1971 wollte i. S. e. anthropozentrischen Philosophie eine Bestrafung im Bereich der Umweltdelikte nur zum Schutz menschlichen Lebens vor Umweltgefährdungen als *Personengefährdungsdelikte* konstruieren.[104]

Als Anhänger der *rein anthropozentrischen Lehre* argwöhnen heute Vertreter der Frankfurter Schule, wie *Hassemer* oder *Hohmann*, die Trendwende hin zu großflächigen abstrakten Rechtsgütern wie der Umwelt, die eine originäre Ableitungsbeziehung vom Interesse des Menschen nicht mehr erkennen lassen.[105] Daher plädieren einige, für diese Tatbestände ein neues „Interventionsrecht"[106] zu realisieren. Dieses Interventionsrecht stünde zwischen dem Recht der Ordnungswidrigkeiten und dem Strafrecht, zwischen Zivil- und Öffentlichem Recht. Das Kernstrafrecht solle

102 *Kristian Kühl*, Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?, in: Julian Nida-Rümelin/Dietmar von der Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2002, 245 (253).

103 *Kühl*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Fn. 102), 245 (252).

104 *Jürgen Baumann*, Ein Nachtrag zu den Personengefährdungsdelikten des Alternativ-Entwurfs, ZRP 1973, S. 51.

105 *Winfried Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1999, S. 10.

106 *Wolfgang Naucke*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, S. 35 ff.

nur Tatbestände beinhalten, die sich auf den Schutz eines individuellen Rechtsgutes berufen können.[107]

Argumentativ berufen sie sich zur Begründung ihrer reduktionistischen Auffassung auf die Lehre vom Gesellschaftsvertrag:[108] Strafbar ist lediglich, was gegen die vertraglich garantierten Freiheiten anderer verstößt. Diese Auffassung ist in der herrschenden Lehre als „rückständig" auf heftige Kritik gestoßen.[109] Diese enge Rechtsgutslehre könne mit den modernen gesellschaftlichen Entwicklungen nicht mehr Schritt halten, zudem ignoriere sie die Argumente der „ökologischen Ethik", die sich zur Umwelt und ihren Medien als selbstständige Rechtsgüter bekenne.[110] Einem Kritikpunkt aber kann sie in der Tat nichts entgegensetzen: Warum sollte die Strafe als schärfste Waffe nicht eingesetzt werden, wo nicht nur der Einzelne, sondern der ganze Bestand der Menschheit gefährdet werde? Konkret: Was ist eine Körperverletzung gegen eine gravierende Wasserverseuchung, die eine Körperverletzung bei einer Vielzahl von Menschen hervorbringt?[111]

Nach dem von *Stone*[112] angestoßenen rein *ökozentrischen* Standpunkt wiederum steht der Mensch in einer Verantwortungsbeziehung zum Rechtsgut Umwelt und dessen Medien und müsse diese um ihrer selbst willen – als ideelles Gut – schützen.[113] Dieser *monistisch-etatistischen* Auffassung wird vorgeworfen, mit den Mitteln des Strafrechts moralisieren zu wollen, indem sie die Verletzung bestimmter Wertüberzeugungen pönalisiert.[114] Sie durchbricht die Grenze, die *Kant* zwischen Moralität und Legalität gezogen hatte. Dächte man dies konsequent zu Ende, würden die Individual- von den Allgemeinrechtsgütern her funktionalisiert. Die h. L. vertritt eine *ökologisch-anthropozentrische Sicht*. Dies geschieht unter Preisgabe der Reinheit beider Positionen.[115] Sie fordert eine *Letztbezüglichkeit* der Schutzgüter auf den Menschen: Die Umwelt sei taugliches Schutzobjekt in ihrer Funktion als humane Lebensbedingung.[116] Damit entspricht sie dem Willen des Gesetzgebers, der im 16. StrÄndG auf den ökologischen Rechtsgutsbegriff verweist. Dieser Vorstellung liegt eine *dualistische Rechtslehre* zugrunde, die beide Rechtsgüter gleich bewertet.

Man wirft dieser Theorie allerdings vor, sie verwechsele den Unterschied zwischen dem Handlungsobjekt (Umweltmedium) und Rechtsgut – eine Unterscheidung, die seit *von Liszt* nicht mehr in Frage gestellt wird.

Die Frage nach dem Rechtsgut der §§ 324 ff. StGB ist keine Diskussion um des Kaisers Bart, sondern ein praktischer Streit um die Schutzrichtung dieser Delikte und damit letztlich über den Ausgang des Rechtsgutsprinzips. Denn normalerweise sanktioniert das Strafrecht Taten, die sinnlich wahrnehmbar einem rechtlich geschützten Interesse zuwiderhandeln, indem sie es verletzen.[117] Bei den Umweltstraftaten nimmt man die Verstöße gerade nicht unmittelbar wahr,[118] weil sie weit vorgelagert sind. Eine tatsächliche Verletzung kann lange auf sich warten lassen, mitunter nie eintreten.

IV. Neueste Entwicklung: Abkehr vom Rechtsgutsprinzip per Beschluss?

In der neuesten Entwicklung steht einmal mehr *Hassemer* an vorderster Front. So wählt das Schicksal eine wie für ihn verfasste Plattform: In seiner Funktion als Vizepräsident des BVerfG hat er den Vorsitz im sog. Inzestfall.

1. Der sog. Inzestfall des BVerfG

Hinter dem tragischen Einzelschicksal des Beschwerdeführers *Stübing*, der seine leibliche Schwester spät kennenlernt und mit ihr vier gemeinsame Kinder bekommt, steckt ein fast explosives juristisches Pulverfass: Der Streit um die Notwendigkeit eines Rechtsguts zur Legitimation einer Strafnorm wie dem § 173 StGB.

Im Kern sah sich das Gericht der Schwierigkeit gegenüber, dass sich aus den Gesetzesmaterialien des § 173 StGB kein eindeutiges Rechtsgut entnehmen ließ und damit die Existenz dieses Paragraphen im Hinblick auf die Rechtsgutslehre einem besonderen Legitimationsdruck ausgesetzt war.

Wer nun dachte, das BVerfG würde sich, der liberalen Tradition in der Rechtsgüterdiskussion verpflichtet, mit der Existenzberechtigung des § 173 StGB im Sinne der Rechtsgutslehren kritisch auseinandersetzen, der irrte. Vielmehr betont es die Unabhängigkeit einer solchen Entscheidung von den Vorgaben, die das Rechtsgutsprinzip aufstellt. In einer Art Übersprunghandlung führt das BVerfG gleich mehrere (fragwürdige) Schutzrichtungen ins Feld. Neben dem Schutz von Ehe und Familie und der sexuellen Selbstbestimmung wird die Gesundheit der Bevölkerung benannt. Zudem rechtfertigt das Gericht die „*Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzests*"[119]. Hieran eine krasse Abkehr von den bisherigen Errungenschaften im Rechtsgüterstreit zu erblicken, ist sicherlich keine fernliegende Diagnose.

107 *Hassemer*, in: ders. (Fn. 95), 268 (283).

108 *Krüger* (Fn. 78), S. 64.

109 *Kühl*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Fn. 102), 245 (256).

110 *René Bloy*, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW 100 (1988), 485 (493).

111 *Günther Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), 679 (688).

112 *Christopher Stone*, Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment, 1972.

113 *Rudolf Rengier*, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 2506 ff.

114 *Bloy* (Fn. 110), ZStW 100 (1988), 488 (493).

115 *Kühl* in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Fn. 102), 245 (261).

116 *Kristian Kühl*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2011, Vor § 324 Rn. 7.

117 *Stratenwerth* (Fn. 111), ZStW 105 (1993), 679 (681).

118 *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 35.

119 BVerfGE 120, 224, Leitsatz 6.

Einen echten Bruch mit dem Rechtsgutsprinzip, eine Absage an dieses Kernelement des deutschen Strafrechts, vollzieht das BVerfG sodann, indem es fortfährt: „Darüber (Anm. d. Verf.: über das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip) hinaus unterliegen Strafnormen von Verfassungs wegen keinen strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgte Zwecke. *Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten*“[120]. Dann erläutert es *in medias res* ausführlich, warum auf diese strafrechtliche Konzeption nicht zurückgegriffen werden könne: Der Rechtsgutsbegriff, so kritisiert das Gericht, sei unzulänglich, weil keine Einigkeit über den Bedeutungsgehalt bestehe. Entweder sei er als „normativer Rechtsgutsbegriff“ ein Synonym für die *ratio legis* und damit nicht in der Lage den Gesetzgeber zu binden, oder er erhebe den Anspruch auf Überpositivität und bleibe dabei unklar. Zwar attestiert das Gericht der Rechtsgutslehre eine irgendwie geartete rechtspolitische oder dogmatische Relevanz, verwehrt ihm jedoch die entscheidende Funktion des Steuerungsmechanismus in der Frage nach der Zulässigkeit der Normengenese.

Der Beschluss des BVerfG scheint ergebnisorientiert motiviert. Denn der vermeintlich notwendig mit den Mitteln des Strafrechts vorzunehmende Schutz der benannten Schutzgüter ist eine Scheinbegründung über den Schutz von Scheinrechtsgütern, die im Handumdrehen entlarvt werden kann. Vielmehr hätte eine Streichung der Vorschrift wohl zu hohe Wellen geschlagen und weitere ausgelöst. Für die Zukunft entsteht allerdings ein problematisches Signal: Der Gesetzgeber wird künftig kraft höchstrichterlicher Entscheidung nicht durch eine Beschränkung aufgrund des Rechtsgutsprinzips in seiner Einschätzungsprärogative gebremst. Daran kann man auch die Hauptkritik an diesem Urteil fest machen: Einer begründeten Nichtanwendung der Rechtsgutsdogmatik im konkreten Fall hätte der Vorzug vor dem absolutistischen Generalschlag gegen dieses Konzept gebührt.

2. Hassemers Sondervotum

Hassemer hinterfragt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Strafnorm, wenn ihr der Bezugspunkt fehlt, an dem sich Legitimität, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit beurteilen lassen.[121]

Zudem erteilt er den vom Senat vorgebrachten Strafzwecken eine Absage in Bezug auf eine Relevanz im Rechtsgutskonzept und plädiert für die Streichung der Norm. Denn sie schütze eben gerade nur dies: Moralvorstellungen der Allgemeinheit.[122] Das sei nicht Aufgabe des Strafrechts, müsse aber vor allem mit anderen, besser geeigneten Mitteln als dem Strafrecht vollbracht werden. Schon deshalb fehle es an der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Vorschrift. *Hassemers* Kritik an „seinem Senat“ ist folgerichtig.

3. Urteil des EGMR vom 12.04.2012

Der EGMR setzt sich – was zu erwarten war – in seiner Entscheidung[123] nicht *en detail* mit der deutschen Rechtsgutsdogmatik auseinander. Vielmehr bestätigen die Straßburger Richter das Urteil des BVerfG und sekundieren, dass die deutsche Strafnorm das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK nicht verletze. Dies ist auch evident, denn die deutsche Rechtsgutsfrage wird doch eher im Subtext der Entscheidung des BVerfG behandelt. Man erkennt sie nur schemenhaft unter dem Korpus des konkreten Falls und nur, wenn man durch die jahrelange deutsche Diskussion sensibilisiert ist. Erschwerend kommt hinzu, dass sich in der gesamteuropäischen Rechtstradition kein einheitliches Bild über die Frage des Inzests abzeichnet. Es wäre daher geradezu bahnbrechend gewesen, wenn der EGMR sich eines uneinheitlich bewerteten deutschen Prinzips bedient hätte, mit dem er für Deutschland verbindlich einen europäisch uneinheitlich bewerteten Sachverhalt regelt. Offen bleibt, ob er die Schutzgüter „Familie, sexuelle Selbstbestimmung und öffentliche Gesundheit“ als Rechtsgüter oder reine Moralvorstellungen versteht und mit welcher Konsequenz für die europäische Rechtsprechung, ob also *per se* auf europäischer Ebene auf das Erfordernis, Strafrechtsnormen ein konkretes Rechtsgut abzuverlangen, verzichtet wird. In der Sache ist die Entscheidung des EGMR daher eher ernüchternd und wenig zukunftsweisend.

V. Ausblick

Auch nach dem konsentierten Schulterschluss von BVerfG und EGMR, der dem Rechtsgutsbegriff in überraschender Deutlichkeit seine Existenzberechtigung abgesprochen hat, bleibt die Auseinandersetzung über den richtigen Rechtsgutsbegriff eine der wichtigsten strafrechtsdogmatischen Herausforderungen der Gegenwart. Denn der im doppelten Wortsinne treffendste Vorwurf, der ihm vom BVerfG bescheinigt wurde, ist doch, dass er sich aufgrund interner Differenzen um die Deutungshoheit dieses Begriffs zu einem zahnlosen Instrument entwickelt hat. Im Sinne eines Jetzt-erst-recht täte man gut daran, sich, nach dieser Degradierung, die durch das EGMR-Urteil eine ganz neue – eben europäische – Dimension erfahren hat, zurückzubesinnen und seine neue selbstständige Rolle zu finden und zu kommunizieren. Nach einer Zwangspause mit verordnetem Burgfrieden sollte der Rechtsgutsbegriff eine Art Kooperationsverhältnis mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip suchen, um gemeinsam künftige Aufgaben, die der technische Fortschritt und gesellschaftspolitische Neuerungen bringen, zu bewältigen. Dafür braucht er aber klare Umrisse, um

120 BVerfGE 120, 224, Rn. 39 (Hervorhebung durch die Autorin).

121 BVerfGE 120, 224, Rn. 79.

122 BVerfGE 120, 224, Sondervotum, Rn. 99.

123 EGMR, 12.04.2012, Rs. 43547/08 – *Stübing v. Germany*.

möglichen Gefahren begegnen zu können. Diese können im *expansiven Strafrecht* mit seiner modernen Dialektik gesehen werden, das sich, so *Hassemer*, von seinen rechtsstaatlichen Wurzeln löse und „in immer mehr Bereiche von Staat und Gesellschaft ausdehne, weil es für sich beansprucht, es habe angesichts moderner Gefährdungen eine hohe Problemlösungskapazität anzubieten".[124]

Vielleicht ist eine gewisse Großflächigkeit in der Definition von Rechtsgütern in einer diffizilen Gesellschaft mit komplexen Problemen notwendig. Allerdings müsste die Kriminalpolitik sich dann über den Preis und die Höhe etwaiger Kollateralschäden verständigen und verständlich machen. Sonst verkommt das Strafrecht selbst zu einem Steuerungsmechanismus, der Kollektive kontrolliert und sozialpolitische Interessen einflussreicher Lobbys flankierend unterstützt – zur großangelegten Volkspädagogik.

124 *Winfried Hassemer*, Prozedurale Rechtfertigungen, in: ders., Strafen im Rechtsstaat, 2000, 109 (118).