



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 57 September 2021

Weniger ist mehr – den Rechtsstaat stärken durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Bundesrechtsanwaltskammer für die 20. Legislaturperiode

erarbeitet vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin
RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Kri-
minalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Seit vielen Jahren wird in Deutschland, durchaus nicht zu Unrecht, eine **Überlastung weiter Teile der Justiz, insbesondere der Strafjustiz**, beklagt. Der Gesetzgeber hat darauf bislang vornehmlich mit immer neuen Eingriffen in das Strafprozessrecht reagiert, die der Beschleunigung und Vereinfachung der Gerichtsverfahren dienen sollten. Ein nennenswerter Rückgang der Belastung ist indes nicht zu verzeichnen. Stattdessen wurde zunehmend die für den Rechtsstaat essenzielle Balance zwischen effektiver Strafverfolgung und effektiver Strafverteidigung zugunsten der ersteren verschoben. Die Bürgerinnen und Bürger sind Eingriffsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden in einem nie dagewesenen Umfang ausgesetzt.

Die unbestreitbare Überlastung einiger Teile der Justiz ist **keine Folge eines vermeintlich dysfunktionalen Verfahrensrechts**. Die Amtsgerichte in Deutschland schließen annähernd die Hälfte der von ihnen durch Urteil erledigten Verfahren binnen drei Monaten ab. Verfahrensdauern von mehr als einem Jahr sind seit Jahren bei den Amtsgerichten die Ausnahme. Aber auch bei den Landgerichten sind **Hauptverhandlungen von langer Dauer**, auf das Ganze gesehen, **Ausnahmeerscheinungen**. Seit Jahren werden mehr als 90% der Hauptverhandlungen von den deutschen Landgerichten binnen zwei Monaten abgeschlossen. Im Einzelfall können insbesondere sog. Umfangsverfahren allerdings überproportional lange dauern. Auch nimmt die Dauer der Ermittlungsverfahren zu.

II.

Beschränkung auf die Kernaufgaben des Strafrechts

Eine wesentliche Ursache für die vielfach beklagte Überlastung der Strafjustiz liegt in der immer weiter um sich greifenden **Ver(straf-)rechtlichung aller Lebensbereiche**. Als besonders schädlich erweist sich hier die Neigung des Gesetzgebers, schlichte Ordnungsverstöße mit Kriminalstrafen oder strafähnlichen Sanktionen zu überziehen und dem Strafverfahren immer neue, ihm im Kern wesensfremde Funktionen zuzuweisen. Die Bundesrechtsanwaltskammer beobachtet und kritisiert seit Längerem, dass bei der Strafgesetzgebung nicht mehr der Schutz konkreter Rechtsgüter im Mittelpunkt steht, sondern dass das Strafrecht zu einem Gefährdungs- und teilweise sogar zu einem „Erziehungsrecht“ umgestaltet wird, dem mehr und mehr präventive oder auch nur symbolische Funktionen zugewiesen werden. Gefährdungen weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung - teilweise mit primär selbstgefährdendem Charakter - werden mehr und mehr unter Strafe gestellt. Die exzessive Einbeziehung gefährlicher Verhaltensweisen aus dem Vorfeld einer möglichen Rechtsgutsverletzung in das Strafrecht und damit in den Anwendungsbereich des **Legalitätsprinzips** ist einer der wichtigsten Gründe für die strukturelle Überlastung der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte.

Durch personelle Aufstockungen, wie sie während der letzten Legislaturperiode beschlossen wurden, lässt sich dieses **Strukturproblem** nicht lösen. Es wird vielmehr perspektivisch neue und noch größere Komplikationen für die Ermittlungs- und Strafverfahren nach sich ziehen. Wird das Strafrecht zunehmend zum wirtschaftlichen oder technischen „Überwachungsrecht“, greift es vermehrt auf digital gesteuerte Vorgänge zu. Da die Digitalisierung in allen Lebensbereichen fortschreitet, vervielfältigen sich folgerichtig auch die im Ermittlungs- und Strafverfahren auszuwertenden Datenmengen. Weil das Strafrecht, was das „Ob“ der Ermittlungen anbelangt, den verwaltungsrechtlichen Opportunitätserwägungen entzogen ist, die einen rationalen und rationellen Einsatz staatlicher Ressourcen zum Ziel haben, lässt sich dieses Problem pragmatisch kaum lösen. Notgedrungen sind die Gerichte und Staatsanwaltschaften auf externen Sachverstand bei der Auswertung der Terabytes von Daten angewiesen; das wiederum ist rechtlich aufgrund der Gesamtverantwortung der Staatsanwaltschaft für die Ermittlungen problematisch. Die Überlastung des Strafverfahrens erweist sich im Ergebnis im Kern als **Symptom der Überlastung des Strafrechts selbst**.

Die Bundesrechtsanwaltskammer befürchtet, dass sich diese Fehlentwicklung, die weder dem Rechtsstaat noch der inneren Sicherheit dienlich ist, in Zukunft fortsetzen wird. Sie appelliert an den künftigen Gesetzgeber, stattdessen das rechtsstaatliche Profil des Strafverfahrens durch kluge **Beschränkung auf seine Kernaufgaben** zu schärfen und bewusster als in den vergangenen Jahren auf alternative Steuerungsinstrumente wie das Zivilrecht oder das Verwaltungsrecht zurückzugreifen.

Das Strafrecht hat notwendigerweise „fragmentarischen Charakter“. Es kann - und soll - nicht sämtliche Regelverstöße der Bürgerinnen und Bürger erfassen, sondern darf nur bei elementaren Rechtsgüterverletzungen eingreifen. Das Strafrecht wird - so formuliert es das Bundesverfassungsgericht - als „**ultima ratio des Rechtsgüterschutzes**“ nur dann eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.¹ Strafe ist letztes Mittel und darf nur angedroht und vollstreckt werden, wenn andere rechtliche Kontrollsysteme nicht ausreichen.

Die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht ist seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt.² Erreicht werden kann dieses Ziel aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer nur dann, wenn bei den Bürgerinnen und Bürgern eine Grundüberzeugung existiert, dass der strafende Staat von einer im oben beschriebenen Sinne **rationalen Kriminalpolitik mit Augenmaß** getragen wird. Strafandrohungen, die - wie beispielsweise im Kapitalmarktstrafrecht - wegen überkomplexer, anwendungsfeindlicher Tatbestände de facto überhaupt nicht durchgesetzt werden können, sind nicht nur wirkungslos, sondern untergraben im Ergebnis die Akzeptanz der Rechtsordnung durch die Bürgerinnen und Bürger und ihr Vertrauen in den Rechtsstaat. Zudem tragen sie dazu bei, die knappe Ressource Justiz zu vergeuden.

¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 - 2 BvR 392/07.

² BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02, Rn. 111.

III.

Schärfung des rechtsstaatlichen Profils des materiellen Strafrechts

Das gesamte System des materiellen Strafrechts ist angesichts des in den letzten Jahren entstandenen Wildwuchses an Strafnormen dringend überarbeitungsbedürftig. Der Gesetzgeber hat das Kern- wie auch das Nebenstrafrecht stetig daraufhin zu überprüfen, ob mit Kriminalstrafe bedrohte Handlungen unter dem Aspekt des „ultima ratio“-Gedankens, im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips und als Ausdruck einer rationalen Strafrechtspolitik tatsächlich weiterhin strafwürdig sind.

1. Im **Kernstrafrecht** bedarf es vor allem einer kritischen Bestandsaufnahme dahingehend, ob und inwieweit die **Regulierung primär zivilrechtlicher Ansprüche** zwingend durch das Strafrecht flankiert werden muss. Das Strafverfahren darf wegen des „ultima Ratio“-Prinzips nicht dazu herhalten, das Fehlen zivilrechtlicher Instrumente zur Rechtsdurchsetzung zu kompensieren oder die Rechtsdurchsetzung zu vereinfachen. Dass dies ohne nennenswerten Rechtsverlust für die Betroffenen bewerkstelligt werden kann, zeigt die Einführung eines eigenen Auskunftsanspruchs nach § 101 UrhG gegenüber dem Provider für die Inhaber eines Urheberrechts. Die Effektivierung der zivilrechtlichen Rechtsverfolgung führte im Jahr 2008 schlagartig zu einem Rückgang der Verfahrenszahlen bei den Staatsanwaltschaften.

- a) Jedenfalls für Verhaltensweisen im heutigen **Massenverkehr**, die sich auf das bloße Ausnutzen fehlender Kontrollen beschränken und keine Täuschung darstellen, erscheint die Anwendung des Strafrechts nicht angemessen. Das Strafrecht dient beispielsweise den Verkehrsbetrieben derzeit zur **Externalisierung interner Kosten**, die andere Anbieter am Markt selbst tragen müssen. Denn die Strafbarkeit der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne gültigen Fahrschein (§ 265a StGB) hat es den Leistungserbringern erst ermöglicht, Zugangssperren abzubauen und auf das Begleitpersonal in den Zügen und Bussen mehr und mehr zu verzichten. Personen, die ohne Fahrschein angetroffen werden, haben zudem die Möglichkeit, sich durch sofortige Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgelts der Feststellung der Personalien durch die Strafverfolgungsbehörden und damit der Strafverfolgung zu entziehen. Wer ohne Parkschein parkt, schädigt das Vermögen der Kommune, läuft allerdings lediglich Gefahr, einen Bußgeldtatbestand zu verwirklichen.

Dies allein zeigt, dass die Kriminalstrafe zum Schutz des Vermögens der Verkehrsbetriebe nicht unabdingbar ist. In besonderem Maße gegen das Übermaßverbot verstoßen die Verhängung von Freiheitsstrafe oder der Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafe in diesem Bereich. Die Tatbestandsalternative „Erschleichen von Leistungen“ in § 265a StGB sollte daher zugunsten eines neuen **Bußgeldtatbestands** gestrichen werden, wobei den Verkehrsbetrieben die Durchsetzung ihrer Ansprüche durch ein Festhalterecht in Anlehnung an § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ermöglicht werden könnte. Durchgreifende verfassungsrechtliche Gründe, die den Bundesgesetzgeber hindern würden, § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG zu ändern und ein entsprechendes Festhalterecht bereichsspezifisch für die (künftige) Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten der Beförderungsererschleichung zu normieren, bestehen nicht.

- b) Mit dem am 1. Juli 2017 in Kraft getretenen „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“³ hat der Gesetzgeber ein Entschädigungsmodell eingeführt, welches den Tatgeschädigten einen Weg bietet, Schadenswiedergutmachung im strafrechtlichen Vollstreckungsverfahren zu erlangen. Durch den neu geschaffenen § 73e StGB möchte der Gesetzgeber zwar die Vergleichsbereitschaft der Beteiligten während des laufenden Strafverfahrens fördern. Damit sind die Möglichkeiten einer Befriedung vermögensrechtlicher Streitigkeiten mittels strafrechtlicher Instrumente aber noch nicht ansatzweise ausgeschöpft. Gelingen kann dies namentlich durch die **Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Tätigen Reue**.

Denkbar ist in diesem Kontext sowohl eine Ausdehnung auf einzelne Tatbestände im Besonderen Teil des StGB als auch eine grundsätzliche Weichenstellung im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs. Die Tätige Reue ist in ihrem derzeitigen Zuschnitt im deutschen Strafgesetzbuch in fünf deliktgruppenspezifischen Regelungen (§§ 83a, 306e, 314a, 320, 330b StGB) und zahlreichen tatbestandsspezifischen Regelungen enthalten. Sie lassen einen systematischen Ansatz vermissen und wirken zufällig, ja willkürlich. So fragt sich im Bereich der Betrugsdelikte, warum das Vorfelddelikt des Subventionsbetrugs eine Tätige Reue kennt (§ 264 Abs. 6 StGB), die neu geschaffenen Vorfelddelikte des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe (§ 265d StGB) dagegen nicht. Ebenso ist unstimmtig, warum der Gesetzgeber beim Kreditbetrug als Vorfelddelikt eine Tätige Reue zulässt (§ 265b Abs. 2), beim Kreditbetrug durch Auslösung einer schadensgleichen Vermögensgefahr (§ 263 StGB) hingegen nicht. Die Vorschriften zum Täter-Opfer-Ausgleich und zur Schadenswiedergutmachung in § 46a Nr. 1 und § 46a Nr. 2 StGB greifen hier, genauso wie § 46 StGB, zu spät, weil sie nur die Strafzumessung betreffen, die Belastung der Strafjustiz daher nicht nennenswert beeinflussen. Es bedarf mithin einer kriminalpolitischen Initiative für eine Ausdehnung und Systematisierung der **Tätigen Reue** im Strafgesetzbuch insgesamt.

Als Vorbild kann die **deliktsübergreifende Tätige-Reue-Vorschrift des § 167 öStGB** dienen, die sich bewährt hat. Aus Sicht der Beschuldigten und der Verteidigung eröffnet sie die Möglichkeit der Rückkehr zur Straffreiheit trotz Deliktvollendung bei freiwilliger, rechtzeitiger und vollständiger Schadenswiedergutmachung. Aus Sicht des Verletzten ist sie ein wirksames und niederschwelliges Mittel der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche. Aus Sicht der Justiz ist sie ein ressourcenschonendes Konzept, welches im Einklang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht und Rechtsfrieden schafft. Die Einsatzmöglichkeiten, auch in Fällen von Unternehmenskriminalität, lassen dieses Rechtsinstitut in Österreich auf der Grundlage großer gesellschaftlicher Akzeptanz auch aus dem Blickwinkel von Restorative Justice sehr zweckmäßig erscheinen.

Ein neu zu schaffender § 24a StGB-E mit einer Fakultativregelung der Tätigen Reue (z.B. „¹In Fällen tätiger Reue kann das Gericht ... ²Ein solcher Fall liegt idR vor, wenn ... „) könnte sich in seinen Grundstrukturen daran orientieren.⁴ Bei Eigentums- und Vermögensdelikten mit einem greifbaren und damit restituierbaren materiellen Schaden gebietet es auch der Grundsatz des effektiven Opferschutzes, eine einheitliche Tätige-Reue-Regelung vorzusehen, wenn ein Tatbeteiligter nach vollendeter Tat ein privilegierungsfähiges Umkehrverhalten zeigt und freiwillig zur Legalität zurückkehrt.

³ BGBl. I 2017, S. 872.

⁴ Näher *Jahn/Ebner*, Tätige Reue: Fixpunkt einer Gesamtreform honorierungswürdigen Nachtatverhaltens im deutschen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrecht? FS Heintschel-Heinegg, 2015, S. 221, 233 f.

- c) Aber auch die bereits vorhandenen Tatbestände des deutschen Strafrechts, die eine Straffreiheit bei Tüchtiger Reue zulassen, sind auf ihre Praktikabilität hin zu überprüfen; denn die meisten Vorschriften im StGB, die Tüchtige Reue honorieren oder ähnliche Mechanismen vorsehen, besitzen im Gegensatz zu der strafbefreienden Selbstanzeige im Steuerstrafrecht nach § 371 AO keine große Praxisrelevanz.

Dies lässt sich plastisch anhand des Beispiels der Unfallflucht belegen. Die strafrechtlichen **Regelungen zum unerlaubten Entfernen vom Unfallort in § 142 StGB** dienen ausschließlich dem Schutz Unfallbeteiligter und Geschädigter an der Durchsetzung berechtigter und der Abwehr unberechtigter Schadensersatzansprüche. Dass sie seit Jahren mit gewichtigen Rechtsunsicherheiten behaftet sind, ist jeder Praktikerin und jedem Praktiker bekannt. Wann eine nach den Umständen angemessene Zeit verstrichen ist, ohne dass jemand bereit war, die Feststellungen zu treffen, können rechtsunkundige Verkehrsteilnehmerinnen und -teilnehmer kaum verlässlich beurteilen. Die Verpflichtung, Feststellungen unverzüglich nachträglich zu ermöglichen, führt vor allem in Bagatellsachen zu einer aufwändigen Unfallaufnahme durch die Polizei und zu einem Bußgeldverfahren. Aus Angst vor einer Strafe oder zur Vermeidung von Unannehmlichkeiten melden Unfallverursacherinnen und Unfallverursacher Bagatellschäden deshalb im Nachhinein häufig nicht. Selbst der ADAC hat darauf hingewiesen, dass hier ohne Not das Strafverfolgungsinteresse über das Interesse der Geschädigten am unkomplizierten Ersatz ihres Schadens gestellt werde.

Der 56. Deutsche Verkehrsgerichtstag hat deshalb am 26. Januar 2018 in Goslar dem Gesetzgeber empfohlen, die Möglichkeiten der Strafmilderung oder des Absehens von Strafe bei Tüchtiger Reue in § 142 Abs. 4 StGB zu reformieren. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt ausdrücklich den Vorschlag, bei Unfällen mit Sachschäden eine telefonische Meldung, etwa bei einer einzurichtenden neutralen Meldestelle, in Erwägung zu ziehen. Zumindest aber sollte die Begrenzung auf Unfälle außerhalb des fließenden Verkehrs entfallen und die Regelung auf alle Sach- und Personenschäden erweitert werden.

2. Konsequenz des „ultima ratio“-Gedankens und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist ferner, dass das Strafgesetzbuch **keine Strafvorschriften** enthalten darf, die **ausschließlich oder im Kern moralisches Unrecht** ohne Verletzung oder Gefährdung **kriminalisieren**.

Zu Recht hat daher das BVerfG unlängst in seinem Grundsatzurteil zu § 217 StGB in Abkehr von der Senatsentscheidung zum Inzestverbot erklärt, dass „der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein“ kann.⁵ Diese neue Ächtung einer Kriminalisierung rein oder zentral moralischer Verfehlungen durch das BVerfG ist folgenreich. Danach war das Verbot der geschäftsmäßigen **Förderung der Selbsttötung** nach **§ 217 StGB a.F.** nicht nur wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben nichtig, sondern auch deshalb fragwürdig, weil die Strafvorschrift die Mitwirkung an frei verantwortlichen Selbsttötungen kriminalisierte.⁶ Gleiches gilt im Ergebnis für die Kriminalisierung des Inzestverbots in § 173 StGB, zumindest aber auch für das Verbot des Beischlafs zwischen Geschwistern nach § 173 Abs. 2 S. 2

⁵ BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905, 910, Rn. 234 unter Bezug auf die abw. Mg. v. Hassemer in der Inzestverbot-Entscheidung BVerfG NJW 2008, 1137, 1142.

⁶ Näher NK-Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 5 ff.

StGB.⁷ Das BVerfG rechtfertigte 2008 die Strafbewehrung des Geschwisterinzests zentral mit „einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkraftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafbarkeit des Inzestes“,⁸ also mit reiner Moral. Im Lichte der neuen Maßgaben des **BVerfG aus dem Februar 2020** bedürfen weitere Strafvorschriften im StGB, beispielsweise im neuen Sexualstrafrecht (etwa die § 184a StGB, soweit er sich auf tierpornographische Inhalte bezieht, ggf. aber auch die Norm über die Tötung auf Verlangen in § 216 StGB), der Überprüfung.

3. Das zum Teil in großer Eile neu geschaffene **Sexualstrafrecht** gibt Anlass, generell die **Evidenzbasierung** neuer Straftatbestände anzumahnen, d.h. den nachvollziehbaren Nachweis der tatsächlichen Gefährlichkeit des Verhaltens, das kriminalisiert werden soll. So richtig es ist, fragwürdig gewordene Strafbarkeitslücken zu schließen, so kritisch ist jede neue Kriminalisierung menschlicher Handlungen daraufhin zu überprüfen, ob sie im Sinne des Rechtsgüterschutzes erforderlich ist. Symbolisches Strafrecht hat keine Existenzberechtigung, ist sogar gefährlich, weil es falsche Erwartungen weckt.
4. Das **Nebenstrafrecht** wurde - soweit ersichtlich - letztmals in der 7. Wahlperiode des Deutschen Bundestags im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens betreffend den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB)⁹ einer umfassenden und systematischen Revision unterzogen. Seither sind **fast 50 Jahre** vergangen. In der Zwischenzeit ist eine nahezu unüberschaubare Vielzahl neuer Strafvorschriften außerhalb des Strafgesetzbuchs entstanden. Vor allem sind große Teile des Wirtschaftsstrafrechts inzwischen blankettartig ausgestaltet und werden von der Dynamik und Komplexität der in Bezug genommen außerstrafrechtlichen – und häufig auch europäischen oder internationalen – Vorschriften unmittelbar erfasst. Dem Strafgesetzgeber unterlaufen hier zunehmend Fehler bei der Formulierung der **Blankettstrafnormen**, die Anlass geben, an einer vorhersehbaren Sanktionsgesetzgebung im Nebenstrafrecht insgesamt zu zweifeln.¹⁰

Ein derzeit nicht konkret bezifferbarer, aber sicher nicht unerheblicher Teil dieser Vorschriften beschreibt zudem kein kriminelles Unrecht, sondern erfasst Verhaltensweisen, die schlichte **Ordnungsverstöße** enthalten. Dies gilt nicht nur, aber in besonderem Maße für Straftatbestände, die im Zuge der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht geschaffen wurden. Beispielhaft sei auf die strafbewehrten Verstöße gegen Kennzeichnungs- und Hinweispflichten in verschiedenen **lebensmittelrechtlichen Vorschriften** hingewiesen.¹¹ Das Unionsrecht erfordert diese Sanktionstiefe nicht. Der EuGH hat - im Gegenteil - das Übermaßverbot ausdrücklich mit Grundprinzipien des Unionsrechts und der Charta der Grundrechte verknüpft und festgestellt, dass repressive Maßnahmen nicht die Grenzen des zur Zweckerreichung Notwendigen überschreiten dürfen. Art und Höhe einer Sanktion müssen Art und Schwere der Rechtsverletzung in adäquater Weise reflektieren.¹²

Auch auf anderen Gebieten sind Vorschriften in Kraft getreten, die Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die einerseits zu gering wiegen, um eine strafrechtliche Ahndung zu rechtfertigen, und die andererseits im Wege des Verwaltungszwangs unterbunden oder bei einer Einstufung als Ordnungswidrigkeit wirksam und abschreckend geahndet werden könnten (vgl. etwa § 16 UWG). Es

⁷ Vgl. auch *Hoven*, ZStW 129 (2017), 334, 338, wonach § 173 StGB laut einer Umfrage unter Strafrechtslehrerinnen und -lehrern aus Deutschland auf Platz eins einer Liste entbehrlicher Straftatbestände im Kernstrafrecht steht.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, NJW 2008, 1137, 1140, Rn. 50.

⁹ S. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/550 v. 11. Mai 1973.

¹⁰ S. *Saliger/von Saucken/Graf*, Strafgesetzgebung als Fehlerquelle, ZRP 2016, 54.

¹¹ So etwa in der Lebensmittelinformations-Durchführungsverordnung vom 5. Juli 2017 (BGBl. I, S. 2272), dort etwa § 6 Abs. 1 iVm § 5 Abs. 1 Nr. 14b, aa) oder in der Verordnung zur Durchführung von Vorschriften des gemeinschaftlichen Lebensmittelhygienerechts vom 8. August 2007 (BGBl. I, S. 1816), dort etwa Art. 2 § 23 Abs. 2 Nr. 4 iVm § 15 Abs. 4 Nr. 1.

¹² EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu) - Rn. 26 ff., 33.

erscheint danach geboten, die **Strafvorschriften des Nebenstrafrechts** einer **umfassenden Überprüfung** unter den Blickwinkeln der Strafwürdigkeit und des Strafbedürfnisses zu unterziehen und bislang mit Strafe bedrohte Verhaltensweisen, die diesen Kriterien nicht gerecht werden, aus dem Bereich des Strafbaren auszuscheiden. Dazu werden im Folgenden erste, konkrete Vorschläge unterbreitet:

- a) Im Jahr 2016 erfasste die polizeiliche Kriminalstatistik des Bundeskriminalamtes 6.650 Fälle von **Insolvenzverschleppung**, das sind 11,5% aller Fälle von Wirtschaftskriminalität. In annähernd jedem dritten Fall einer Firmeninsolvenz wird wegen Insolvenzverschleppung eine Ermittlung durchgeführt. Ursache ist die **pauschale Mitteilungspflicht** der Insolvenzgerichte bei der Insolvenz gewerblicher Unternehmen an die Staatsanwaltschaft (MiZi, 3. Abschnitt, IX. Ziff. 2 Abs. 2 Nr. 1, Ziff. 3 Abs. 3 Nr. 3). Diese Mitteilungspflicht führt zu einer vermeidbaren Belastung der Justiz und sollte auf die Fälle beschränkt werden, in denen sich aus der Sicht entweder eines gerichtlich bestellten vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO), eines sachkundigen Sanierungsberaters (§ 270b Abs. 1 S. 2 InsO) oder eines vorläufigen Sachwalters (§ 270b Abs. 2 InsO) **begründete Anhaltspunkte** für Straftaten ergeben, wie dies auch sonst im Mitteilungswesen gehandhabt wird, etwa bei MiZi 1. Abschnitt I. Ziff. 5 (Schwarzarbeit), Ziff. 6 (Sitzungsstraftaten) und Ziff. 7 (Steuerstraftaten und -ordnungswidrigkeiten). Das Insolvenzstrafrecht bezweckt nicht Strafmaßnahmen für das (bedauerliche) wirtschaftliche Scheitern eines Unternehmens, einer Privatperson oder eines Nachlassvermögens an sich, sondern dient allein dem individuellen Gläubigerschutz.

Wird ausreichender Gläubigerschutz durch das Insolvenzrecht, effektive Maßnahmen des Insolvenzverfahrens oder durch das Haftungsrecht von Leitungsverantwortlichen (Managerhaftung) gewährt, ist eine staatliche Strafe nicht nur nicht erforderlich. Die unnötig kriminalisierende Reaktion auf das wirtschaftliche Scheitern gefährdet im Ergebnis die Gläubigerinteressen. Das Ziel, durch Androhung von Strafe auf eine frühzeitige Insolvenzantragstellung hinzuwirken, kann schon im Ansatz nicht erreicht werden, wenn durch zulässige gegenläufige Maßnahmen, bspw. die **Schutzschirm- und Sanierungsmöglichkeiten** gem. §§ 270 ff. InsO, ausreichender Schutz des Unternehmens vor Gläubigern erlaubt ist. Die Straftatbestände des § 15a Absatz 4 und Absatz 5 InsO laufen den gesetzgeberischen Zielen des Schutzschirmverfahrens entgegen und sollten daher eingeschränkt werden.

Die **Fahrlässigkeitsstrafbarkeit** beschränkt zudem in zweckwidriger Weise die individuellen Sicherungs- und Befriedigungsinteressen der Gläubiger in einem Vorstadium der Insolvenz über das hinaus, was durch die Regelungen über die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) aus Sicht der Insolvenzmasse geboten ist. Ein Gleichklang zwischen Insolvenzanfechtung und Gläubigerschutz durch Insolvenzstrafrecht ist nicht gewährleistet. Auch die rein rechnerische (d.h. **bilanzielle**) **Überschuldung** eines Unternehmens eignet sich nicht als strafrechtliches Begründungsmerkmal (vgl. aber § 19 Abs. 1, 2 InsO). Vielmehr ist auf Sanierungswürdigkeit und Sanierungsfähigkeit eines Unternehmens abzustellen, weil dieser anerkannte Maßstab am objektiven Gläubigerinteresse ausgerichtet ist. Auch für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) bzw. der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) ist dieser Maßstab ausreichend. Die von der strafrechtlichen Rechtsprechung entwickelte Berechnungsformel zur Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit dient zwar auch dem Gläubigerinteresse, ist aber mit einer hohen Vorverurteilungstendenz verbunden und kriminalisiert den Insolvenzschuldner und die Insolvenzschuldnerin unnötig, insbesondere dann, wenn das Unternehmen durch geeignete Sanierungen (teilweise sogar mit staatlicher Unterstützung) eine ausreichende Stabilität zurückgewinnen kann.

- b) Auch im Bereich des **Aufenthaltsgesetzes** besteht Anlass zu einer Überprüfung der Strafwürdigkeit einzelner Verhaltensweisen. § 95 AufenthG knüpft an die Ausländereigenschaft des Täters bzw. der Täterin an, so dass in der Regel nur Angehörige dieser Personengruppe Täterin bzw. Täter sein können. Für diese stellt allerdings die **Rückführung in ihr Heimatland in der Regel die „eigentliche Strafe“** dar, so dass in der jüngeren Vergangenheit - auch von Seiten des Grenzschutzes - die Frage gestellt worden ist, ob die Einleitung eines Strafverfahrens - neben der Rückführung - angesichts des immensen bürokratischen Aufwandes sinnvoll ist. Es kommen Wertungswidersprüche mit nationalem und internationalem Recht hinzu, u.a. weil seit langem streitig ist, ob und in welchen Fällen - dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät folgend - bereits der reine „verwaltungsrechtlicher Ungehorsam“ unter Strafe steht und wann neben der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes auch die Rechtmäßigkeit der behördlichen Anordnung für die Verhängung der Kriminalstrafe erforderlich ist.

Schließlich darf auch bei der strafbaren Schleusung die Frage nach dem Sinn und Zweck des Strafens gestellt werden, wenn ein „Schleuser“ bzw. eine „Schleuserin“ geflüchteten Personen lediglich hilft, ihre in Artikel 31 der Genfer Flüchtlingskonvention garantierten Schutzrechte wahrzunehmen.

- c) Gleiches gilt für Teile des **Betäubungsmittelstrafrechts**. Laut einer vom Bundesgesundheitsministerium im Jahr 2015 in Auftrag gegebenen Studie¹³ ist Cannabis die in den Ländern Europas am häufigsten konsumierte illegale Substanz. Etwa 26,3% bzw. rund 87,7 Millionen Bürger der EU im Alter von 15-64 Jahren haben in ihrem Leben Erfahrung mit Cannabis gemacht. Von den insgesamt erfassten Fällen von Rauschgiftkriminalität entfallen rund 57% auf Cannabisdelikte und binden Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in erheblichem Umfang mit der Abarbeitung von bloßen Bagatelldelikten. Der dafür in Anspruch genommene Gesetzeszweck „Schutz der Gesundheit“ vermag dies nach derzeitigem Kenntnisstand jedenfalls nicht mehr zu rechtfertigen. Bei den Modellversuchen mit staatlich reglementierter und kontrollierter Abgabe von Cannabisprodukten u.a. in den Niederlanden, der Schweiz, in Spanien, Portugal und in den USA (Colorado und Washington) haben sich entgegen landläufiger Behauptung keine wesentlichen Einstiegseffekte gezeigt. Stattdessen wird durch die Strafvorschriften
- die übergroße Mehrzahl der volljährigen Konsumentinnen und Konsumenten, die keinen riskanten Gebrauch von Cannabis praktiziert, einer unverhältnismäßigen Kriminalisierung und Stigmatisierung ausgesetzt,
 - in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in unverhältnismäßiger Form bei einer bloßen Selbstgefährdung eingegriffen und
 - einem unkontrollierten Schwarzmarkt ohne jeglichen Jugend- und Verbraucherschutz Tür und Tor geöffnet.

Die 89. Justizministerkonferenz am 6./7. Juni 2018 hat zudem festgestellt, dass die Richtlinien der Länder zur „geringen Menge“ i.S.v. § 31a BtMG nach wie vor uneinheitlich sind. Die unterschiedlichen - von Nord nach Süd sich verschärfenden - Einstellungspraktiken, Strafhöhen, Sanktionsformen und Haftbedingungen waren und sind verfassungsrechtlich in hohem Maße bedenklich.

¹³ Cannabis: Potential und Risiken. Eine wissenschaftliche Analyse (CaPRis); Studie der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie der LMU München v. 1. Oktober 2015 – 30. September 2017.

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich für eine Entkriminalisierung aus und hält den Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN für eine geeignete Diskussionsgrundlage, weil er einerseits den Gebrauch von Cannabis und Cannabisprodukten durch Volljährige legalisiert, zugleich aber strenge Maßstäbe an den Jugendschutz anlegt und den Handel und den Umgang mit Cannabis strenger staatlicher Kontrolle und Überwachung unterwirft.

- - -