

Anti-soziales Verhalten (Anti-social behaviour) und die Funktion von Strafe

KIM Sangyun

1. Einleitung

Ich untersuche die Funktion der strafrechtlichen Regulierung und der Strafe bei anti-sozialem Verhalten (anti-social behaviour), wobei ich einen gesellschaftlichen Hintergrund und eine soziale Einschätzung für dieses anti-soziale Verhalten skizziere.

Unsere Gesellschaft wird oft als Risikogesellschaft bezeichnet¹⁾. In einer solchen Gesellschaft verlangt man häufig nach Sicherheit und Daseinsvorsorge, um der Unsicherheit zu entgehen²⁾. Vor dem Hintergrund einer Gesellschaft, in der es um die Risiken und die Kontrolle der Risiken geht, findet man erhebliche nachteilige Auswirkungen des technologischen Fortschritts und man steht vor der Schwierigkeit, Auswirkungen für die Zukunft vorhersehen zu müssen. Sicherheit strebt man nicht an, weil man sich bei subjektiven Umständen unwohl fühlt, sondern vielmehr, weil der soziale Zustand in der Gesellschaft instabil ist.

Viele Probleme in der Gesellschaft, die Unsicherheit und Sicherheitsbedürfnisse herbeiführen, scheinen Probleme zu sein, die die gesamte Gesellschaft und alle gesellschaftlichen Schichten betreffen, so daß alle Bürger zusammen sie bewältigen müssen.

Vor unbekannten Risiken fühlt man sich unsicher und bedarf der Sicherheit oder des Sicherheitsgefühls. "Risiko" in meinem Referat bedeutet nicht nur die Gefahr, durch die menschliches Leben in der Zukunft verletzt werden kann. "Risiko" betrifft auch die Stabilität des sozialen Systems, der sozialen Zusammenhänge und der bürgerlichen Ethik. Deswegen wird man nicht nur die Vorbeugung vor Schaden, sondern schließlich auch das Sicherheitsgefühl im Strafrecht diskutieren zu müssen. In dieser Situation, in der das Sicherheitsgefühl eine Hauptrolle bei den gesellschaftlichen Problemen spielt, fühlt man, daß die eigene Lebenswirklichkeit sich auf einer sehr schwachen Grundlage befindet.

2. Strafrecht und Risiko

Inzwischen bemüht der Staat sich nicht nur um nachträgliche Reaktion und Wiedergutmachung bei Verbrechen, sondern begründet sein Handeln auch durch die soziale Ethik, um gesellschaftliche Schwierigkeiten zu überwinden. Die Begründung durch die soziale Ethik bedeutet etwa bei Umweltverschmutzung neben der Herausstellung eines neuen Lebensstils die Schaffung eines neuen

Ethikbewußtseins und bei Drogenmißbrauch – was besonders die Jugend betrifft – neben der Erstarkung des erschlafenden Normbewußtseins den Wiederaufbau guter alter ethischer Vorstellungen³⁾.

In der modernen Gesellschaft wollte der Bürger vom Staat unabhängig sein. Die Staatsmacht und der Bürger standen zueinander in einem Spannungsverhältnis, und es war ein langjähriges Problem für die Zivilgesellschaft, definitiv eine Grenze für die Anwendung der Macht zu markieren. Man glaubte bisher, daß durch die Einschränkung der Machtanwendung des Staates das bürgerliche Recht gewährleistet sei und damit auch die Zivilgesellschaft.

Aber in einer Gesellschaft, die sich gegen Risiken abschotten will, ist der Staat keine Risikoquelle mehr für die bürgerliche Freiheit und befindet sich daher zu dem Bürger in keinem Spannungsverhältnis. Mit anderen Worten, der Staat ist kein notwendiges böses Wesen.

Die unbekannten Risiken, wonach vom Menschen verursachte Umweltbedingungen seine Existenz ruinieren können, sind ein Faktor der Unsicherheit und eine von der Gesellschaft zu bewältigende Aufgabe⁴⁾. Man erkennt an dieser Situation, daß der Bürger selbst Maßnahmen gegen solche Risiken nach Staat verlangt⁵⁾.

Das Strafrecht verlagert in der oben beschriebenen Art und Weise nunmehr nach und nach seine Zuständigkeit⁶⁾. Wegen der Komplexität der gesellschaftlichen Systeme, wegen der verschiedenen sozialen Probleme und der Schwächung der autonomen Bewältigungskapazität diskutiert man immer mehr über eine Öffnung des Strafrechts. Das bedeutet aber auch, daß der Staat in unserer Zivilgesellschaft durch das Strafrecht intervenieren kann. Anstelle eines Strafrechts, das überwiegend retrospektiv die Verletzung und Gefährdung der Rechtsgüter ahndet, tritt heute ein Strafrecht, das überwiegend präventiv angelegt ist und sich an den Folgen von Handlungen orientiert.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände untersucht man intensiv die Funktion von abstrakten Gefährdungsdelikten als Steuerungsmittel und ihre Rechtfertigungsgründe. Ferner prüft man die Einschränkung der abstrakten Gefährdung. In den letzten Jahren gelten unter der Präventions- und Folgenorientierung die abstrakten Gefährdungsdelikte als effektive und präventive Regulierungsmittel gegen bestimmte Risiken⁷⁾. Kurz geschrieben: Die abstrakten Gefährdungsdelikte haben eine Funktion als strafrechtliche Präventionsmittel, um im Voraus den zukünftigen Risiken vorzubeugen und sie zu minimieren⁸⁾. Man will dabei mit den abstrakten Gefährdungsdelikten, mit Unternehmensdelikten und Vorbereitungsdelikten diesen Zweck erreichen⁹⁾. Das heißt, daß in den letzten Jahren der Rechtsgüterschutz und die Strafbarkeit im Strafrecht vorverlagert wird. Mit der Vorverlegung des Rechtsgüterschutzes reagiert das Strafrecht auf menschliche Handlungen bereits in der Vorstufe der Verletzung von Rechtsgütern¹⁰⁾.

Die Zahl der Tatbestände von abstrakten Gefährdungsdelikten haben im Kernstrafrecht und insbesondere im Verwaltungsstrafrecht stark zugenommen. Nach herrschender Meinung bedarf es keiner Verursachung der abstrakten Gefährdung bei der abstrakten Gefährdungsdelikte. Die Gefährdung ist nur eine gesetzgeberische Motivation. Die abstrakten Gefährdungsdelikte sollen dadurch gekennzeichnet sein, daß in einer Strafbestimmung bloß ein typischerweise gefährliches Verhalten unter Strafe gestellt wird, ohne daß im Einzelfall eine konkrete Gefährdung eines durch den Straftatbestand geschützten Rechtsobjekts gefordert wird.

Der Strafgesetzgeber benutzt die abstrakten Gefährdungsdelikte in der Gegenwart sehr häufig, um bestimmte Verhaltensweisen im Vorfeld einer Verletzung zu pönalisieren. Sehr schnell wäre man dann in einer funktionalistischen Betrachtungsweise des Strafrechts gefangen, die Realität und Erwartung in sich

zusammenfallen läßt, indem sie die latente Funktion des Strafrechts auf der normativen Ebene umsetzt. Wenn das Strafrecht mit dem Sicherheitsbedürfnis korrespondiert, nimmt es seine vornehmste Aufgabe wahr, nämlich Gefährdungen zu vermeiden. Kurz gesagt, die abstrakten Gefährdungsdelikte haben den Charakter strafrechtlicher Präventions- und Steuerungsmittel, um im Voraus das zukünftige Risiko zu minimieren¹¹⁾.

Allerdings gibt von verschiedenen Seiten Kritik an einer solchen Anwendung der abstrakten Gefährdungsdelikte. Die abstrakten Gefährdungsdelikte bringen immer ein inhaltsleeres Rechtsgut mit sich. Das ist eine Seite der Problematik der abstrakten Gefährdungsdelikte. Das Problem der abstrakten Gefährdungsdelikte hat auch damit zu tun, welche Aufgabe und Funktion das Strafrecht bekommen soll, was das Strafrecht in der Risikogesellschaft machen soll, wo man die Grenzen des Strafrechts ziehen soll usw.

Es ist selbstverständlich, daß die natürliche Umwelt als Ergebnis von Industrieaktivitäten, die das menschliche Leben rationaler gestalten und bequemer machen, verschmutzt wird. Die unbestimmten Gefährdungspotentiale akkumulieren sich und bedrohen demzufolge die ökologischen Lebensgrundlagen auf der Erde. Die abstrakten Gefährdungsdelikte haben auch die Funktion, diese negative Seite in der Risikogesellschaft zu verbessern. Man muß zwar soziale Subsysteme als menschliche, ökologische oder soziale Lebensgrundlagen und -voraussetzungen auf irgendeine Art erhalten, man kann auch die soziale Funktion dieser Systeme erkennen, es ist aber noch fraglich, ob die Erhaltung und Funktionstüchtigkeit, sieht man einmal von Schädigungen ab, mit dem Strafrecht und besonders als abstrakte Gefährdungsdelikte zu schützen sind. Die Gefährdung dieser Rechtsgüter bezieht sich nicht oder nur wenig auf individuelle Interessen oder Schadensfälle. Ist es also notwendig, diese Rechtsgüter mit dem Strafrecht zu schützen? Wenn man den Zusammenhang von diesen Lebensgrundlagen mit den individuellen Rechtsgütern nicht berücksichtigt, gibt es vielleicht eine Möglichkeit, daß die Erhaltung der sozialen Systeme mit der Gewährleistung der individuellen Interessen zu einem Ausgleich kommt. Bedeutet diese Möglichkeit nun eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Freiheit?

Die strafrechtliche Sanktion ist rigoros. Wenn strafrechtliche Gesetzgebung und ihre Anwendung willkürlich werden, wird die Freiheit der Menschen extrem eingeschränkt. Strafrechtliche Gesetzgebung und ihre Anwendung müssen deswegen immer vorsichtig gehandhabt werden. Das gilt auch ohne Frage für den Umweltschutz und die mit ihm verbundenen abstrakten Gefährdungsdelikte. Das Strafrecht soll nur solche sozialen Taten betreffen, die von der Gesellschaft nicht toleriert werden können. Das Kriterium dafür ist die Sozialschädlichkeit. Erstens muß man das Verfassungsrecht bei der Beurteilung der Sozialschädlichkeit berücksichtigen. Symbolische Gesetzgebung beruhigt provisorisch die Unsicherheit in der Gesellschaft, kann aber nicht das Problem beseitigen und die Verrechtlichung fördern. Sozialschädlichkeit soll im Zusammenhang mit der Berücksichtigung individueller Interessen verstanden werden. Das Rechtsgut soll auch im Zusammenhang mit den individuellen Interessen und der Sozialschädlichkeit aufgegriffen werden.

Als zweites Kriterium soll man dann für die strafrechtliche Regulierung die Intensität der Gefährdung der Rechtsgutes berücksichtigen. Auch wenn es sozialschädliches Verhalten gibt, muß man das Rechtsgut als konkret umrissene Interessen festlegen. Sonst können diese Interessen nicht durch Strafandrohung geschützt werden. Auf diese Weise kann man Grenzen zwischen dem Strafrecht und anderen Ebenen des Rechts ziehen.

Der entscheidende und nicht zu verleugnende Nachteil der abstrakten Gefährdungsdelikte besteht

darin, daß sie aufgrund des mit ihnen verbundenen Abstraktionsniveaus selbst dann greifen, wenn im Einzelfall das Verhalten des Täters für das geschützte Rechtsgut ungefährlich ist. Betrachtet man einige ungefährliche Verhaltensweisen, so wird deutlich, daß es bei einer im Einzelfall für das geschützte Rechtsgut ungefährlichen Handlung, die formal den Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts erfüllt, lediglich um die bloße Mißachtung eines Normbefehls geht, das um einen reinen Gehorsamsvorstoß heißt. Ungehorsam allein reicht aber nicht aus, um eine Kriminalstrafe zu verhängen. Die Deliktskategorie der abstrakten Gefährdungsdelikte ist *de lege ferenda* aus dem Kriminalstrafrecht zu entfernen. Die entsprechenden Vorschriften sind zumindest mit dem Erfordernis eines konkret gefährlichen Verhaltens und einer tatsächlichen Gefährdung zu verbinden.

Bei dem Zusammenhang von Risikogesellschaft und Strafrecht handelt es sich darum, bestimmte Verhaltensweisen als Risiko einzuschätzen, die einen Schaden als "Erfolg" herbeiführen können, und diese Verhaltensweisen mit Strafe zu regulieren. Prof. **Hasebe** erklärt: Gefahr bedeutet die Möglichkeit, daß für Menschen ein unerwünschter Schaden herbeigeführt wird. Das Risiko ist hingegen etwas anderes als die Gefahr¹²⁾. Man kann nicht genau beurteilen, ob ein Verhalten als Risiko einen Gefährdungserfolg oder einen Schadenserfolg erbringt. Aber ein solches Risiko ist kein natürliches Risiko, sondern es entsteht aus menschlichen Handlungen oder Unternehmungen¹³⁾.

Der allgemeinen Definition zufolge ist ein Verbrechen eine Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes, das als ein Ereignis der Vergangenheit von handelnden Menschen herbeigeführt wird. Ein Verbrechen ist also ein durch eine Tat herbeigeführtes Ergebnis, das schädlich für die Gesellschaft ist. Der Schaden, mit dem die strafrechtliche Bestrafung des Täters gerechtfertigt werden kann, ist in der Vergangenheit entstanden. Die Phänomene, die nun die Risikogesellschaft betreffen, sind aber Verhaltensweisen, die eine noch unbekannte und zukünftige Gefährdung oder möglicherweise einen Schaden verursachen können. Damit liegt eine Ähnlichkeit mit dem Begriff "Gefahr" vor. Die Gefahr ist eine Möglichkeit, Erfolge als geschichtliche Ergebnisse mit einem negativen Schluß herbeizuführen. In anderen Worten, sie ist eine Möglichkeit der Schaffung von einem Ergebnis, das als nachhaltig eingeschätzt wird¹⁴⁾. Hier ist das Risiko ein Verhalten mit der Wahrscheinlichkeit, daß in der Zukunft schließlich ein schädlicher Erfolg oder eine Gefährdung verursacht werden kann. Ein Risiko ist das Ergebnis der Kommunikation über gesellschaftliche Sachverhalte und deren Auslegung. Deswegen ist das Risiko ein Verhalten, das noch nicht zu einem materiellen Schaden oder einer Gefährdung geführt hat. Für das Risikoverhalten ist eine Akkumulation von Unsteuerbarkeit, Unvorhersehbarkeit und Unkenntnis charakteristisch.

3. Anti-soziales Verhalten als Risikofaktor

Als Hintergrund der Strafgesetzgebung in einer Gesellschaft, in der Unsicherheit und Sicherheitsbedürfnis die Hauptrolle spielen, liegt eine Tendenz zur Strafverschärfung gegen anti-soziales Verhalten vor. Bei anti-sozialem Verhalten gibt es überwiegend zwei Arten von Strafbestimmungen, einerseits wie in den Strafbestimmungen zu "Tötung oder Körperverletzung infolge gefährlichen Fahrens" (Dangerous Driving causing Death or Injury) und zu "Gruppenvergewaltigung", die sehr scharf die retributive Gerechtigkeit bei einem Verbrechen betonen, und andererseits den Schutz der zukünftigen Stabilität in der Gesellschaft. Ich werde unter anderem dem letzten Punkt große Aufmerksamkeit zu schenken.

Wenn man nun von dem Standpunkt der Risikotheorie die Strafbestimmungen ansieht, stellt sich die Frage, wie sie aufgefaßt werden. Ferner stellt sich die Frage, wie ein anti-soziales Verhalten eingeschätzt wird.

(1) Die Strafbestimmungen zum Fortschritt der Technologie und der dadurch beeinflussten Umwelt und Gesellschaft werden beobachtet (Technologiesystem)¹⁵⁾.

Einige bezeichnende Phänomene infolge der Technologieentwicklung werden genannt, beispielsweise die Umweltzerstörung, die genetische Rekombination und die Kloningstechnik, die Infektion mit Maul- und Klauenseuche, ferner der Drogenmißbrauch.

Es wird vielleicht erwähnt, daß die Gefahr hier eine nicht einschätzbare Gefahr ist. In anderen Worten, die Gefahr ist unsichtbar und unkalkulierbar, was die Größe der Schäden anbelangt, ferner fehlt die Kenntnis, wann die Gefahr verursacht wird. Man ist sich also nach wie vor zwangsläufig unsicher über eine große Katastrophe in der Zukunft wegen einer Gefahr, deren Kontrolle nicht möglich ist.

Die wesentlichen Probleme hier sind die Sicherheit der künftigen Menschen und deren Gesundheit, ferner die Stabilität der Teilsysteme in dem Gesellschaftssystem und natürlich auch der Umweltschutz. Besonders im Umweltschutz wird das Zusammenleben zwischen Mensch und Umwelt mit dem Verzicht auf Anthropozentrismus (Natur vom Menschen zu unterscheiden) vorgeschlagen. Das Risiko im Zusammenhang mit der modernen Technologie ist beispielsweise die Verwendung der Technologie und ihrer Produkte, die in der Zukunft Schaden anrichten können. Diese Risiken können gesellschaftlich nicht geteilt werden, weil sie noch nicht steuerbar sind, weil also unbekannt und unklar ist, wie groß die Schäden sind.

Zur ersten Gruppe gehören ein "Kloningstechnik-Regulierungsgesetz", ein "Unautorisiertes Computerzugangsgesetz", eine "Strafbestimmung für die Herstellung von unechten elektromagnetischen Scheckkarten", ferner eine Folge von Drogenregulierungsgesetzen.

(2) Viele Probleme der inneren und internationalen Sicherheit sind zu erwähnen, wie Terrorismus oder Krieg (inneres und internationales Sicherheitssystem), die Sarin-Angriffe in der U-Bahn von Tokyo (20. März 1995), die Angriffe von Terroristen auf die USA (11. September 2001), das Abschlagen von Zivilisten in dem Bürgerkrieg von Ruanda und ferner die Geschehnisse im Bürgerkrieg des ehemaligen Jugoslawien. Diese Fälle sind typisch.

Seit nach dem sogenannten "11. Sep" weltweit Terrorismusabwehr gefordert wird, scheint eine Atmosphäre in der Gesellschaft vorzuherrschen, der zufolge die Sicherheit ein Wert sei, der sogar höher als die Menschenrechte eingeschätzt wird.

In diesem Rahmen ist die Risikoquelle nicht sichtbar. Es handelt sich dabei aber um "Menschen oder Organisationen", die auf Dauer von unserer Gesellschaft "ausgeschlossen" sein sollten. Es scheint, daß die Gefahr hier die Möglichkeit eines groß angelegten Verbrechens einschließt.

Der Inhalt der Sicherheitsbedürfnisse ist das Dasein von Personen oder Gruppen, die sich in ihrem Wertesystem von der modernen Zivilgesellschaft unterscheiden, und so ist der Inhalt der Sicherheitsbedürfnisse gemeinsamer Besitz der an einem Wertesystem in der Gesellschaft Beteiligten, mit Ausschluß von den Personen oder Gruppen, die sich grundlegend in ihren Wertvorstellungen unterscheiden. Das Risiko ist hier der soziale Kontakt mit den gefährlichen Personen oder Gruppen, der durch die Rechtsnormen nicht regulierbar ist.

Als Strafgeseztgebung gibt es in diesem Zusammenhang das "Verhütungsgesetz gegen

umstürzlerische Aktivitäten“ (The Anti-Subversive Activities Act) , das ”Sarin-Regulierungsgesetz“, das ”Gesetz zur Kontrolle von Organisationen, die wahllos Massenmord verüben“ (Act on the Control of Organizations Which Committed Indiscriminate Mass Murder) , das ”Gesetz, das die Finanzierung des Terrorismus unter Strafe stellt“ (Act on Punishment of the Financing of Terrorism) .

(3) Die Strafbestimmungen sind darauf gerichtet, im Vorfeld Schäden der klassischen persönlichen Interessen zu verhindern (flankierender Rechtsgüterschutz) . Hier will der Strafgesetzgeber flankierend die individuellen Rechtsgüter schützen und dadurch einen Grund für das Eingreifen der Polizei schaffen. Hier kann ich zum Beispiel verweisen auf das ”Gesetz zum Verbot des Besitzes von gefährlichen Stechwerkzeugen und anderen vergleichbaren Gegenständen“ (the Act on Prohibition of Possession of Special Picking Tools and Other Related Matters) , auf das ”Gesetz gegen Kindesmißbrauch“, das ”Gesetz zur Kinderpornographie“ und das ”Gesetz gegen häusliche Gewalt“ .

(4) Viele Probleme können genannt werden, die im täglichen gesellschaftlichen Leben entstehen (anti-soziales Verhalten / unerfreuliches Verhalten) , zum Beispiel Graffiti oder auch Menschenansammlungen am Bahnhof oder im Park, das wilde Entsorgen von Hausmüll, das Wegwerfen von Getränkedosen oder Zigarettenskippen, das Rauchen in der Öffentlichkeit oder das unerlaubte Parken.

Hier liegt die Substanz der Gefahr in der Erinnerung an unerfreuliches unsoziales Verhalten, in der Erschwerung des künftigen Friedens und in dem Verlust der Moral wegen der Häufigkeit solchen Verhaltens. Es ist Schritt in die richtige Richtung, durch Bestrafung des anti-sozialen oder unerfreulichen Verhaltens schützen zu wollen. In diesem Kontext wird mehr Sicherheit durch die Reinigung der Umgebung und die Strafverschärfung auch bei leichten Übertretungen bewirkt. Das Risiko ist hier das unerfreuliche Verhalten selbst, aber auch, solches Verhalten einfach zu ignorieren.

Als Vorschriften, die zu dieser vierten Kategorie gehören, gibt es in jedem Land Verordnungen zur Sicherheit der Gemeinschaft und zur Verhinderung von Gewalttaten oder falschem Handeln, sofern diese die Öffentlichkeit in bemerkenswerter Weise beunruhigen.

Zum Beispiel ist freiburger Alkoholverbot. Seit Sommer 2008 war es untersagt, in dem Kneipen- und Discothekenviertel in der Innenstadt Bier und Hochprozentiges zu trinken. Nach der sogenannten Bermudadreieck-Regelung durfte zudem in den Nächten von Freitag bis Montag auf den Straßen und Plätzen kein Alkohol konsumiert werden¹⁶⁾ . Freiburg war die erste deutsche Stadt, die im Kampf gegen Kriminalität und Gewalt ein Alkoholverbot einführte. Jetzt hat der Verwaltungsgerichtshof entschieden: Das Freiburger Alkoholverbot ist rechtswidrig und unwirksam. Wer künftig im Bermudadreieck und auf öffentlichen Plätzen in der Freiburger Innenstadt zur Bier- oder Schnapsflasche greift, wird nicht mehr bestraft. Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg kassierte gestern das vor über einem Jahr erlassene Freiburger Alkoholverbot ein. Die Formulierung in der Polizeiverordnung sei zu pauschal.

Es handelt sich hauptsächlich um die vierte Kategorie der vier Klassifizierungen. Hinzugefügt wird aber der Besitz von Cannabis für den Eigenkonsum. Ähnlich gilt seit dem 1. Juli 2008 im Bereich des Bonner Lochs zwischen der Straße ”Am Hauptbahnhof“ und der Maximilianstraße die Verordnung über ein Alkoholkonsumverbot. Das heißt, daß hier Alkohol in der Öffentlichkeit weder getrunken ”noch mit sich geführt werden darf, wenn erkennbar ist, daß er im Geltungsbereich der Verordnung getrunken werden soll“. In der japanischen Gesellschaft gilt solches Verhalten als risikoträchtig und daher fürchtet sich die Gesellschaft in der Zukunft dadurch eine soziale Klimaverschlechterung und ferner ein

Nachlassen des Normbewußtseins bei der Jugend. Der Eigenkonsum von Cannabis hat die gleiche Stellung im anti-sozialen und im unerfreulichen Verhalten, weil beide einen gemeinsamen Anhaltspunkt über den Strafgrund und die Bedeutung einer Strafe abgeben.

In den letzten Jahren werden anti-soziales Verhalten, unerfreuliches Verhalten oder unsoziales Verhalten mit Verordnungen, insbesondere solchen zur Verhinderung von Gewalttaten oder falschem Handeln, in einzelnen Ländern unter Strafe gestellt. Es gibt keine klare Definition von "anti-sozialem Verhalten" oder von "unerfreulichem Verhalten". Das bedeutet ganz allgemein, daß jemand willkürlich und ohne um Erlaubnis zu fragen bei anderen durch sein Verhalten unerfreuliche Gefühle wecken kann. Eine solche Handlung, sofern sie einen nur geringen sozialen Schaden anrichtet, würde kein Objekt von öffentlichem oder individuellem Interesse abgeben, worauf mit einer scharfen Sanktion reagiert werden müßte. Beispielsweise ist sich der Täter beim Rauchen oder bei der Verwendung eines Mobiltelefons (Handys) in öffentlichen Räumen, bei unerlaubtem Parken, bei dem Wegwerfen von Müll selbst der Unerfreulichkeit seines Tuns definitiv nur selten bewußt, aber sein Verhalten ist trotzdem für eine größere Anzahl von Personen belastend und unerfreulich. Solche Handlungen, die für andere unerfreulich sind, verstoßen gegen soziale und ethische Normen. Man kann annehmen, daß man manchmal vom Verhalten anderer eine Unerfreulichkeit erfährt, weil in den konventionellen Sozialnormen, wie Manieren, Etikette und öffentliche Moral, die gesellschaftlichen Wandlungen nicht berücksichtigt sind¹⁷⁾.

Unter dem Einfluß des "Strafpopulismus" (Penal Populism) sieht man auffällig eine Tendenz, auf ein solches Verhalten mit Strafe zu reagieren. Es ist nun keine japanische Tendenz, das anti-soziale Verhalten und das unerfreuliche Verhalten strafrechtlich zu regulieren. Die typische Regulierung geschieht durch die britische ASBO (Anti-Social Behavior Act). Auch erfolgt für Graffiti nach einer Änderung des StGB in Deutschland eine Strafe wegen Sachbeschädigung. Diese Tendenz läßt sich in entwickelten Ländern häufiger beobachten.

Das Strafrecht fand bisher seine Bedeutung darin, staatsbürgerliche Freiheiten in der Gesellschaft zu garantieren. Man erwartete dadurch, die Eingriffe des Staates zu begrenzen.

Strafrechtliches Unrecht ist in der Rechtsordnung auch die zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, aber nicht umgekehrt. Das Strafrecht verhängt eine Strafe als stärkste Rechtssanktion gegen eine sozialschädliche Tat, die für die Gesellschaft offensichtlich ist.

Dies ist im Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts reflektiert. Das Ultima-Ratio-Prinzip ist als externes Begrenzungsprinzip zu verstehen, und zwar nicht nur im Rahmen der Strafanwendung, sondern auch in der Strafgesetzgebung. Trotzdem ist die Tendenz zur Strafverschärfung in der Gesellschaft ohne Zweifel stark. Unter dem Einfluß der Strafverschärfung wird auch das anti-soziale Verhalten oder das unerfreuliche Verhalten mit Strafe reguliert.

Die folgenden Taten werden in Japan bestraft. Es gibt Verordnungen zur Vorbeugung vor einer Gewalttat oder vor falschem Handeln betreffen in vielen Ländern folgende Sachverhalte:

- 1.) Manche Menschen fühlen sich in einer Gruppe besonders stark und machen unerfreuliche Äußerungen in der Öffentlichkeit zu anderen, beispielsweise Passanten, Besuchern oder Fahrgästen.
- 2.) Man führt in der Öffentlichkeit oder in öffentlichen Verkehrsmitteln (Bus, Bahn) ohne ersichtlichen Grund Waffen mit sich, wie Messer, Holzscheren oder andere vergleichbare Gegenstände, die anderen Schaden zufügen können.
- 3.) Das Berühren eines Körperteils einer anderen Person (ich gehe davon aus, daß man Körperteile

von anderen auf der Kleidung berührt) .

- 4.) Man sieht eine Person in Damenunterwäsche, die üblicherweise von der Kleidung bedeckt wird, und fotografiert ohne Einwilligung diese Person in der Unterwäsche.
- 5.) Man übt Stalking aus (ohne daß ein sexueller Hintergrund besteht) .
- 6.) Man nähert sich ohne Einverständnis einer Person in der Art, daß sie sich unsicher oder gefährdet fühlt.
- 7.) Man verhält sich im Straßenverkehr leichtsinnig, weil man unnötige Schlenker macht oder zu schnell fährt.
- 8.) Man wirft eine Zigarettenkippe oder eine leere Dose auf die Straße.
- 9.) Der Besitzer beseitigt nicht die Exkremente seines Hundes auf öffentlichen Wegen.

4. Indirekte Gefährdungsdelikte und Kumulationsdelikte

Indirekte Gefährdungsdelikte und Kumulationsdelikte¹⁸⁾ betreffen einen Tattyp, der selbst keine Gefährdung eines Rechtsgutes herbeiführen kann. Die Anwendung einer Strafe wird nicht erlaubt, wenn es vom Standpunkt der Aufgabe des Strafrechts, also des Rechtsgüterschutzes, keine Verletzung oder Gefährdung gibt. Außerdem wird nicht erlaubt, daß der Strafgesetzgeber ein Verhalten unter Strafe stellt, das kein Rechtsgut verletzt oder gefährdet. Die Tat, die im Strafrecht bestraft werden kann, verletzt oder gefährdet nach bisheriger Praxis unmittelbar ein Rechtsgut. Dies gilt im Allgemeinen immer noch so. Außerdem verletzt oder gefährdet das anti-soziale Verhalten oder das unerfreuliche Verhalten nicht unmittelbar ein Rechtsgut, aber trotzdem mittelbar. Dieses Verhalten wird indirektes Gefährdungsdelikt oder Kumulationsdelikt genannt. Das Problem ist hier, was in der Gesellschaft passiert, wenn solches Verhalten häufig in der Öffentlichkeit auftritt¹⁹⁾ .

Bei den indirekten Gefährdungsdelikten führt das einzelne Verhalten selbst zu keinem oder zu einem nur geringen Schaden. Aber wenn ein solches Verhalten häufig auftritt, wird schließlich das in der Gesellschaft nicht übersehbare Ergebnis herbeigeführt. Bei den indirekten Gefährdungsdelikten wirkt eine Tat zum Zeitpunkt der Tatausführung nur mittelbar oder indirekt auf ein Rechtsgut ein. Indirektheit bedeutet, daß das einzelne Verhalten selbst keine objektive Gefährdung eines Rechtsgutes herbeiführt.

Individuelle und soziale Interessen werden in der zukünftigen Gesellschaft durch anti-soziales Verhalten und unerfreuliches Verhalten als indirekte Gefährdungsdelikte nachteilig beeinflusst. Es handelt sich um die Gewährleistung der sozialen Interessen in der Gesellschaft. Wenn das Strafrecht nun die Aufgabe wahrnimmt, soziale Interessen in der zukünftigen Gesellschaft zu sichern, muß die Aufgabe des Strafrechts sich notwendigerweise ändern.

Das moderne Strafrecht reagierte auf die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes in der Vergangenheit und zielte auf die Generalprävention gegen die Straftat. Bei dem Strafrecht, das die indirekte Gefährdung als Strafgrund sieht, geht es hingegen um den Rechtsgüterschutz für die zukünftige Gesellschaft und um das in der Zukunft als Gefährdung wahrgenommene Verhalten, das die Ordnung in der Öffentlichkeit, also etwa einem Park, Bahnhof, Markt oder einer Schule, mehrmals oder häufig verletzt.

Die Strafe wird nicht aufgrund der vergangenen Rechtsgutsverletzung- oder gefährdung, sondern aufgrund der zukünftigen Sicherung von Rechtsgütern angewendet. Genauer gesagt, ein bestimmtes anti-soziales oder unerfreuliches Verhalten wird für den Rechtsgüterschutz in der zukünftigen Gesellschaft

unter Strafe gestellt. Der Rechtsgüterschutz als wichtigste Aufgabe des Strafrechts schließt dabei nicht nur die reale Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts ein, sondern auch die zukünftige Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern²⁰⁾. Im Rahmen einer auf die Zukunft bezogenen Sicherung von Rechtsgütern kann man heute noch nicht die Gefährdung eines Rechtsgutes durch ein bestimmtes Verhalten meßbar machen. Tatsächlich ist nur die Normübertretung das Kriterium für eine Gefährdung. Die Regulierung des anti-sozialen Verhaltens und des unerfreulichen Verhaltens geht davon aus, daß die Gefährdung eines Rechtsgutes in der Zukunft durch dieses Verhalten verursacht wird. In diesem Sinne kann es unmöglich sein, zu beurteilen, ob ein Verhalten zum Zeitpunkt der Tatausführung die Gefährdung eines Rechtsgutes in der Zukunft herbeiführt. Deswegen ist ein bestimmtes Verhalten selbst bei anti-sozialem und unerfreulichem Verhalten ein Risiko für die notwendigerweise auf die Zukunft bezogene Sicherung eines Rechtsgutes. Ein solches Verhalten beinhaltet eine mögliche Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes. Das ist ein Beweisgrund für die Strafbarkeit bei anti-sozialem und unerfreulichem Verhalten.

Wenn das Risiko mit dem Strafrecht reguliert wird, erweitert sich die Zuständigkeit des Strafrechts von der Rechtsgutsverletzung und -gefährdung zur Risikobeurteilung. Das Verbot von anti-sozialem und unerfreulichem Verhaltens weist auf die Vorverlagerung und Erweiterung des strafrechtlichen Schutzes hin. Hinter dieser Veränderung des Strafrechts liegt das Problem der Funktion der Strafe. Ist diese Erweiterung des Strafrechts für die zukünftige Sicherung von Rechtsgütern eine neue Funktion der strafrechtlichen Sanktion?

5. Entspannung des Normbewußtseins

Warum reagiert der Gesetzgeber bei der Regulierung von anti-sozialem Verhalten (anti-social behaviour) und unerfreulichem Verhalten mit der Anwendung von Strafe? Warum wird eine Strafe als Sanktion dafür eingesetzt?

Im Hintergrund der Anwendung von Strafe bei anti-sozialem und unerfreulichem Verhalten steht die Beachtung der neuen Norm und die Lösung der Probleme durch das Strafrecht. Gewichtige Gefühle der Gesellschaft gegen anti-soziales und unerfreuliches Verhalten sind vorhanden, aber auch die große Hoffnung, daß Strafe präventiv wirkt.

Aufgrund dieser Hoffnung wurden in letzten Jahren Strafandrohungen im Staat, in Ländern und Kommunen immer häufiger beschlossen. Diese Hoffnung auf die Wirkung des Strafrechts und die Häufigkeit neuer Strafgesetze wird "Ära der Aktivierung einer Strafgesetzgebung" genannt. Die Funktion der Strafe ist, bei einem bestimmten Verhalten als Drohung zu wirken. Mit der Drohung der Strafanwendung gegen anti-soziales und unerfreuliches Verhalten wird auf Zurückhaltung der potentiellen Täter gezielt. Das nennt man die negative Generalprävention.

Ich meine nun, daß die negative Generalprävention im Kontext der Regulierung des anti-sozialen und unerfreulichen Verhaltens nur eine untergeordnete Bedeutung hat. Bei der Regulierung des anti-sozialen und unerfreulichen Verhaltens assoziiert der Täter nicht sein Verhalten. Die Funktion der Strafe beschränkt sich allerdings nicht auf die negative Generalprävention. In unserer Gesellschaft haben wir zwar eine gemeinsame Sozialnorm, aber es ist sehr schwer zu erreichen, daß die Bürger dieser Norm folgen. Es gibt die soziale Vorstellung, daß einem eine Plage gleichgültig ist, wenn man selbst den Schaden nicht erleidet. Das bedeutet einen Mangel an Sorge für andere Personen, einen Mangel an gesellschaftlichem Bewußtseins, um ein Leben mit anderen Personen zu führen²¹⁾.

Junge Leute bilden mit ihren Freunden eine Gruppe, die für sie nun gleichsam die Gesellschaft ist, und außerhalb ihrer Gruppe haben sie kein Interesse an der Gesellschaft. Der Eigenkonsum von Cannabis ist ein Modell dafür. Es kann gesagt werden, daß der Verlust oder beziehungsweise die Abnahme des Normbewußtseins eine Ursache für den Drogenkonsums ist²²⁾.

Es wurde in einer Studie der japanischen Regierung, die auf Untersuchungen zur Prävention des Drogenmißbrauchs beruhte, die sich über fünf Jahre erstreckten, erwähnt, daß die Abnahme des Normbewußtseins bei Jugendlichen ein wesentlicher Faktor des Drogenmißbrauches sei. Das Problem ist hier, wodurch die Abnahme des Normbewußtseins verhindert werden kann. **Ida** sagt, daß sich die japanische Gesellschaft in den letzten Jahren bei einer Tendenz zur Strafverschärfung auf die Hilfe der Strafe für die Lösung der gesellschaftlichen Probleme verlassen habe²³⁾. Als ein weiteres Beispiel sei das Verbot von Sit-ins in Parks als unerwünschter Ansammlungen (die Hiroshima-shi-Motorradbanden mißachteten Regeln) genannt. aber Es hat aber den Anschein, daß der Strafgesetzgeber mit der Strafe das Versagen der Jugendpolitik zu kompensieren beabsichtigte und nicht nur ein neues Normbewußtsein bei der Jugend schaffen wollte.

Maeda stellt die Theorie zur Diskussion, wonach durch Androhung von Strafe dem Bewußtsein des Bürgers Normen eingepflanzt werden können²⁴⁾. Diese von **Maeda** angestoßene Diskussion setzt die sogenannte positive Generalprävention voraus. Aber ist die Theorie der positiven Generalprävention von **Maeda** die gleiche wie die bisherige? Die Theorie der positiven Generalprävention definiert sich allgemein als Wiederbestätigung der Norm durch ihre Anerkennung²⁵⁾. Diese Theorie versteht das Strafrecht als Kommunikationssystem mit dem Verbrechen und der Strafe und als Reaktion auf das Verbrechen. Diese Theorie basiert auf den geltenden Verhaltensnormen und dem daraus resultierenden Normbewußtsein. In der Theorie von **Maeda** wird nicht nur die Anerkennung der gültigen Normen, sondern auch die Schaffung neuer Normen insbesondere für die Jugend vorgeschlagen. Sie weist neben der Strafe auf die Aufnahme neuer Normen hin. Die Strafe bewirkt durch die Bestrafung des Täters die Schaffung einer neuen Norm. Man sollte hier die verschiedenen Erklärungen aus der bisherigen Theorie der positiven Generalprävention verwenden. Das Strafrecht übt seine Funktion zusammen mit anderen Mitteln für die Schaffung von Normen bei der Jugend aus. Wenn das bestimmte Verhalten als anti-sozial, unerfreulich oder als Abweichung vom Verhaltensstandard gesehen wird, erhält die Strafe die Funktion, dem Täter und besonders dem gesellschaftlich integrierten Bürger den Sinn der Normen zu zeigen. Wenn man den Sinn der Normen erkennt, fühlt man sich zur Gesellschaft gehörig, die durch gemeinsame Normen zusammengehalten wird.

Man steht vor dem Problem, ob Strafe sich als Sanktion, wie erwartet, für die Schaffung eines neuen Normbewußtseins funktionalisieren lassen kann. Bei den klassischen Delikten, wie Mord, Körperverletzung, Sachbeschädigung und Diebstahl, wird die Norm durch Ausbildung und Erfahrungen in Schule, Familie und Gesellschaft internalisiert. Aber eine Strafgesetzgebung muß im Einklang mit der Zeit stehen und sich gegebenenfalls ändern.

Strafrechtlicher Schutz gesellschaftlicher Phänomene ist notwendiger Schutz von Rechtsgütern, die sich mit den gesellschaftlichen Umständen ändern und mit innerer Sicherheit und verschiedenen anderen Faktoren zu tun haben. Es ist nicht anzunehmen, daß alle Normen in gleicher Weise im allgemeinen Bewußtsein verankert sind. Es sind also nicht alle Normen in der Gesellschaft schon in Normbewußtsein des Bürgers internalisiert und werden beachtet. Ein Verhalten, das man in Hinsicht auf soziale Normen noch nicht als schlecht betrachtet, wird neuerdings unter Strafe gestellt und in der gerichtlichen

Praxis wiederholt bestraft. Infolge dieser Erfahrungen beurteilt man ohne Schwierigkeit eine solche Bestrafung des Verhaltens als richtig und empfindet schließlich ein solches Verhalten als schlecht. In einem solchen Fall schafft und konstruiert die Bestrafung eine neue gesellschaftliche Norm durch innere Konditionierung zwischen Normübertretung und Strafe als Reaktion.

Bei anti-sozialem sowie unerfreulichem Verhalten motiviert man sich selber, sofern die eigenen Interessen Schaden erlitten haben. Man verfügt also über sein Interesse. Über den Wert und die Unterstützung einer Norm hinaus, die sie von vornherein von den Bürgern erhält, kann man durch Strafgesetzgebung und Strafe keine Schaffung neuer Normen bei den Bürger erwarten²⁶⁾. Auch ist die Abschreckungswirkung durch die Strafgesetzgebung, durch das Urteil im Strafprozeß und durch den Strafvollzug gering.

6. Der Begriff »Sozialschädlichkeit« und seine Funktion

Womit und wie kann man theoretisch die Erweiterung der Zuständigkeit des Strafrechts aufhalten?

Ikuta schlägt vor, ein Tatprinzip einzuführen, damit ein Verbrechen nicht nur eine bloße Handlung ist, sondern eine Tat, die einen sozialen Schaden verursacht. Dieses »Tatprinzip« legt fest, daß man von einem Verbrechen sprechen kann, wenn der Täter sozial schädlich gehandelt hat²⁷⁾. Bei dieser Theorie werden nur sozial schädliche Taten als Verbrechen im Strafrecht erwähnt. Man kann so lange Strafvorschriften, die sich auf kein eindeutig schutzwürdiges Rechtsgut beziehen, aus dem Strafgesetzbuch streichen. Wenn das Tatprinzip diese Bedeutung erhält, kann man eine scharfe Grenze zwischen dem Gesetz auf der einen und Religion und Moral auf der anderen Seite ziehen. Wenn hingegen eine Tat sozial schädlich ist, kann sie durch das Strafrecht sanktioniert werden. Der Begriff »Sozialschädlichkeit« im Sinne von **Ikuta** subsumiert die Theorie des Rechtsguts. In Zeiten, in denen die Gesetzgebung und vor allem die Strafgesetzgebung besonders intensiv betrieben werden, herrscht eine Einstellung vor, die der Funktion der Strafeinschränkung auf sozial schädliche Taten eher entgegengesetzt ist. Dieses wird insbesondere dadurch bewirkt, daß mit dem Begriff »Sozialschädlichkeit« die Vorstellung verbunden ist, daß das Strafrecht positiv die staatsbürgerlichen Güter in einem demokratischen Staat schützt.

Naito diskutiert vor dem Hintergrund, daß die Strafe unerwünscht sei, die Ausdehnung der Funktion eines Rechtsguts mit der Ausdehnung der Funktion im Strafrecht. Aber die Strafe ist nun einmal das unvermeidliche letzte Mittel. Man darf nicht das Ultima-Ratio-Prinzip, das Subsidiaritätsprinzip, die Anpassungsfähigkeit usw. vergessen²⁸⁾. Kann nun das Kriterium der Sozialschädlichkeit eine Richtung bei der Einschränkung der Kriminalisierung aufzeigen? Sollte es ferner möglich sein, mit der Rechtsgutstheorie einige Gegenstände vom Schutz durch das Strafrecht auszuschließen?

Ursprünglich wurde die Rechtsgutsdogmatik in die Strafrechtstheorie eingeführt, um eine ungerechte Ausdehnung der Verbrechen dogmatik zu vermeiden und die Freiheitsrechte der Bürger vor der Macht des Staates zu schützen. Deswegen ist ihr eher eine systemkritische Funktion eigen als eine Funktion, die das System unterstützt.

Es ist nun erforderlich, zu untersuchen, ob die Rechtsgutstheorie eine Auswahl an Rechtsgütern treffen kann, die durch das Strafrecht geschützt werden sollen. Man muß also darüber diskutieren, welche Güter den Schutz des Strafrechts genießen sollen. Dabei soll die in **Hassemers** Theorie aufgezeigte Möglichkeit berücksichtigt werden, die Ausdehnung des Strafrechts auf neue Felder zu begrenzen.

7. Zur Entwicklung der personalen Rechtsgutstheorie von Hassemer

Für die personale Rechtsgutstheorie liegt die Aufgabe des Strafrechts erstens in dem Schutz von individuellen Rechtsgütern, wie dem Leben, dem eigenen Körper, der Freiheit, der Ehre, dem Eigentum. Und diese Theorie verfolgt zweitens das Ziel, universale Rechtsgüter²⁹⁾ auf individuelle Rechtsgüter zurückzuführen³⁰⁾.

Die Rechtsgutstheorie hat nach **Hassemer** nicht nur die Funktion, die Gesetzgebung zu rechtfertigen, sondern auch die Funktion, die Gesetzgebung zu kritisieren. Der Strafgesetzgeber darf nach **Hassemer** eine Strafe für die Verletzung eines Rechtsguts festsetzen³¹⁾. In diesem Zusammenhang sagt die Rechtsgutstheorie aber auch, daß der Strafgesetzgeber, wenn er kein Rechtsgut benennt, die Strafandrohung aus dem Strafrecht entfernen muß. Durch die Funktion der Rechtsgutstheorie, die Gesetzgebung zu kritisieren, wird dem Strafgesetzgeber eine Richtung für die Argumentation gezeigt und ferner die Freiheit der Bürger im Blick behalten. **Hassemer** hält fest, daß der Strafgesetzgeber für moralische Überzeugungen, zum Beispiel solche, die die Sexualmoral betreffen, keine Strafen festlegen darf. Mit anderen Worten müssen Handlungen, die ausschließlich gegen moralische Grundsätze verstoßen, aus dem Katalog der Verbrechen ausgeschlossen bleiben. Solange das Gut konkret und handfest beschrieben wird, ist der Rechtsgutsbegriff bei **Hassemer** wirkungsvoll. Dieser Rechtsgutsbegriff übt Kritik an der Vagheit von Rechtsgütern im modernen Strafrecht und an dem Funktionalismus. Bei **Hassemer** soll das Strafrecht besonders die personalen Elemente in der modernen Gesellschaft schützen. Die Rolle des Strafrechts ist nicht die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung oder die Vermeidung gesellschaftlicher Schäden. Bei **Hassemer** sollte gerade in den Zeiten, in denen gesellschaftliche Fragestellungen im Vordergrund stehen, die Theorie des Strafrechts personorientiert geführt werden³²⁾.

Wenn man zum Beispiel als Rechtsgut des Umweltstrafrechts das menschliche Leben und die Gesundheit versteht, ist der Tatbestand des § 324 StGB Verwaltungsunrecht. Vereinzelt Fälle von Verunreinigung der Umwelt sind in aller Regel nur geringe Verstöße gegen ein persönliches Rechtsgut und die von ihnen ausgehende Gefährdung läßt sich oft nicht konkretisieren. Der § 223 StGB sieht beispielsweise bei Körperverletzung eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren vor. Die Verunreinigung von Gewässern steht gemäß dem § 324 unter der gleichen Strafandrohung³³⁾. Wenn man vergleicht, welches Unrecht von beiden Verbrechen gegen den Körper eines Menschen ausgeübt wird, so kann man vielleicht sagen, daß es an der nötigen Balance fehlt, die gleiche Strafandrohung für eine schwerere und eine leichtere Bedrohung des menschlichen Körpers anzusetzen.

8. Möglichkeiten der Entkriminalisierung in der personalen Rechtsgutstheorie

Die Frage ist, ob man zu dieser Schlußfolgerung aus der Rechtsgutstheorie selbst gelangen kann. Das ist das Kernproblem, das hier geklärt werden soll. **Hassemer** weist darauf hin, daß eine Entkriminalisierung des Drogenstrafrechts nicht nur den Verzicht auf rechtliche Regulierung meint, sondern auch den Verzicht auf Unterstützung und Hilfeleistung als Ziel der Gesundheitspolitik einschließt. Er kritisiert den Verkauf von Heroin in Apotheken als Verzerrung einer vernünftigen Drogenpolitik³⁴⁾. Auch wenn **Hassemer** die Volksgesundheit als Rechtsgut innerhalb des Drogenstrafrechts auf die persönlichen Elemente reduziert, erkennt er an, daß ein schutzwürdiges Rechtsgut vorhanden sein sollte. Das Vorhandensein eines Rechtsguts kann nun den strafrechtlichen Eingriff erlauben. Es gibt zwar die

Meinung, daß die Rechtsgutstheorie selbst unterscheiden könne, ob ein Rechtsgut schutzwürdig sei und seine Verletzung bestraft werden müsse.

Kann nun die Entkriminalisierung, also das Ausschließen des strafrechtlichen Schutzes, außerhalb der Rechtsgutstheorie behandelt werden?

Bei Sittendelikten, Inzest oder Bestialität, kann keine Rechtsgutsverletzung vom Standpunkt einer systemkritischen Funktion der Rechtsgutstheorie gefunden werden. Mit anderen Worten, weil bei Sittendelikten tatsächlich nur die Aufrechterhaltung eines bestimmten sozialen Wertes geschützt wird und es für sie kein Rechtsgut aus der Verfassung gibt³⁵⁾, würde die Rechtsnorm lediglich eine ethische Norm schützen, keineswegs jedoch ein Rechtsgut³⁶⁾. Daher können diese Strafnormen aus dem Strafrecht entfernt werden. Mit dem Argument, daß eine Tat bei einer gesellschaftlichen Veränderung ihre Schutzwürdigkeit verliert und nicht mehr bestraft würde oder diese Tat kein Rechtsgut verletzt oder gefährdet, kann man sich fragen, ob ein bestimmtes sozial schädliches Verhalten eine Bestrafung verdienen kann. Auch können im Umweltstrafrecht, selbst wenn man das schutzwürdige Interesse im Strafrecht auf seine Elemente reduziert, Rechtsgüter wie Gesundheit und Körper gefunden werden. Auf diese Weise zeigt die Argumentation **Hassemers**, daß die Rechtsgüter im positiven Recht vom Standpunkt der personalen Rechtsgutstheorie her interpretiert werden können. Aber man gelangt noch nicht zu der Überzeugung, daß mit dieser personalen Rechtsgutstheorie das Strafrecht entkriminalisiert werden kann.

Und wie war es mit der Drogenkriminalität, die ähnlich wie die Umweltkriminalität gesellschaftlich problematisch geworden ist³⁷⁾?

Die Drogenproblematik ist in Deutschland und in Japan immer noch angespannt. Das Rechtsgut des BtMG ist nach herrschender Meinung die »Volks Gesundheit«. Man sieht keinen Widerspruch darin, daß dieses Rechtsgut auch ein universales Rechtsgut ist³⁸⁾. Wenn das Rechtsgut »Volks Gesundheit« vom Standpunkt der Rechtsgutstheorie als individuelle und persönliche Gesundheit interpretiert wird, muß man sich fragen, ob die Rechtsgutstheorie selbst beispielweise die Regulierung durch Strafe bei dem Besitz einer geringfügigen Menge der Drogen für den Eigenverbrauch aus dem BtMG ausschließen kann. Man muß sich fragen, ob die Rechtsgutstheorie selbst immanent ausschließen kann oder ob dieses Ausschließen aus anderen Gründen vollzogen wird, weil nämlich ein Rechtsgut, wie Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit bei Drogenkonsum gefunden werden kann, auch wenn man das universale Rechtsgut »Volks Gesundheit« auf ein personales Rechtsgut reduziert?

Zum Ersten: Die Entkriminalisierung des Eigenverbrauchs von Drogen in geringen Mengen liegt im Problembereich strafbaren Unrechts. Zum Zweiten: Weil ein solches Verhalten eine rein persönliche Angelegenheit ist und keine Anmaßung des persönlichen Verfügungsrechts über seinen Körper bedeutet, gilt es als persönliches Rechtsgut, als Verfügungsrecht über den eigenen Körper.

Ferner gelten Methadonvergabe, Gesundheitsräume für Drogenabhängige und das Experiment der Heroinabgabe für schwere Fälle von Heroinabhängigen als Vorkehrungen zum Schutz des individuellen Rechtsguts von Drogenabhängigen. Auf der Grundlage des Einverständnisses mit der jeweiligen Person wird eine positive Unterstützung bei individuellem Rechtsgüterschutz erlaubt. Ein Problem ist, ob die Rechtsgutstheorie in solchen Fällen die Entkriminalisierung erlaubt. Wenn man kein Rechtsgut in der Strafnorm finden kann, dann kann die Rechtsgutstheorie die Funktion haben, diese Strafnorm vom strafrechtlichen Schutz auszuschließen. Eine Antwort darauf könnte Verwirrung stiften, weil die Ausgrenzung bestimmter Taten durch die Rechtsgutstheorie mit der Ausgrenzung dieser Taten aus der Strafbarkeit nicht vermischt werden darf. Beide Möglichkeiten der Strafbarkeitseinschätzung einer Tat

sind vorhanden. Wenn der Besitz für den Eigenverbrauch einer geringen Menge an Drogen der Tatbestand ist und wenn angenommen wird, daß es sich dabei um die Gefährdung eines Rechtsguts handelt, dann handelt es sich innerhalb des Unrechtsbereichs um den Grad der Gefährdung des Rechtsguts. Auch geht es dabei um den Zusammenhang zwischen dem universalen Rechtsgut »Volksgesundheit« und dem Recht einer Person, über den eigenen Körper verfügen zu dürfen. Mit anderen Worten: Hier ergibt sich das Problem des Grades eines strafbaren Unrechts.

Die Frage ist, ob die Einschränkung der Zuständigkeit des Strafrechts dann etwa vom Subsidiaritätsprinzip, unabhängig von der Rechtsgutstheorie, abhängt. Das Subsidiaritätsprinzip bedeutet, daß das Strafrecht nur bei sozial schädlichem Verhalten zugreifen darf, wenn es nicht möglich ist, nur mit Sanktionen angemessen reagieren zu können, wie sie das bürgerliche Recht oder administrative Gesetze vorsehen

Wenn nun die Rechtsgutstheorie die Aufgabe übernimmt, festzustellen, ob man im Strafgesetz das klar benannte Rechtsgut finden kann, dann steht das Prinzip der Sozialschädlichkeit als Prinzip der Einschränkung für die Gesetzgebung außerhalb der Rechtsgutstheorie. Wenn aber der liberale Aspekt und die Einschränkungsfunktion der Rechtsgutstheorie betont werden, dann mißversteht man, daß in dem Begriff Sozialschädlichkeit zugleich die Rechtsgutstheorie eingeschlossen sei. Ist die Rechtsgutstheorie neutral bei der Beantwortung der Frage, ob dieses Interesse mit dem Strafrecht geschützt werden soll, wenn ein rechtliches Interesse in der Strafnorm gefunden wird?

Zum Subsidiaritätsprinzip gehören Überlegungen, die die Prävention und die Notwendigkeit der Anwendung des Strafrechts betreffen. Das Subsidiaritätsprinzip ist allerdings nicht universal, es kann sich ändern. Das hängt von den zeitlichen und den gesellschaftlichen Umständen ab. Selbstverständlich geht es um den Zusammenhang zwischen Person und Staat als Substanz solcher Änderungen.

9. Das Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts

Das Strafrecht folgt dem Ultima-Ratio-Prinzip auf allen Rechtsebenen. Nur wenn es keine andere angemessene und effektive Sanktion gegen Erscheinungen des Unrechts gibt, kann man die Strafe als rigoroseste Sanktion anwenden. Nach diesem Gedankengang macht das Strafrecht sich Sorge um individuelle Rechtsgüter, also um Leben, Körper, Vermögen, Ehre usw. Das Strafrecht folgt deswegen nie dem Sola-Ratio-Prinzip, sondern hat vielmehr fragmentarischen Charakter. Das Strafgesetzbuch, das gesetzliche Verzeichnis der Verbote, die das Kernstrafrecht ausmachen sollen, kann für sich in Anspruch nehmen, rationaler zu sein. Die Reform der Strafgesetze nach dem Zweiten Weltkrieg hat unter dem Einfluß des Prinzips des Rechtsgüterschutzes einerseits fast alle moralisierenden Strafvorschriften beseitigt, sie hat sich andererseits den Bedrohungen der Gegenwart gegenüber flexibel gezeigt und neue Interessen in den Katalog der durch das Strafgesetzbuch geschützten Rechtsgüter aufgenommen, um dem Wandel der sozialen Verhältnisse und der Gefährdung der menschlichen Existenz durch Umweltzerstörung und Erbmanipulation usw. besser gerecht werden zu können.

Welche Funktion soll nun das Strafrecht jetzt übernehmen? Haben die Rechtsgüter Umwelt, wirtschaftliches System und Funktionstüchtigkeit einen unmittelbaren Zusammenhang mit den individuellen Rechtsgütern, also mit Leben, Körper, Vermögen und Ehre?

Man geht bislang davon aus, daß die Rechtsgüter im Strafrecht sich kausal ändern können. Nur diese kausal änderbaren Güter gelten als Rechtsgüter. Dagegen kann man die Verletzung oder Gefährdung der

Umwelt, eines wirtschaftlichen Systems und der Funktionstüchtigkeit sowie des Vertrauens in das wirtschaftliche System nur schwer wahrnehmen und umreißen. Das Strafrecht ändert sich, wenn die Zeit und die Gesellschaft sich wandeln. Werden nun umgekehrt negative soziale Wirkungen verursacht, wenn man nun mehr als individuelle Rechtsgüter und mit diesen Rechtsgütern zusammenhängende Universalrechtsgüter im Strafrecht schützen will? Und haben Umwelt, wirtschaftliches System, Funktionskapazität und Vertrauen in das wirtschaftliche System keinen umrissenen Inhalt als strafrechtliche Rechtsgüter? Für das Strafrecht bedeuten diese Umstände Zunahme und Bewältigung von Unsicherheit. Man erwartet aber gerade vom Strafrecht einen wichtigen Beitrag zu Bewältigung dieser Probleme. Das drückt sich einerseits in dem präventiven Strafrecht aus, das in der Risikogesellschaft zum Mittel der Prävention zu avancieren scheint, und in dem symbolischen Strafrecht andererseits, dem in der rationalisierten, individualisierten und anonymisierten Risikogesellschaft die Rolle eines Garanten von Orientierungssicherheit zugesprochen zu sein scheint. Die Lehre von der positiven Generalprävention ist gerade der Versuch einer theoretischen Bewältigung der Probleme in der Risikogesellschaft und ein Antwortversuch auf die Frage nach dem Zweck und der Legitimität des Strafrechts. Hängt die Einschränkung der Zuständigkeit des Strafrechts dann von vielen Prinzipien, wie etwa dem Subsidiaritätsprinzip, außerhalb Rechtsgutstheorie ab?

Das Subsidiaritätsprinzip meint, daß das Strafrecht sich nur mit sozialschädlichem Verhalten befassen kann, wenn es nicht möglich ist, nur mit Sanktionen wie beim Zivilrecht oder beim Verwaltungsrecht angemessen reagieren zu können; denn die Strafe ist die schwerste Sanktion innerhalb des Rechts. Auch wenn eine Aufgabe des Strafrechts der Rechtsgüterschutz ist, sollte das Strafrecht nie alle Rechtsgutsverletzungen und -gefährdungen bestrafen. Es widerspricht der Idee des Bürgers als einer autonomen Existenz in der Zivilgesellschaft, alle Rechtsgüter durch das Strafrecht zu schützen. Sozialschädlichkeit ist der allgemeine Standard dafür, ob eine Tat mit dem Strafrecht reguliert werden sollte. Wenn daher die Rechtsgutstheorie die Aufgabe übernimmt, nachzuforschen, ob man im Strafgesetz das klare Rechtsgut finden kann, dann stellt das Sozialschädlichkeitsprinzip als Einschränkungsprinzip der Gesetzgebung sich außerhalb der Rechtsgutstheorie. Im Gegensatz dazu gibt es den Versuch, innerhalb der Rechtsgutstheorie nur das Phänomen als Rechtsgut auszulegen, das kausal geändert werden kann. Aber wenn der liberale Aspekt und die Einschränkungsfunktion der Rechtsgutstheorie betont wird, mißverstehen man, daß in dem Begriff der Sozialschädlichkeit auch zugleich die Rechtsgutstheorie eingeschlossen wird. Mit anderen Worten, es wird nun bewiesen, daß es kein verletztes Rechtsgut gibt, wenn keine Sozialschädlichkeit in der Tat nachgewiesen wird?

Ist, wenn das rechtliche Interesse in der Strafnorm gefunden wird, die Rechtsgutstheorie selbst bei der Werteinschätzung neutral, ob dieses Interesse mit dem Strafrecht schutzwürdig ist?

Als Inhalt des Subsidiaritätsprinzips werden Überlegungen zur Prävention und zur Notwendigkeit mit dem Strafrecht gezeigt. Aber das Subsidiaritätsprinzip ist nicht universal. Das Subsidiaritätsprinzip kann sich ändern. Das hängt auch von der Zeit und den gesellschaftlichen Umständen ab. Natürlich geht es um Zusammenhang zwischen Person und Staat als Substanz dieser Änderung. Gesellschaftliche Stabilität verwirklicht sich nicht bloß durch die Angebot des Staates an den Bürger. In der Tat gilt dies zu dem gleichen Zeitpunkt für die Rechtsgutstheorie. Wenn man untersucht, ob man ein bestimmtes Problem mit dem Strafrecht regulieren sollte, muß man nicht nur rechtliche Überlegungen, sondern auch die Zusammenarbeit mit anderen gesellschaftlichen Gruppen in Erwägung ziehen.

Notes

- 1) Ulrich Beck, *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986. Peter-Alexis Albrecht, *Das Strafrecht auf Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat*, KriV, 1988, S.183. Christoph Lau, *Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um Definition von Risiken*, Sozial Welt, 1989, 418ff. Urs Kindhäuser, *Sicherheitsstrafrecht*, Universitas, Heft 3, 1992, S.230ff. Alessandro Baratta, *Jenseits der Strafe* in; *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70*, 1993, S.401. Wolfgang Naucke, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, KritV, Heft 2, 1993, S.154.
- 2) Felix Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, S. 54.
- 3) Heinz Müller-Diez, *Prävention durch Strafrecht : Generalpräventive Wirkungen*, in: Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, S.228ff.
- 4) Vgl. Günter Strathenwerth, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, ZStW 105, 1993, S.681.
- 5) Vgl. Detlef Krauß, *Sicherheitsstaat und Strafverteidigung*, Stv, Heft 7, 1989, S.318f.
- 6) Vgl. Felix Herzog, *Die » Abstraktionshöhen « der Strafrechtswissenschaft und die » Niederungen « der Strafrechtspraxis*, Stv, Heft3, 1988, 130f. Vgl. Kimmo Nuotio, *Das Bild des Strafrechts im Zeitalter der Risikogesellschaft*, in: Raimo Lahti und Kimmo Nuotio (Hrsg.), *Strafrechtstheorie im Umbruch*, 1992, S.175.
- 7) Cornelius Prittwitz, *Die Funktionalisierung des Strafrecht in der Risikogesellschaft*, in: Thomas Kreuder (Hrsg.), *Der Orientierungslose Leviathan*, 1993, S.177. Vgl. Rainer Wolf, *Zur Antiquertheit des Rechts in der Risikogesellschaft*, in: Ulrich Beck, *Politik in der Risikogesellschaft*, 1991, S.378ff. Reinhard Damm, *Neue Risiken und Neue Rechte*, ARSP 79, 1993, S.159. Christopher H. Schroeder, *RIGHTS AGAINST RISKS*, Colombia Law Review, Vol.86, 1986, P.495.
- 8) Vgl. Wolfgang Naucke, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, KritV, Heft 2, 1993, S.145.
- 9) Ulrich Weber, Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdung- und Unternehmendelikte*, 1987, S.21.
- 10) Günther Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97, 1985, S.774. Vgl. Walter Gropp, *Tagungsbericht „ Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a.M.“*, ZStW 97, 1985, S.919ff. Vgl. Walter Stree, *Strafrechtsschutz im Vorfeld von Gewalttaten*, NJW, Heft 27, 1976, S.1177ff.
- 11) Friedrich Dencker, *Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld ?*, Stv, Heft 6, 1988, S.262.
- 12) Yasuo Hasebe, *Horitsu to Risk*, in: Yasuo Hasebe (Hrsg.), *Risk-Gaku Nyumon* 3, 2007, S.3.
- 13) Eric Hirsch, *Gibt es „Strafrecht in der Risikogesellschaft“?*, NStZ, Heft 1, 1993, S.11f. ders., *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „ Risikogesellschaft“*, 1993, S.28.
- 14) Lutz Gollan, *Private Sicherheitsdienste in der Risikogesellschaft*, 1993, S.13.
- 15) Günter Stratenwerth, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, 1993, S.11f.
- 16) Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg erklärte am 28. Jul das vor über einem Jahr erlassene Verbot für unwirksam.
- 17) Hinweis, Yasuhiko Ishida/Toshikazu Yoshida, *Shakaiteki Meiwaku ni kansuru Kenkyu (2)*, Nagoya-Daigaku Kyoiku Hattatsu Kagaku Kenkyuka Kiyo (Shinri Hattatsu Kagaku) 47, 2000, S. 25ff.
- 18) Lothar Kuhlen, *Umweltstrafrecht*, ZStW 1993, Band105, S.698.
- 19) Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, in: Volume One. *Offense to Others*, 1985, S. 225 ff.
- 20) Vgl. Günter Stratenwerth, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, 1993, S.17. Lothar Kuhlen, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA, 1994, S.366. Heinz Müller-Dietz, *Instrumentelle vs. soziolethische Funktionen des Strafrechts*, in: Lothar Philipps und Heinrich Sollen (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S.101.
- 21) Hinweis, Toshikazu Yoshida (et.), *Shakaiteki Meiwaku ni kansuru Kenkyu (1)*, Nagoya-Daigaku Kyoiku Hattatsu Kagaku Kenkyuka Kiyo (Shinri Hattatsu Kagaku) 46, 1999, S. 53ff.
- 22) Kritisch, Lorenz Böllinger, *Soziale Disziplinierung und Moralstrafrecht — Illegaler Drogenkonsum und BtMG, Strafrecht, soziale Kontrolle, soziale Disziplinierung*, 1993, S.279f. Vgl. ders., *Generalprävention als Sozialisationsfaktor?*, Kriminologisches Journal, Heft 1, 1987, S.32ff.
- 23) Ryo Ida, *Henkaku no Zidai ni okeru Riron Keihogaku*, 2007. S. 12.
- 24) Die Aussage von Masahide Maeda, *Seishonen Mondai ni kansuru Tokubetsu Iinkai (156 Kai Kokkai Shugiin)*,

Tokubetu linkai Giziroku 5, am 08 Mai 2003.

- 25) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Auflage, 1991, 13f. Wolfgang Schild, Umweltschutz durch Kriminalstrafrecht?, JB 1, 1979, S.12ff. ders., Probleme des Umweltsstrafrecht, Jura, 1979, S.421ff. Hans Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S.140ff. Winfried Hassemer, Einige Bemerkungen Über „ positive Generalprävention“, in: Problemy Odpowiedzialnsci Karnej, 1994, S.146.
- 26) Karl F. Schumann, Positive Generalprävention, 1989, S.50. Michael Bock, Prävention und Empirie, Jus, Heft 2, 1994, S.99. Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, S. 27 ff.
- 27) Katsuyoshi Ikuta, Koi Genri to Keiji Iho Ron, 2002, S.56.
- 28) Ken Naito, Keiho Kogi Sohron (Joh), 1983, S.58.
- 29) Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2.Auflage, 1990, S.275.
- 30) Olaf Hohmann, Rechtsgut der Umweltdelikte, 1991, S.71.
- 31) Winfried Hassemer, Strafen im Rechtsstaat, 2000. S.162f
- 32) Hassemer, a.a.O (Strafen) ., S.166.
- 33) Hohmann, a.a.O ., S.200ff.
- 34) Hassemer, a.a.O (Strafen) ., S.247.
- 35) Vgl. Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2004, S.30f.
- 36) Vgl. Wolfgang Wohlers, Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers, in; Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S.281.
- 37) Hassemer, a.a.O (Strafen) ., S.168.
- 38) Vgl. Sebastian Scheerer, Die Ohnmacht der Rechtsgutsidee und die Dominanz der Problemdefinition, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S.181.