Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer

Justus-Liebig-Universität Gießen

05. August 2022

An das Bundesministerium der Justiz, Berlin, Referat II A 1

Stellungnahme

zum *Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*

Hier sei lediglich auf den Vorschlag eingegangen, die *Grundsätze der Strafzumessung in § 46 StGB* zu ergänzen.

Dieses Gesetzgebungsvorhaben reiht sich ein in die Kette systemwidriger, tendenziell strafrechtsausweitender und strafverschärfender Eingriffe seit 2015, denen das Bundesjustizministerium die Hand reicht. Sie müssen sich anhaltend heftige, doch berechtigte kritische Bewertungen durch Kriminalwissenschaftler gefallen lassen; so seien es „nebelwerfende Klientel- und Schaufenstergesetze“, die nicht Klarheit bewirkten, sondern das Gegenteil (Thomas Fischer), „Aktionismus“ (Oliver Harry Gerson), „panikartige Attacken der Strafgesetzgebung“ (Urs Kindhäuser). Insgesamt werden sie treffend als bloße *Symbolpolitik* ohne wirksamen Schutz Betroffener gerügt. Sie sehen sich überdies dem Vorwurf ausgesetzt, das *Gebot wissensbasierter Kriminalpolitik*, dem sich erneut noch der letzte Koalitionsvertrag verschrieben hat, zu missachten. Die Kluft zwischen wissenschaftlicher Expertise und politischer Praxis in der Strafgesetzgebung wird immer offenkundiger. Statt Strafrecht als „ultima ratio“ zu begreifen scheint dieses Instrument mitunter zur „prima ratio“ zu mutieren; dies in neuerlichem Drang, systemwidrig „Lückenlosigkeit“ schaffen und auf aktuelle brisante, jedenfalls politisch diskutierte Kriminalitätserscheinungen strafrechtsausweitend oder -verschärfend reagieren zu müssen. (Zu grundlegender Kritik daran vgl. schon die wiederholten, indes reaktionslos gebliebenen schriftlichen Appelle des Verf. an die jeweiligen Bundesjustizministerinnen v. 16.07.2018, 19.06.2020, 02.07.2020, 20.08.2020 – samt einem „offenen Brief eines Kriminalwissenschaftlers an Rechtspolitiker…“ v. 20.08.2020; s. auch Verf., NK 2018 S. 151ff; Verf., in: Arndt Sinn, Hrsg., Alternative Fakten, Tübingen 2020 S. 151ff; Verf., in: KriPoZ 2020 S. 263ff.)

Systemwidrigkeit mit rechtsdogmatischen und justizpraktischen Folgen sowie mangelnde Berücksichtigung vorhandenen Wissens sind allerdings bei der nunmehr beabsichtigten

Erweiterung der 2015 begonnenen Nennung möglicher, als strafschärfend gedachter Motive komplexer und schwerer zu identifizieren als bei vorangegangenen Strafgesetzänderungen.

Am deutlichsten waren solche gesetzgeberischen Kardinalfehler nachzuweisen in Ausweitungen des Strafrechts bei Kindesmisshandlung und Kinderpornografie unter Justizministerin Christine Lambrecht. Erkenntnisse aus der kriminologischen Dunkelfeldforschung, sogar Empfehlungen der zuvor von demselben Ministerium eingesetzten Expertenkommission wurden total ignoriert. So wurde entgegen dem erklärten Ziel, „künftig klare Begriffe“ zu verwenden, die missdeutbare, umstrittene begriffliche Neuerung „sexualisierter Gewalt“ eingeführt. Vor allem wurden erstmals „minder schwere Fälle“ bei Hochstufungen zu Verbrechen mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe gestrichen oder nicht eingeführt aus purer Demagogie; man bediente sich des populistischen Argumentationsmusters, bei Kindesmisshandlung oder Verschaffen pornografischer Darstellungen - früher bei Einbruchsdiebstahl oder Vergewaltigung - könne es gar keine minder schweren Fälle geben. Das ließ eine kriminologische Binsenweisheit außer Acht: Bei *jeder Verbrechensart gibt es Taten jedweden Schweregrads*; gerade im untersten Bereich der Tat- und Schuldschwere liegt das Gros der Verstöße; allen Schweregraden hat der Gesetzgeber flexibel Rechnung zu tragen; deswegen verlangt die bislang geltende Gesetzessystematik, neben Grund- und besonders schweren Fällen von „Verbrechen“ i. e. S. immer auch minder schwere Fälle vorzusehen, die geringere als die Mindeststrafe von einem Jahr oder Verfahrenseinstellungen ermöglichen; anderenfalls bahnt man leichtfertig und unverantwortlich rechtsstaatlich fragwürdigen *justiziellen Umgehungsstrategien* den Weg. Nun aber stellt beispielsweise nach § 184b StGB ein bislang als Vorfeld von strafrechtlichem Rechtsgüterschutz (fragwürdige Besitzbestrafung) geltendes tagtäglich tausendfach vorkommendes Verhalten vor allem junger Menschen ein Verbrechen dar, von dem man nicht einmal strafbefreiend im Versuchsstadium zurücktreten kann: Man denke etwa an das „Unternehmen“, sich „Besitz an kinderpornografischen Inhalten“ zu verschaffen (so der auch sprachlich missratene Wortlaut); das ist schon verwirklicht samt drohender einjähriger Mindestfreiheitsstrafe, wenn jemand aus Neugier entsprechende Links im Internet sucht und anklickt, aber nicht einmal tatsächlich aufruft. Einfach grotesk! Dank technischer Neuerungen bei Ermittlungen von „Cyber-Kriminalität“ können nämlich Fälle auf der Festplatte registrierter tatsächlicher „Besitzverschaffung“ über Ermittlungen bei Herstellern oder Vertreibern entsprechenden Pornomaterials entdeckt und verfolgt werden. Es verleitet Verfolgungsbehörden vorhersehbar zu den erwähnten Umgehungsstrategien angesichts sonst zwingender unverhältnismäßiger Strafen, sollten sie es mit solchen relativen Bagatellen zu tun bekommen.

Die beabsichtigte Erweiterung des § 46 Abs. 2 StGB ist gleichfalls systemwidrig und verstößt vielfältig gegen Gebote der Gesetzgebungskunst. Folgende „Sünden“ sind herauszustellen:

1. Der Gesetzgeber verstößt gegen die ursprüngliche Erkenntnis und Gesetzesfassung, dass den Gerichten nur abstrakt vorzugeben sei, die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, bei der Strafzumessung gegeneinander abzuwägen (§ 46 Ab. 2 S.

1). Beweggründe und Ziele des Täters sind nämlich ganz allgemein so zahlreich und facettenreich, dass man sie nicht umfassend oder auch nur in einer einleuchtenden Gruppierung benennen kann; außerdem unterliegen sie zeitlich-kulturellen Veränderungen; obendrein überschneiden sie sich oftmals, können ambivalent sein und kumuliert auftreten. Nur eine gerichtliche umfassende Einzelfallwürdigung kann ihnen angemessen gerecht werden.

2. Will man überhaupt die abstrakte „Generalklausel“ mit Beispielen anreichern und dadurch griffiger machen, muss man *flächendeckend das Gesamt möglicher für und gegen Täter sprechender Motive* zu beleuchten versuchen, indem man *typische* Konstellationen herausarbeitet. Als positiv könnten etwa Hilfsbereitschaft und Mitleid genannt werden, als negativ Neid, Hass, Vergeltungsdrang, Gewinnsucht, Menschenverachtung.

3. Jeder Versuch, einzelne Motive im Gesetz zu benennen, führt notwendig zu *Schlagseitigkeiten*. Benannte Motive werden in concreto mehr Beachtung und größeres Gewicht erhalten als unbenannte. Erst recht schafft man eine Schlagseitigkeit, wenn wie neuerdings ausschließlich „gegen den Täter sprechende“ Motive formuliert werden, so dass „für“ ihn sprechende eher in den Hintergrund geraten. Obendrein sind es bei den seit 2015 im Gesetz formulierten oder jetzt im Referentenentwurf zusätzlich genannten negativen Motiven wiederum schlagseitig nicht flächendeckende, typische, repräsentative, sondern derzeit in der politischen Diskussion vorrangig debattierte Falllagen. Begrifflich überschneiden sie sich zudem vielfältig (z.B.: rassistisch, fremdenfeindlich, antisemitisch – oder: geschlechtsspezifisch, gegen die sexuelle Orientierung gerichtet) und sind sprachlich-interpretativ *unscharf*. Sie weisen auf Lagen, die als herausfordernd gewertet werden, aktuellen Stimmungslagen entsprechen und politischen Handlungsbedarf in der Richtung wirksamer Prävention anzeigen könnten, nicht aber systemwidrige symbolische strafrechtliche Benennung.

4. Als 2015 erstmals einzelne „gegen den Täter sprechende“ Motive in den § 46 Abs. 2 eingefügt wurden – nämlich „besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“ –, war klar erkennbar, dass es sich nicht um eine einmalige „Sünde“, einen ausnahmsweisen Bruch des bisherigen Systems handeln würde, sondern um die Einführung eines jederzeit erweiterbaren *Katalogs*. Erste Sündenfälle ziehen traditionell weitere nach sich. Das bestätigte sich in der Erweiterung des Katalogs im Gesetz v. 03.04.2021 durch die Aufnahme „antisemitischer“ Beweggründe und Ziele. Das könnte sich übrigens gleichfalls bestätigen, wenn das Bundesverfassungsgericht die neu geschaffene Ausnahme vom Verbot „ne bis in idem“ passieren lässt in dem anhängigen Verfahren gegen einen vom Vorwurf des Mordes Freigesprochenen, der nach dem „Gesetz zur Herstellung

materieller Gerechtigkeit“ aufgrund neuer Beweislage nunmehr verurteilt werden soll. Und es hatte sich früher bestätigt, als 1964 zunächst ausnahmsweise bei „Verbrechen wider das Leben“ nach § 112 Abs. 3 StPO ein Haftgrund für die Anordnung von Untersuchungshaft entfallen konnte und daraus später ein Katalog von Ausnahmen wurde.

5. Für Lesbarkeit und Verständlichkeit sowie rechtliche Interpretation hinderlich sind *verschachtelte* Nennungen von Beispielen: Für und gegen den Täter sprechende „Umstände“ werden systemwidrig in „*namentlich*“ genannte „Beweggründe und Ziele des Täters“ untergliedert; unter diesen finden sich lediglich „gegen den Täter sprechende“ Umstände; diese werden nochmals unterteilt in einzelne, „*besonders auch*“ zu berücksichtigende, insgesamt als Beispiele „menschenverachtender“ Motivgruppen bewertete Umstände. Dabei handelt es sich um eine einseitige Auswahl. Denn Motive, die sich etwa gegen Christen, Moslems, Sinti und Roma, Kinder oder Behinderte richten, und solche, die auf bloßem Hass beruhen, bleiben unbenannt. Man kann sich schon ausmalen, dass bald bei entsprechenden Kriminalitätslagen politisch Forderungen erhoben werden, den Katalog zu erweitern um Motive, die sich etwa gegen Pflegepersonal oder Personen in Sicherheitsdiensten richten.

6. Überhaupt ist sprachlich und rechtlich-interpretativ unklar, ob der Gesetzgeber nur Beispiele für Motivationslagen formulieren wollte und will, damit entsprechende Motivationslagen auf jeden Fall gerichtlich geprüft werden. Wäre dies das Anliegen, hätte eine eindeutigere Wortwahl nahegelegen: „Zum Beispiel“, „beispielsweise“, „unter anderem“, „einschließlich“ usw. „*Namentlich*“ und „*besonders*“ könnten sprachlich jedoch dahingehend interpretiert werden, suggerieren jedenfalls, dass eine Verstärkung, eine größere Bedeutung dieser Motive beabsichtigt ist. Dann wiederum fragt es sich, welcher Art Verstärkung gemeint ist: Sollen unter allen denkbaren Motivationslagen diese genannten Vorrang haben? Oder sollen sie gar zwingend eine Strafschärfung bewirken im Gegensatz zu anderen Motivationslagen?

7. Ob das von Bundesjustizminister Marco Buschmann mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts erklärte *Ziel eines „härteren Strafens“* oder „höherer Strafen“ im Rahmen eines „Neustarts in der Strafrechtspolitik“ bloße politische Rhetorik ist oder tatsächlich erreicht wird, bleibt offen. Jedenfalls zwingen die Ergänzungen des Katalogs gegen Täter sprechender Motivationslagen keineswegs dazu, auf solche Täterhaltungen mit entsprechend erhöhten Strafen zu reagieren. Sie konnten früher schon und müssen weiterhin in der richterlichen Abwägung aller Tatumstände gewürdigt werden. Hätte man mit ihnen zwingende Erhöhungen der Strafen verbinden wollen, hätte das ausdrücklich festgelegt werden müssen, etwa mit der Formulierung: „Straferhöhend sind zu

berücksichtigen…“ Deshalb bleibt es auch ungewiss, ob die beabsichtigte Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB der Resolution 2417 (2022) des Europarats gerecht wird, im Strafrecht der Mitgliedsstaaten „eine gegen das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung gerichtete Tatmotivation als straferschwerenden Umstand anzusehen“ (vgl. Referentenentwurf aaO S. 18). Freilich stoßen solche europarechtlichen Vorgaben immer auf den Vorbehalt der Eigenheiten nationalrechtlicher Strafrechtssysteme.

8. Wie in neuerlicher Strafgesetzgebung üblich überschätzt man die Wirkungen der Gesetzesänderungen in concreto und die des Strafrechts ganz allgemein. Nur selten wirken sie messbar generalpräventiv. Das gilt vor allem für entsprechende Strafzumessungsvorschriften. Von den neuerlichen Änderungen sind signifikante *Beiträge zur Abschreckung potentieller Täter*, erst recht *Beiträge zum Opferschutz* nach allem, was wir über generalpräventive Wirkungen des Strafrechts wissen, *nicht zu erwarten*. Äußerstenfalls werden die genannten Motive von Gerichten in Urteilen öfter ausdrücklich erwähnt werden. Ob es zu höheren Strafen kommt, wird sich nicht messen lassen, ist auch nicht generell zu erwarten. Bestenfalls wird wachsendes Problembewusstsein geschaffen werden, wenn spektakuläre Strafurteile, in denen auf die Gesetzesänderung hingewiesen und eine Straferhöhung angegeben wird, über Massenmedien größere Beachtung finden. Wollen Gesetzgeber und Regierungen in Bund und Ländern jedoch wirksam den *Schutz potentieller Opfer* verbessern, der *Kriminalprävention* dienen, dann müssen sie sich auf Verbesserungen der Bedingungen in der Strafverfolgung sowie vielfältigen Vorschlägen und Erfahrungen von Experten und Organisationen des Opferschutzes zuwenden, insgesamt Bemühungen in der Gesellschafts- und vor allem Bildungspolitik. Priorität hätten Bemühungen um verstärktes Problembewusstsein in der Aus- und Fortbildung bei Polizei und Justiz, technische und personelle Verstärkungen von Sondereinheiten für entsprechende Kriminalität – insbesondere auch in der Kontrolle der digitalen Welt – , Stärkung der Opferhilfeeinrichtungen, etwa der Frauenschutzhäuser, unabhängige Stellen für Bürgerbeschwerden, überdies allgemeine Aufklärung in der Bildungsarbeit über entsprechende Kriminalität und ihr zugrundeliegende Vorurteile und Fehlhaltungen.