

Gleichheit und materielles Strafrecht*

Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin**

I. Zur Themenstellung

Freiheit und Gleichheit sind heute wohl die Kernbegriffe eines demokratischen Rechtsstaates. Sprachlicher und auch gedanklicher Ausgangspunkt ist dabei regelmäßig die Freiheit, doch setzt deren rechtlich geschützte Ausübung voraus, dass alle potenziellen Freiheitsverletzer dem Recht unterworfen und damit vor diesem gleich sind (Art. 3 Abs. 1 GG).¹ Rechtlich sanktionierte rechtsfreie Räume bedeuten außerhalb des bloßen *forum internum* zunächst nichts anderes als Gefährdungen der Freiheitsräume der Mitbürger. Deswegen steht letztlich mit und seit der Französischen Revolution der „gleich geborene“ Mensch am Anfang aller Menschenrechte, bilden Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit (moderner: Solidarität) die Trias jeder bürgerlich-liberalen Gesellschaftsordnung, wobei freilich das Verhältnis dieser drei Grundprinzipien (auch) von der Rechtsordnung bestimmt und austariert werden muss.

Nimmt man für das deutsche Kriminalstrafrecht den Topos der Gleichheit in Anspruch, denkt man wohl zuvörderst an das in § 152 StPO verankerte Legalitätsprinzip.² Die Staatsanwaltschaft muss danach ohne Ansehen der Person bei jedem Verdacht einer Straftat ermitteln und – so die Regel des § 170 Abs. 1 StPO – Anklage erheben, wenn sich dazu genügender Anlass bietet; anderenfalls muss sie das Verfahren einstellen (§ 170 Abs. 2 StPO). „Impunidad“, wie sie für die herrschende Klasse zahlreicher lateinamerikanischer Staaten auch nach deren Rückkehr zur Demokratie vielfach charakteristisch sein soll,³ gibt es nicht; dass dies auch im Verständnis der deutschen Öffentlichkeit so bleibt, zeigt der steuerstrafrechtliche Verfolgungsdrang deutscher Finanzbehörden mitsamt medialer Begleitmusik in das Fürstentum Liechtenstein.⁴

Natürlich weiß jeder gewöhnlich gut informierte Deutsche, dass am Ende eines solchen Verfahrens heute nicht mehr stets ein Urteil steht, dass es vielmehr Unschärfen,

Grautöne gibt. Man denke nur an die Fälle Kohl und Mannesmann.⁵ In den Medien war die Rede vom Freikauf von strafrechtlicher Verantwortung und im strafrechtlichen Schrifttum wurde die Frage gestellt, ob nicht angesichts der vereinbarten und bezahlten Beträge als Gegenleistung für eine Einstellung des Strafverfahrens das nicht mehr rechtskräftig aufgeklärte Unrecht letztlich zu schwer wiegt, als dass es einfach – wenngleich nicht eben billig – ad acta gelegt wird.⁶

Diesen Aspekt möchte ich jetzt aber nicht weiter vertiefen, mich vielmehr dem materiellen Strafrecht zuwenden. Dabei soll es um die Frage gehen, ob das materielle Strafrecht als solches (jedenfalls auch) der Durchsetzung von Gleichheit dient, nicht dagegen der in der Strafrechtspraxis wie auch deren öffentlicher Wahrnehmung fundamentalen Frage nach der Gleichheit bei der Verurteilung – „Die Kleinen hängt man und die Großen lässt man laufen“ – sowie bei der Strafzumessung im Einzelfall;⁷ so verstößt es etwa gegen Art. 3 Abs. 3 GG, wenn im Rahmen von § 46 StGB eine Strafe allein unter Rekurs auf die Ausländereigenschaften des Verurteilten geschärft wird.⁸

Im Folgenden soll es einerseits darum gehen, inwieweit die Straftatbestände materiell Vergleichbares auch gleich behandeln (II.) bzw. der Durchsetzung von Gleichheit der Bürger untereinander – und nicht nur vor dem Gesetz bzw. Staat – dienen (III.).

II. Gleichheit im materiellen Strafrecht

Für das materielle Strafrecht ist der Blick in das Stichwortverzeichnis der StGB-Kommentare und Lehrbücher zum Allgemeinen Teil eher ernüchternd. Darin findet sich zu den Termini „Gleichheit“ bzw. „Gleichheitssatz“ nämlich so gut wie nichts.⁹ Und das ist – im Lichte der in anderen Rechtsge-

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 30.5.2008 im Rahmen der Wissenschaftswerkstatt der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu der Thematik „Gleichheit und Freiheit“ gehalten hat, ist aber aufgrund aktueller Entwicklungen grundlegend überarbeitet.

** Der Verf. lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Zur dogmatischen Entwicklung des allgemeinen Gleichheitssatzes in der Rspr. des BVerfG vgl. Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 8 ff.

² Vgl. dazu grundlegend Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 3 ff.

³ Vgl. dazu Paul, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 305.

⁴ Zur Verwertbarkeit der erlangten Daten vgl. den Kammerbeschluss des BVerfG JZ 2011, 249, m. Anm. Wohlers, JZ 2011, 252; dazu auch Trüg, StV 2011, 111.

⁵ Dazu BGHSt 50, 331. Allg. Zech, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2007, S. 66 ff.

⁶ Saliger, GA 2005, 155 (zu „Kohl“); Saliger/Sinner, ZIS 2007, 476 (zu „Mannesmann“).

⁷ Dazu Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 875 f., 890, 899; Hörnle, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 15. Symposium der Kommission: „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2010, S. 105 (S. 120 ff.). Der Gleichheitssatz ist schließlich auch beim Vollzug der Strafe zu berücksichtigen (dazu Jescheck/Weigend [a.a.O.], S. 27).

⁸ Vgl. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 46 Rn. 36b.

⁹ Eine Ausnahme bildet Jescheck/Weigend (Fn. 7), S. 989, doch zeigen gerade einmal drei angegebene Fundstellen zum „Gleichheitssatz“ (ohne Strafzumessung und Rechtsanwendung) letztlich deutlich, dass diesem im materiellen Strafrecht eine untergeordnete Rolle zukommt. Im Stichwortverzeichnis des Kommentars von Lackner/Kühl (Fn. 8) findet sich der Verweis auf die Kommentierung zu § 46, in einigen anderen Kommentaren (z.B. Schönke/Schröder, Strafgesetz-

bieten zunehmend gleichheitsfördernden Rspr. des BVerfG – „auch gut so“, schon weil – wie die frühere Verfassungsrichterin *Leke Osterloh* ausführt – „ein Anspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“ [...] und danach der Vergleich mit anderen nicht oder geringer sanktionierten Verhaltensweisen abgelehnt wird“.¹⁰

1. Gesetzlichkeitsprinzip

Seit *Feuerbach* gilt der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* als das Leitprinzip des materiellen Strafrechts.¹¹ Der potenzielle Straftäter soll vor Begehung der Tat wissen können, was ihn danach erwartet; von *Liszt* bezeichnete daher bekanntlich das StGB als „magna charta des Verbrechers“. Fehlt es im deutschen Strafrecht an einer geschriebenen Strafdrohung, liegt kein strafbares Verhalten vor. In Verbindung mit dem strafprozessualen Legalitätsprinzip des § 152 StPO folgt aus dem *nullum crimen*-Satz eine Gleichbehandlung durch die Strafjustiz: nur das, was nach dem Gesetz strafbar ist, darf verfolgt werden, muss aber bei Verdacht – gegenüber jedem Verdächtigen¹² – auch verfolgt werden.¹³

a) Ungleichbehandlungen in der Strafrechtsgeschichte

Allerdings kann aus dem *nullum crimen*-Satz gerade auch eine – gesetzlich sanktionierte und damit vom Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 GG auf den ersten Blick gerechtfertigte¹⁴ – strafrechtliche Ungleichbehandlung folgen. War etwa bis 1997 nur eine Vergewaltigung außerhalb der Ehe strafbar, weil § 177 StGB a.F. forderte, dass der Täter eine Frau „zum außerehelichen Beischlaf“ genötigt hat, so folgte daraus notwendig, dass die gleiche Vorgehensweise eines Ehemannes gegenüber seiner Ehefrau jedenfalls nicht als Vergewaltigung strafbar sein konnte.¹⁵ Und wenn bis 1994 noch für homosexuelle Handlungen unter Männern schärfere Schutzaltersgrenzen als für andere sexuelle Handlungen vorgesehen waren, gab es keine sexualstrafrechtliche Gleichbehandlung zwischen homosexuellen Handlungen von Schwulen und

Lesben, aber auch keine Gleichbehandlung zwischen homosexuellen und heterosexuellen Handlungen von Männern, eben weil diese im Lichte des berüchtigten § 175 StGB vor dem Strafgesetz nicht gleich zu behandeln waren.¹⁶ Im Lichte des speziellen Gleichheitssatzes zugunsten unehelicher Kinder in Art. 6 Abs. 5 GG¹⁷ wurde die strafrechtliche Privilegierung allein der Tötung nichtehelicher Kinder in § 217 StGB a.F.¹⁸ immer wieder angegriffen; letztlich wurde dieser Tatbestand angesichts der veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse 1998 gestrichen.¹⁹

Dass nicht nur im Lichte der Tatbestandsvorgaben Identisches gleich, sondern bereits im wesentlichen Gleiches grundsätzlich gleich behandelt werden soll, führt aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) insbesondere dann zu (jedenfalls scheinbaren) Ungerechtigkeiten, wenn Strafschärfungsgründe in einem Fall anwendbar sind, in einem – materiell betrachtet – gleich schwer wiegenden jedoch nicht. Auf solche Kritik reagierte der Strafgesetzgeber seit den 1970er Jahren (§ 243 StGB), insbesondere aber in den 1990er Jahren – auch in § 177 Abs. 2 StGB n.F. – mit einer Umgestaltung von Qualifikationstatbeständen in bloße Regelbeispiele,²⁰ welche dem Richter aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls auch bei Nichtvorliegen eines Regelbeispiels eine Strafschärfung oder trotz Vorliegens eines Regelbeispiels ein Absehen davon gestatten.²¹ Damit geht die materielle Gleichheit bei der Behandlung gleich schwer wiegender Straftaten freilich zulasten der Rechtssicherheit;²² dass der rechtsunterworfenen Bürger angesichts der Regelbeispiele nicht mehr mit Blick auf sein diebisches Tun exakt vorherzusagen kann, ob er „nur“ wegen (einfachen) Diebstahls gem. § 242 StGB oder wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 i.V.m. § 243 StGB ver-

buch, Kommentar, 28. Aufl. 2010; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011; oder Dölling/Duttge/Rössner [Hrsg.], *Handkommentar*, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011), findet sich gar kein solches Stichwort.

¹⁰ *Osterloh* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 213.

¹¹ Vgl. dazu *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, S. 43 ff. und 70; *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, 1983, passim.

¹² BVerfG NStZ 1982, 430, sieht einen Verstoß gegen das Willkürverbot, wenn nur gegen einzelne, nicht aber gegen alle gleichermaßen Verdächtige ermittelt wird (dazu krit. *Kohlmann*, NStZ 1983, 130).

¹³ Statt aller *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 152 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. *Osterloh* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 2.

¹⁵ Vgl. nur *Schünemann*, GA 1996, 307.

¹⁶ In den 1950er und 1960er Jahren gab es 50.000 Strafverfahren wegen „Unzucht unter Männern“ (vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 3. Aufl. 2006, Rn. 338). Das BVerfG hat diese Ungleichbehandlung bekanntlich nicht beanstandet (vgl. BVerfGE 6, 389). Ablehnend zur Aufhebung des § 175 StGB a.F. und zur Gleichwertigkeit homosexueller und heterosexueller Beziehungen äußerte sich *Tröndle* (in: *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 47. Aufl. 1995, § 182 Rn. 3a).

¹⁷ Dazu *Schmitt-Kammler/v. Coelln*, in: *Sachs* (Fn. 1), Art. 6 Rn. 91.

¹⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung *Wächtershäuser*, Das Verbrechen des Kindsmordes im Zeitalter der Aufklärung, 1973.

¹⁹ Die vom Gesetzgeber angedachte grundsätzliche Anwendung von § 213 StGB auf Kindstötungen (BT-Drs. 13/8587, S. 34) wäre insofern diskriminierungsfrei, als sie für eheliche wie nichteheliche Kinder Anwendung finden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 80; BGH NStZ 2009, 439 [440]; *Lackner/Kühl* [Fn. 8], § 213 Rn. 9; *Fischer* [Fn. 9], § 213 Rn. 16).

²⁰ Dazu grundlegend und krit. *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, und *ders.*, JA 2006, 306.

²¹ OLG Stuttgart NJW 1982, 1659.

²² Dies ist von Verfassungswegen allerdings nicht zu beanstanden, vgl. BVerfGE 45, 363.

urteilt werden wird, macht für ihn die zu erwartende Strafe weniger kalkulierbar, greift aber schon deswegen nicht in seinen rechtlich geschützten Freiheitsraum ein, weil er auch einen einfachen Diebstahl nicht hätte begehen dürfen.

Unmittelbar nach der Wiedervereinigung wurde schließlich erwogen, ob die Bestrafung gem. § 99 StGB von DDR-Geheimdienstlern, die von ihren Dienststellen aus gegen die Bundesrepublik aktiv geworden sind, deswegen gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen könnte, weil bundesdeutsche Spione in der DDR nach deren Untergang nicht strafrechtlich verfolgt worden sind. Das BVerfG hat dies zu Recht verneint, aber zugunsten der DDR-Agenten ein Verfahrenshindernis wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip angenommen.²³

b) Noch diskutierte Beispielsfälle

aa) Drogenstrafrecht

Immer wieder bemüht worden ist der Gleichheitssatz auch gegenüber den Strafnormen des BtMG, die auf einen Besitz auch sog. „weicher Drogen“ zum Eigenverbrauch mit Strafe reagieren, während traditionell weder das Rauchen von Tabak noch das Trinken von Alkohol – wiewohl beides gleichfalls Suchtstoffe – bei Strafe verboten sind. Das BVerfG hat zwar mit seinem „salomonischen Urteil“ Anfang der 1990er Jahre, wonach jedenfalls der Besitz geringer Mengen weicher Drogen zum Eigenbedarf nicht bestraft werden darf,²⁴ etwas an Schärfe aus der Diskussion genommen, doch bleibt die grundsätzliche Frage im Raum stehen, ob der Strafgesetzgeber den eigenverantwortlichen Gebrauch von Suchtstoffen ohne Gefährdung Dritter je nach Suchtstoff differenziert behandeln darf.

bb) Doping im Sport

Neuerdings wird der Gleichheitssatz auch bemüht, wenn es um eine Erweiterung von Strafvorschriften gegen Doping im Sport geht.²⁵ Weil in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens – etwa vor Prüfungen oder geschäftlichen Verhandlungen – eine Leistungssteigerung auch mittels Medikamenten o.Ä. grundsätzlich zulässig ist, halten manche das in § 6a AMG verankerte und in § 95 AMG strafbewehrte Verbot von Doping im Sport²⁶ für verfassungswidrig.²⁷ Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass Doping im Sport aufgrund der dort maßgeblichen allein körperlich bewirkten Leistung mit einer Stärkung der körperlichen Leistungsfähigkeit vor

einer Prüfung nicht vergleichbar ist, weil in letzterem Fall es nicht um den punktgenauen Abruf der körperlichen Höchstleistung,²⁸ sondern vielmehr um eine Möglichmachung der Entfaltung intellektueller Fähigkeiten geht.²⁹ Daher ist Doping im Sport als Form der Manipulation eher vergleichbar mit Täuschungsversuchen in Prüfungen: hier wie dort soll die abgeforderte körperliche bzw. intellektuelle Leistung mit in der Wettkampf- bzw. Prüfungsordnung nicht vorgesehenen und damit unzulässigen Hilfsmitteln erbracht werden. Etwas anderes mag es sein, wenn durch körperliche Eingriffe in Form eines sog. „enhancements“ vor Prüfungen die intellektuelle Leistungsfähigkeit als solche unnatürlich gesteigert wird.³⁰ Bis zu einer – von *Merkel* favorisierten³¹ – Strafnorm gegen Eingriffe ins Gehirn wäre aber auch hinzunehmen, dass solche Eingriffe – möglicherweise – (noch) nicht strafbar sind,³² während „klassisches“ Doping im Sport Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit der daran beteiligten Ärzte, Betreuer etc. sein kann.³³ Die Beibehaltung einer Strafnorm allein wegen neuer und ähnlicher Missbrauchsmöglichkeiten in anderen gesellschaftlichen Lebenslagen begründet sicherlich nicht ein Verdikt der Willkürlichkeit.

cc) Stromdiebstahl

Das Reichsgericht verneinte Ende des 19. Jahrhunderts bekanntlich aufgrund damaliger naturwissenschaftlicher Vorstellungen³⁴ die Sachqualität von elektrischem Strom und damit mangels Wegnahme einer fremden Sache eine Diebstahlsstrafbarkeit i.S.d. insoweit bis heute unveränderten § 242 (R)StGB,³⁵ weshalb vom Gesetzgeber mit einem Spezialtatbestand für die Entziehung von elektrischem Strom reagiert wurde (heute § 248c StGB).³⁶ Ist man – wie einige im Schrifttum³⁷ – heute freilich der Ansicht, Elektronen seien

²³ BVerfGE 92, 277; dazu krit. *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 289a.

²⁴ BVerfGE 90, 145.

²⁵ Zur Reformdebatte vgl. nur *Heger*, SpuRt 2007, 153; *Jahn*, ZIS 2006, 57.

²⁶ Dazu *Kühl/Heger*, in: *Rieger/Dahm/Steinilper* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar, Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht*, Stand: Februar 2011, 1520/87 ff.

²⁷ So hält etwa *Grotz*, ZJS 2008, 243 (253 ff.), die 2007 eingefügte Besitzstrafnorm des § 6a Abs. 2a AMG i.V.m. § 95 AMG wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für verfassungswidrig.

²⁸ Dazu als „Doping“ *Bublitz*, ZJS 2010, 306.

²⁹ Dagegen stellt *Grotz*, ZJS 2008, 243 (253 f.), auf die „Steigerung der körperlichen Leistungskraft durch die Anwendung von Mitteln“ ab, so dass in der Tat ein Unterschied zwischen dem Sport und anderen gesellschaftlichen Bereichen nicht so deutlich hervortritt.

³⁰ Zur Frage der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit solcher mentaler Enhancements *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919.

³¹ Vgl. *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919 (944 ff.). Zurückhaltend zu den derzeitigen Umsetzungschancen *Kühl*, in: *Geisler* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag* am 10. März 2011, 2011, S. 311 (S. 321).

³² Dazu *Merkel*, ZStW 121 (2009), 919 (950 ff.).

³³ Vgl. nur *Heger*, JA 2003, 76.

³⁴ Das betonen *Hohmann/Sander*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 2011, § 1 Rn. 9.

³⁵ RGSt 29, 111; 32, 165.

³⁶ Zur Entstehung *Kohlrausch*, ZStW 20 (1900), 459.

³⁷ Z.B. *Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 248c Rn. 2; dagegen aber z.B. *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 9), § 242 Rn. 3; *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 2009, Rn. 17.

ebenfalls Sachen,³⁸ würde daraus eine gesetzliche Ungleichbehandlung beweglicher Sachen resultieren: Grundsätzlich können solche Gegenstand eines Diebstahls oder einer Unterschlagung sein, während für einen Ausnahmefall – eben die Elektronen – trotz anzunehmender Sachqualität eine Spezialnorm den Rückgriff auf diese *leges generales* verbietet.

dd) Sexuelle Handlungsfreiheit

Während es heute Männern und Frauen grundsätzlich unbenommen ist, mit wem sie wann und auf welche Weise sexuell verkehren, hat das BVerfG bekanntlich im Jahre 2008 das strafbewehrte Inzestverbot des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB auch unter Geschwistern gebilligt,³⁹ so dass es eben keine Gleichbehandlung des Geschlechtsverkehrs zwischen engen Verwandten mit dem zwischen anderen Personen, aber auch anderen sexuellen Handlungen unter Geschwistern gibt. Umgekehrt hat der BGH kürzlich sadomasochistische Handlungen nicht mehr i.S.v. § 228 StGB per se als sittenwidrig eingestuft,⁴⁰ womit die vorherige strafrechtliche Ungleichbehandlung solcher mit anderen sexuellen Handlungen aufgehoben wurde.

ee) Umweltstrafrecht

Auch ist der strafrechtliche Schutz der Umweltmedien Wasser, Boden und Luft strukturell teilweise durch Allgemeindelikte (§§ 324, 326 StGB) und teilweise durch Sonderdelikte (z.B. §§ 324a, 325 StGB) gewährleistet;⁴¹ bei letzteren kann nur der Anlagenbetreiber selbst strafbar sein, bei ersteren jeder, der das jeweilige Umweltmedium auch nur mittelbar verschmutzt.⁴² Schon hierin liegt sicherlich eine Ungleichbehandlung, allerdings eine vom Gesetzgeber gewollte und wohl auch durch die Unterschiede der einzelnen Umweltmedien und die Ausgestaltung der jeweiligen Tathandlungen begründbare.

Konsequenzen hat diese Unterscheidung aber auch für den Amtsträger, der das umweltschädigende Verhalten eines Dritten seinerseits bewusst rechtswidrig genehmigt hat, vielleicht – wie in einem BGH-Urteil aus den 1990er Jahren nachzulesen⁴³ – um sich im Ruf eines Abfallmanagers zu sonnen, der – wiewohl selbst Bürokrat – die allfälligen Probleme unbürokratisch zu lösen versteht. Ist nun der die behörd-

liche Genehmigung ausnutzende Umweltverschmutzer (z. B. der Unternehmer) seinerseits gutgläubig, weil er auf die verwaltungsrechtliche Richtigkeit einer ihm erteilten Genehmigung vertraut, scheidet eine Strafbarkeit des genehmigenden Amtsträgers wegen Anstiftung oder Beihilfe aus, weil diese beiden Teilnahmeformen nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorität der §§ 26 f. StGB eine vorsätzliche Haupttat erfordern.⁴⁴ In dem erwähnten Urteil hält der BGH in dieser Konstellation eine Strafbarkeit des Amtsträgers wegen mittelbarer Täterschaft für möglich, weil er mit seiner bewusst rechtswidrigen Genehmigung – mit *Horn*⁴⁵ bildlich gesprochen – die Rechtsschranke vor Begehung einer Umweltstraftat gehoben hat.⁴⁶ Dies kann aber nur gelten, wenn das jeweils einschlägige Umweldelikt ein Allgemeindelikt ist, denn bei Sonderdelikten kann der Amtsträger mangels ihm selbst zukommender Sonderpflichten als Anlagenbetreiber etc. nicht mittelbarer Täter i.S.v. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB sein.

Unser verurteilter „unbürokratischer Bürokrat“ rügte denn auch wegen seiner Verurteilung durch die Strafgerichte mit der Verfassungsbeschwerde u. a. einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG angesichts des aus der erwähnten Strukturdivergenz einzelner Umweltstraftatbestände resultierenden ungleichen Strafbarkeitsrisikos für die beteiligten Behördenmitarbeiter; in der Wasserbehörde Beschäftigten droht wegen dem Allgemeindelikt des § 324 StGB eine eigenständige täterschaftliche Strafbarkeit, während z.B. Mitarbeiter der Immissionsbehörden nicht als Täter des § 325 StGB als Sonderdelikt in Betracht kommen. Das BVerfG nahm allerdings die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.⁴⁷

c) Zwischenfazit

Legalitätsprinzip und nullum crimen-Grundsatz bewirken damit nur, aber auch immerhin, dass die Strafgesetze in jedem Einzelfall buchstabengetreu zur Anwendung kommen. Ganz gemäß dem überkommenen Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 GG, ist jeder vor dem (Straf-)Gesetz gleich. Ausgeschlossen ist damit ein formales „*princeps legibus solutus*“ für den Territorialherrn bzw. faktisches „*impunidad*“ für einflussreiche Kreise. Eine strafrechtliche Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem und eine strafrechtliche Ungleichbehandlung von wesentlich Verschiedenem sind damit nicht verbunden.

Vor allem der nullum crimen-Grundsatz, aber auch die mit dem Legalitätsprinzip in § 160 Abs. 2 StPO verankerte Pflicht der Staatsanwaltschaft, auch die den Beschuldigten entlastenden Umstände zu ermitteln sowie das strafbewehrte Verbot einer Verfolgung Unschuldiger (§ 343 StGB) dienen daher – ganz im Sinne der „*Magna Charta*“-Argumentation *Franz v. Liszts* – vor allem der Freiheit des Betroffenen, soll er doch an den Strafgesetzen ablesen können, was er bei Strafe nicht darf.

³⁸ Vgl. *Brodowski*, ZJS 2010, 144 m.w.N.

³⁹ BVerfGE 120, 224 (dazu *Roxin*, StV 2009, 544; *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Noltenius*, ZJS 2009, 15; *Zabel*, JR 2008, 453; *Ziethen*, NSTZ 2008, 617; *Adam*, NSTZ 2010, 321; *Thurn*, KJ 2009, 74).

⁴⁰ BGHSt 49, 166 (dazu *Arzt*, JZ 2005, 103; *Hirsch*, JR 2004, 475; *Duttge*, NJW 2005, 260; *Stree*, NSTZ 2005, 40; *Vahle*, Kriminalistik 2005, 309). Vgl. dazu auch *Kühl*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 293.

⁴¹ *Lackner/Kühl* (Fn. 8), Vor § 324 Rn. 9.

⁴² Näher *Rengier*, in: *Hirsch/Wolter/Brauns* (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 225.

⁴³ BGHSt 38, 325.

⁴⁴ LG Hanau NJW 1988, 571.

⁴⁵ *Horn*, NJW 1981, 1 (4).

⁴⁶ BGHSt 38, 325.

⁴⁷ BVerfG NJW 1995, 186.

2. Pflichtwidrigkeit

Auch unter Bezug auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird allerdings vielfach vertreten, dass bei der Frage des Vorliegens eines objektiven Sorgfaltspflichtverstoßes auf die Anforderungen an die Teilnehmer eines bestimmten Verkehrskreises abzustellen ist und nicht auf darüber hinausgehende individuelle Fähigkeiten.⁴⁸ Könnte Michael Schumacher mit erlaubten 100 km/h auf der Landstraße einem knapp vor ihm einbiegenden Radfahrer mittels eines für ihn beherrschbaren, wenngleich halsbrecherischen Manövers noch ausweichen, handelt er nach h. M. danach nicht pflichtwidrig und damit fahrlässig, selbst wenn er aus Unachtsamkeit in concreto seine einmalige Reaktionsschnelligkeit ungenutzt außer Acht lässt und deshalb den Radler anfährt,⁴⁹ weil ein Ausweichen jedem besonnenen Normalfahrer objektiv unmöglich gewesen wäre.⁵⁰

Anders wäre freilich zu urteilen, wenn das unaufmerksame Nichtausweichen nicht im Straßenverkehr, sondern auf der Rennstrecke erfolgt wäre, denn hier stellen die Verkehrskreise nicht auf den – mit Autorennen überforderten – Normalfahrer, sondern auf den „Normalrennfahrer“ ab, so dass ein Unfall bereits dann einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen könnte, sofern ihn ein besonnener Formel 1-Fahrer in der gleichen Situation vermieden hätte. Dieser Fall mag in der deutschen Justizpraxis bislang kaum eine Rolle gespielt haben, doch liegt dies vor allem an den Besonderheiten des Wettkampfsportes: Nicht jeder fahrlässige Verstoß gegen Verkehrs- oder Wettkampfbestimmungen soll hiernach bereits eine (Straf-)Haftung begründen; im Regelfall sollen vielmehr Verbandssanktionen ausreichen.⁵¹

Mit Blick auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aufgrund staatlichen Kriminalstrafrechts und den Gleichheitsgrundsatz stellt sich aber das gleiche Problem im Medizinstrafrecht; wenn ein erfahrener Facharzt die Operation normalerweise sachgerecht durchführen könnte, darf er sich nicht damit herausreden, dass ein anderer Arzt auch nicht besser hätte agieren können.⁵²

⁴⁸ Insofern auf dem Gleichheitssatz rekurren auch *Jeschke/Weigend* (Fn. 7), S. 565.

⁴⁹ Zur Frage, ob Sonderfähigkeiten z.B. eines Rallyefahrers bei Fahrlässigkeitsdelikten strafbegründend wirken können sollen vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 17 Rn. 28 ff.

⁵⁰ Vgl. nur *Kühl* (Fn. 49), § 17 Rn. 22 ff.; dagegen z.B. *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Lfg., Stand: Juni 2004, Anh. zu § 16 Rn. 25, der einen „individualisierten Fahrlässigkeitsmaßstab“ anlegen will. Für die Berücksichtigung der Sonderfähigkeit des Rallyefahrers auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 61.

⁵¹ Zur rechtlichen Relevanz von Sportregeln *Rössner*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 313; *Kretschmer*, Jura 2000, 267 (270 f.); *Schild*, Sportstrafrecht, 2002, S. 25 ff.

⁵² Vgl. BGH NJW 2000, 2754 (2758).

3. Unternehmensethik

Brisanz gewinnt diese Orientierung an einem objektiven Sorgfaltsmaßstab aber nicht nur in Hinsicht auf individuelles Mehr- oder Wenigerkönnen, sondern auch in Bezug auf freiwillig selbst gesetzte Maßstäbe etwa in Unternehmen,⁵³ wie sie im Zuge von Corporate Governance⁵⁴ und Compliance zusehends an Bedeutung gewinnen.⁵⁵ Verpflichtet ein Unternehmen seine Mitarbeiter in einem „Code of Ethics“ zu besonders sorgfältigem Verhalten, stellt sich für den Strafrechtler die Frage, ob auch Verstöße allein gegen diesen Code of Ethics eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung darstellen können.⁵⁶ Dies betrifft nicht nur den Bereich strafbarer Fahrlässigkeit – etwa in Bezug auf die Umwelt-, Körperverletzungs- und Tötungsdelikte –, sondern auch Vorsatzdelikte wie die Untreue (§ 266 StGB), die eine – hier vorsätzliche – Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des Täters voraussetzen.⁵⁷ Liegt eine solche Pflichtverletzung bereits vor, wenn ein bevollmächtigter Mitarbeiter entgegen der niedergelegten Unternehmensethik einen Vertrag vor der Unterzeichnung nicht einem Kollegen zur Durchsicht gegeben hat?⁵⁸ Ohne Code of Ethics stellt der Verzicht auf das „Vier-Augen-Prinzip“ vor der Unterschrift nicht ohne weiteres eine Pflichtverletzung dar, so dass Mitarbeiter in vergleichbarer Situation in anderen Unternehmen mangels Pflichtverletzung straffrei bleiben. In der Ausweitung der Strafbarkeit aufgrund selbst gesetzter Verhaltensstandards mag man deswegen einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG erblicken, doch sehe ich das nicht so, denn natürlich könnte ein Unternehmen seine Unternehmensethik ausdrücklich zur Rechtspflicht erheben, indem es etwa die eingeräumte Vertretungsmacht im Innenverhältnis ausdrücklich beschränkt (z. B. durch das Erfordernis einer Gegenzeichnung in Satzung oder Arbeitsvertrag). Dann könnte man auch nicht die Situation in Unternehmen mit solcher Beschränkung mit derjenigen in Unter-

⁵³ Zum Verhältnis von business ethics und Wirtschaftsstrafrecht aus kriminologischer Perspektive *Bussmann*, Mschr-Krim 86 (2003), 89.

⁵⁴ So hängt etwa die Verbindlichkeit des Deutschen Corporate Governance Kodex für Aktiengesellschaften von deren Erklärung gem. § 161 AktG ab.

⁵⁵ Zur Criminal Compliance vgl. nur *Rotsch*, ZIS 2010, 614; *Sieber*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 449. Zur strafrechtlichen Haftung eines Compliance-Officers BGHSt 54, 44 m. Bspr. *G. Dannecker/Ch. Dannecker*, JZ 2010, 981, und *Heghmanns*, ZJS 2009, 706; grundsätzlich *Krüger*, ZIS 2011, 1 und *Beulke*, in: Geisler (Fn. 31), S. 23.

⁵⁶ Umgekehrt begründet für einige der Verzicht auf Compliance-Strukturen (sog. „willful blindness“) eine Haftung aus § 130 OWiG (vgl. *Schemmel/Kirch-Heim*, CCZ 2009, 96).

⁵⁷ Vgl. BGHSt 24, 386 (387 f.); *Fischer* (Fn. 9), § 266 Rn. 6.

⁵⁸ Krit. zur Durchsetzung von Compliance-Vorschriften mittels des Vermögensstrafrechts (§§ 263, 266 StGB) bei der Bildung von „schwarzen Kassen“ *Schünemann*, NSTZ 2008, 430 (433); *Knauer*, NSTZ 2009, 151 (152 f.).

nehmen mit unbeschränkter Vertretungsmacht vergleichen. Wenn dann eine derartige Beschränkung im Außenverhältnis unbeachtlich ist (wie bei Prokuristen gem. § 49 HGB), handelt es sich sogar um den klassischen Fall einer Missbrauchs-Untreue (§ 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB).⁵⁹

Schließlich scheint mir aber noch ein anderer Gesichtspunkt von Relevanz: Auch wenn die Rede zumeist von Unternehmensethik ist – und eine Ethik als solche eben ihrer Natur der Sache gemäß regelmäßig keine Rechtspflichten statuieren kann⁶⁰ –, ist doch der Kontext zu berücksichtigen; brüstet sich ein Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb mit seiner freiwilligen Selbstbindung an seinen Code of Ethics, dann ist es eben nicht mehr nur ein Gebot guter Unternehmensführung, diese Bindungen im Wirtschaftsverkehr auch einzuhalten. Sie sind nach ihrer öffentlichen Anerkennung nur insofern noch freiwillig, als das Unternehmen sich ihnen nicht hätte unterwerfen müssen und ex nunc auch wieder auf diese Selbstbindung verzichten könnte.⁶¹ Davor beeinflussen sie aber den Wettbewerb um Güter und Dienstleistungen ebenso – und zunehmend wichtiger – wie denjenigen am Kapitalmarkt.

4. Rechtsform

Das deutsche Strafrecht kennt – im Unterscheid zu der überwiegenden Mehrheit der Strafrechtssysteme der anderen EU-Staaten – keine eigenständige Strafhaftung von juristischen Personen und damit auch keine Unternehmensstrafbarkeit im engeren Sinne.⁶² Das heißt aber nicht, dass die Rechtsform von Unternehmen für die strafrechtliche Behandlung irrelevant ist. So ergeben sich etwa aus dem Sozial-, Insolvenz-, Handels- und Gesellschaftsrecht bestimmte strafbewehrte Pflichten für die Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder solcher juristischer Personen; daran anknüpfend droht etwa bei fehlerhafter Bilanzierung oder versäumter Insolvenzantragsstellung eine persönliche Strafhaftung des dafür innerhalb des Unternehmens Verantwortlichen (vgl. § 14 StGB). Wer das im Einzelfall ist und welche konkreten Pflichten ihn treffen, ergibt sich aus dem Gesellschaftsrecht. Bis der EuGH in den Urteilen „Überseering“⁶³ und „Inspire Art“⁶⁴ festgestellt hat, dass Unternehmen innerhalb der EU ihre Rechtsform behalten können, auch wenn sie in Staaten Niederlassungen eröffnen, denen eine solche Rechtsform unbekannt ist, kommt es dazu, dass in Deutschland nicht mehr nur der

im deutschen Gesellschaftsrecht anerkannte Kreis möglicher Rechtsformen (GmbH, AG etc.) anzutreffen ist, sondern insbesondere auch Unternehmen in Form einer Company Limited (Ltd.) des englischen Gesellschaftsrechts. Kommt es in solchen Unternehmen durch ihre regelmäßig deutschen, wengleich aufgrund englischen Gesellschaftsrechts errichteten Organe zu Rechtsverstößen, stellt sich nicht nur die Frage nach dem mit Blick auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung anzulegenden Maßstab (deutsches oder englisches Recht);⁶⁵ damit verbunden sein kann eine jedenfalls faktische strafrechtliche Ungleichbehandlung von wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten.

Solche Fragen könnten sich in Zukunft im Lichte der zunehmenden Europäisierung aller Rechtsgebiete vermehrt stellen. So könnte etwa die – für sich zunächst „gleiche“ – Rechtsprechung des BGH zum Betrug im „Haar-Verdicker-Fall“⁶⁶ auf dem Prüfstand des Europarechts fragwürdig werden, wenn (und soweit) es um die für den Normalbürger kaum glaubliche Werbeanpreisung eines z.B. österreichischen Unternehmens geht, das seine „Haar-Verdicker“ damit EU-weit vertreiben möchte und sich hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals einer Täuschung i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB darauf beruft, dass es im EU-Binnenmarkt für den Inhalt von Werbeaussagen angesichts der Rspr. des EuGH nicht – wie für den BGH – auf den leichtgläubigen, sondern auf den mündigen Verbraucher ankommen soll; solange der mündige Verbraucher eine vollkommen ungläubwürdige Anpreisung nicht als Tatsachenaussage erkennt, könne diese auch nicht als strafbare Täuschung über eine Tatsache qualifiziert werden.⁶⁷

III. Erzwingung von Gleichheit mittels des Strafrechts

1. Vorüberlegungen

Das materielle Strafrecht recurriert vor allem auf die Freiheit, daneben in einzelnen Fällen auf die Solidarität, doch gelten letztere Konstellationen durchaus als begründungsbedürftig, soll doch in einem rechtsstaatlichen Strafrecht nicht der Pflichtgedanke dominieren. Dass Normen des materiellen Strafrechts, insbesondere Straftatbestände, der Gleichheit verpflichtet sind, wird dagegen regelmäßig auszuscheiden haben. Der Grund ist in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung klar: Bestraft eine Strafnorm ungleiches Verhalten, verbietet sie nicht nur Eingriffe in die Freiheit anderer, sondern gebietet bei Strafe jedem einzelnen Rechtunterworfenen ein bestimmtes – nämlich das gleiche – Verhalten.

⁵⁹ Vgl. Fischer (Fn. 9), § 266 Rn. 15.

⁶⁰ Zum grundsätzlichen Verhältnis von Recht und Moral vgl. nur Kühl, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 2. Aufl. 2006, S. 469.

⁶¹ § 161 AktG verpflichtet zu einer jährlich erneuerten Erklärung über die Anwendung des Deutschen Corporate Governance Kodex, ermöglicht damit aber natürlich auch eine Rücknahme einer übernommenen Verpflichtung.

⁶² Für die Einführung eines originären Verbandsstrafrechts z.B. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 307 ff.; unter kriminologischen Gesichtspunkten dagegen Hefendehl, MschrKrim 86 (2003), 27.

⁶³ EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00 = Slg. 2002, I-9919.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01 = Slg. 2003, I-10155.

⁶⁵ Zur Untreue-Strafbarkeit des Limited-Directors Schramm/Hinderer, ZIS 2010, 473; Kraatz, JR 2011, 58; Fischer (Fn. 9), § 266 Rn. 53. Zum Insolvenzstrafrecht grundlegend Hinderer, Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares, 2010, passim.

⁶⁶ BGHSt 34, 199.

⁶⁷ Vgl. dazu grundsätzlich Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 9 Rn. 34 f.; ders., Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 66 f.; Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (711 ff.).

ten. Das Strafrecht würde damit vor allem auf die Verletzung der Pflicht zur Gleichbehandlung gestützt werden. Rechtspflichten dienen heutzutage im Sozialstaat zwar auch unter Privaten deren Gleichheit oder Gleichbehandlung⁶⁸ – man denke nur an das AGG – doch lässt sich dieser Gedanke eben nicht ohne weiteres auch auf das Strafrecht übertragen.

Eine auf Gleichmacherei zielende Strafrechtsordnung war in religiösen Dingen in der frühen Neuzeit verbreitet – die Unterstützung vom territorialstaatlichen Einheitsglauben abweichender Bekenntnissätze wurde teilweise als *crimen laese maiestatis* dem staatsbezogenen Hochverrat gleichgesetzt;⁶⁹ weniger durch das Strafrecht als durch Polizeiordnungen⁷⁰ wurde daneben Gleichheit in der Ungleichheit der ständischen Gesellschaft gefordert⁷¹ und eine Überschreitung des Standesgemäßen mancherorts sogar strafrechtlich sanktioniert. In politischen oder religiösen Dingen, aber auch mit Blick auf das Sexualleben wird noch heute in Diktaturen Gleichförmigkeit gefordert; Abweichungen von der Norm werden vielfach strafrechtlich sanktioniert.

Für eine pluralistische Gesellschaft passt das alles schlecht, beruht diese doch darauf, dass jeder – frei nach *Kant* – tun und lassen kann, was ihm beliebt, solange er dadurch nicht die Freiheitssphäre anderer tangiert. Im Strafrecht hat dies besonderen Niederschlag gefunden in der Rechtsgutstheorie, der ja für die ganz h.M.⁷² auch eine legitimatorische Funktion zukommt.⁷³ Strafgesetze gelten danach – jedenfalls im Grundsatz – nur dann als legitim, wenn sie dem Schutz eines anerkannten Rechtsguts dienen. Solche Rechtsgüter sind die Rechte und Freiheiten des einzelnen sowie die für ihre Gewährleistung erforderlichen sozialen Institutionen.⁷⁴ Dieses Rechtsgutskonzept sollte in einer auf Grundfreiheiten der Bürger vor und gegenüber dem Staat aufbauenden Gesellschaft freiheitsfunktional gedacht werden, d. h. auch der Schutz überindividueller Güter bedarf eines Rekurses auf den Menschen und dessen dadurch abgesicherte Frei-

heit.⁷⁵ Der Staat soll heute eben nicht mehr nur um seiner selbst willen strafrechtlich geschützt sein, sondern in seiner Funktion als Freiheitsgarant für die darin lebenden Menschen. Vor diesem Hintergrund sind manche Strafnormen freilich begründungsbedürftig. So ist der strafrechtliche Schutz vom Aussterben bedrohter Tier- und Pflanzenarten gerade auch vor dem Menschen (§ 66 BNatSchG) sowie der Schutz einzelner Tiere vor Quälerei auch durch ihren Besitzer (§ 17 TierSchG) schwerlich freiheitsfunktional zu deuten;⁷⁶ die Begrenzung der Freiheitsausübung – man darf eben auch nicht sein eigenes Tier quälen – folgt hier nicht aus der Sicherung des Freiheitsraums eines anderen Menschen, sondern steht da als bloße Unterlassungspflicht – als eine moralische Pflicht des Menschen gegen sich selbst,⁷⁷ nicht gegenüber anderen, die im Regelfall nicht einmal zu einer Rechtspflicht wird und erst recht nicht eine staatliche Strafe begründet.⁷⁸

Vereinzelte enthält das Strafrecht auch allgemeine Handlungspflichten, deren Nichtbeachtung bei Strafe verboten ist. Paradebeispiel ist die Strafbarkeit unterlassener Hilfeleistung (§ 323c StGB), weshalb dieser 1933 in das StGB eingefügte „Samariter“-Tatbestand auch in der Nachkriegszeit zunächst wegen seiner Nähe zum Pflichtstrafrecht der NS-Zeit in Frage gestellt wurde.⁷⁹ Heutzutage gibt es wohl in Deutschland kaum einen Zweifel, dass auch ein freiheitlicher Staat befugt ist, jeden Menschen – und nicht nur Garanten i.S.v. § 13 StGB – in Notsituationen auch unter Strafandrohung zur erforderlichen und ihm zumutbaren Hilfeleistung zu verpflichten. Begründen lässt sich dies mit einem Gebot der Mindestsolidarität. Zwar ist nicht jeder in jeder Situation – und schon gar nicht unter Strafandrohung – von Rechts wegen zu solidarischem Verhalten verpflichtet; begrenzt sich diese Hilfspflicht aber auf besondere Notlagen und Konstellationen, in denen obendrein die erforderliche Hilfe dem Helfer persönlich zumutbar ist, gilt nicht ein allgemeiner Grundsatz der Solidarität, sondern vielmehr nur ein „Allgemeininteresse an solidarischer Schadensabwehr in akuten Notlagen“.⁸⁰

In einzelnen Konstellationen kann aber auch das moderne Strafrecht letztlich Gleichheit durchzusetzen versuchen.

⁶⁸ Nach Ansicht verschiedener Zivilrechtler ist der Gedanke der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie als Grundlage des Zivilrechts (zu) sehr in die Defensive geraten; vgl. jüngst *Rittner*, JZ 2011, 269.

⁶⁹ Vgl. *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, Rn. 132; *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, S. 401 ff.

⁷⁰ Dazu ausf. *Schmelzeisen*, Polizeiordnungen und Privatrecht, 1955, passim.

⁷¹ Eine Überwindung gelang erst im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts durch eine Verbindung des Freiheits- mit dem Gleichheitsbegriff (vgl. *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 160 ff.).

⁷² Anders allerdings BVerfGE 120, 224.

⁷³ Vgl. nur *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 9; *Roxin* (Fn. 50), § 2 Rn. 1 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), S. 7; *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), Vor § 1 Rn. 108 ff. Zur aktuellen Diskussion *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24.

⁷⁴ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 50), § 2 Rn. 9.

⁷⁵ Vgl. *Kühl*, in: Nida-Rümelin/Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2002, S. 245 (S. 248 ff.); *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 214 ff. Für *Stratenwerth*, in: *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens* (Fn. 73), S. 255 (S. 260), sind allerdings als „Konsequenz des Gleichheitssatzes [...] auch die Folgen unseres Handelns für künftige Generationen in den Gerechtigkeitsdiskurs einzubeziehen“.

⁷⁶ Vgl. *Frisch*, in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 69 (S. 73); *Hefendehl*, NuR 2001, 498.

⁷⁷ Vgl. *Woschnak*, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2003, 153.

⁷⁸ Dazu ausf. *Heger* (Fn. 75), S. 219 ff. m.w.N.

⁷⁹ Zur geschichtlichen Entwicklung *Gieseler*, Unterlassene Hilfeleistung – § 323c StGB, 1999, passim.

⁸⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 323c Rn. 1 m.w.N.

2. Abtreibungsstrafrecht

a) Strafbewehrte Rechtspflicht zur Austragung der Leibesfrucht

Muss es aufgrund des grundrechtlich gebotenen Schutzes auch des ungeborenen Lebens (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 GG)⁸¹ grundsätzlich bei Strafe verboten sein, eine Schwangerschaft abzubrechen – wie es das BVerfG bekanntlich im 1. Abtreibungsurteil 1975 betont hat⁸² – dann folgt daraus eben nicht nur die strafrechtlich abgesicherte Pflicht der Schwangeren und der Ärzte, einzelne Eingriffe in das werdende Leben zu unterlassen. Vielmehr folgt daraus für die Schwangere – und nur für diese – gegenüber dem Fötus eine Wohlverhaltenspflicht mindestens bis zum Abschluss der Geburt.⁸³ Damit wurde mit den Mitteln des Strafrechts – hier mit §§ 218 ff. StGB – bezweckt, dass sich jede Schwangere in Bezug auf den in ihr heranwachsenden Embryo insofern gleich verhält, als sie all das unterlässt, was nach ihrer Einschätzung zu einem Absterben der Leibesfrucht führen kann.⁸⁴

Eingeschränkt ist dieses Gleichverhaltensgebot letztlich durch das Vorsatzerfordernis; nimmt eine Frau bei ihrem, den Fötus gefährdenden Verhalten nicht dessen Abgang zumindest billigend in Kauf oder weiß sie gar nichts von ihrer Schwangerschaft fehlt ihr der für eine Strafbarkeit nach § 218 StGB erforderliche Vorsatz.⁸⁵ Das wäre anders, würde man – wie vor einigen Jahren diskutiert – bereits den (ggf. grob) fahrlässigen Schwangerschaftsabbruch auch der Schwangeren selbst unter Strafe stellen, denn damit müsste sie ihr Verhalten stets daran ausrichten, ob es mit Blick auf die Existenz des ungeborenen Lebens pflichtwidrig sein könnte. Für die Leibesfrucht u.U. gefährliche Sportarten stünden – kommt es zu einer Beendigung der Schwangerschaft – unter Kriminalstrafandrohung.

b) Diskriminierung Behinderter und das Problem der „Spät-abtreibungen“

Als einfachgesetzlich gestattete – vor allem im Lichte des speziellen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG⁸⁶ problematische – Diskriminierung mutmaßlich behinderter Kinder galt manchen⁸⁷ die von 1976 bis 1994 geltende embryopathische Indikation (§ 218a Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.); deswegen beschränkt sich seither § 218a Abs. 2 StGB auf eine sozialmedizinische Indikation, die allein an die Gefahren für Leib oder Leben der Schwangeren – und damit nicht mehr an das Risiko einer Behinderung des Kindes – anknüpft. Da aber Gesetzgeber⁸⁸ wie Rspr.⁸⁹ davon ausgehen, dass dies grundsätzlich auch die frühere embryopathische Indikation erfasst, hat sich an der Rechtfertigbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs wegen drohender Behinderung faktisch nichts geändert.⁹⁰ Solche Abtreibungen sind vielmehr sogar – entgegen § 218a Abs. 3 StGB a.F., der eine Befristung von Abbrüchen aufgrund embryopathischer Indikation auf die ersten 22 Wochen der Schwangerschaft vorschrieb – theoretisch bis zum Beginn der Geburt möglich. Der gut gemeinte – vom Grundgesetz freilich nicht erzwungene⁹¹ – Wunsch, im Abtreibungsstrafrecht das Risiko einer Behinderung de iure auszuklammern, hat de facto zu der Problematik sog. „Spät-abtreibungen“ geführt,⁹² welche wiederum 2009 partiell abgemildert worden ist durch eine Pflichtberatung vor Vornahme des Eingriffs bei dringenden Gründen für die Annahme, dass die körperliche oder geistige Gesundheit des Kindes geschädigt sein wird.⁹³

3. (Neo-)Nazistische Straftaten

Zunehmend an Bedeutung gewinnen Tatbestände im Staatsschutzbereich, die bestimmte Verhaltensweisen nicht generell oder allein im Interesse eines konkret Verletzten – und damit zum Schutz von dessen Freiheitssphäre – verbieten, sondern die an den konkreten Inhalt eines Symbols oder einer Äußerung anknüpfen. Wenn es – wie in § 86a i.V.m. § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB – bei Strafe verboten ist, bestimmte Symbole der NS-Zeit öffentlich zu tragen oder – wie in § 130 Abs. 3 und 4 StGB – den Holocaust zu leugnen bzw. Verbrechen des NS-Regimes zu verherrlichen oder zu verharmlosen, so geht es dabei um etwas anderes als um eine bloß individuelle Beleidigung der überlebenden Opfer des Holocausts oder um die Verhinderung eines erneuten Angriffs auf diese,⁹⁴ wie noch in der ursprünglichen Fassung des Volksverhetzungstatbestandes (§ 130 StGB a.F.), der sich auf eine Pönalisierung der

⁸¹ Vgl. nur BVerfGE 88, 203 (251 f.); *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 1), Art. 2 Rn. 143.

⁸² BVerfGE 39, 1.

⁸³ Diese betont die Richterin *Rupp-v. Brünneck* in ihrem Sondervotum (BVerfGE 39, 1 [68, 80]: „die Weigerung der Schwangeren, die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen, [ist] nicht allein nach dem natürlichen Empfinden der Frau, sondern auch rechtlich etwas wesentlich anderes als die Vernichtung selbständig existenten Lebens“).

⁸⁴ Die Ableitung dieser „Rechtspflicht der Schwangeren zur Austragung ihrer Leibesfrucht“ aus der staatlichen Schutzpflicht des ungeborenen Lebens, bezeichnet *Merkel* überzeugend als „unschlüssig“, *Merkel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 218 ff. Rn. 17.

⁸⁵ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 218 Rn. 9 f.

⁸⁶ Dazu *Osterloh* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 305 ff.

⁸⁷ Dagegen dezidiert *Merkel* (Fn. 84), § 218a Rn. 97 ff.

⁸⁸ BT-Drs. 13/1850, S. 26.

⁸⁹ OLG Frankfurt NJW 2008, 3790 (3792).

⁹⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 218 Rn. 14 f.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 88, 203 (257).

⁹² Dazu *Merkel* (Fn. 84), § 218a Rn. 106 ff.

⁹³ BGBl. I 2009, S. 2990.

⁹⁴ Anders *Junge*, *Das Schutzgut des § 130 StGB*, 2000, S. 26, wonach dieser Tatbestand Individualrechtsgüter von Mitgliedern der betroffenen Bevölkerungsgruppen schütze.

sog. „qualifizierten Ausschwitzlüge“ – das Leugnen des Holocaust verbunden mit einem Angriff auf die Menschenwürde der Opfer – beschränkte.⁹⁵

Sympathiebekundungen zu anderen Unrechtsregimes (auch auf deutschem Boden) – etwa zu den stalinistischen Säuberungen in der frühen DDR – sind dagegen trotz des mit ihnen in der Vergangenheit tatsächlich und bei Wiederholung jedenfalls potenziell verbundenen Eingriffs in den öffentlichen Frieden und die Würde der Betroffenen (man denke nur an die „Waldheimer Prozesse“) straffrei.⁹⁶ Die Suche nach dem von § 130 Abs. 3 und 4 StGB geschützten Rechtsgut fällt denn auch schwer, soll dieses doch – wie gesagt – freiheitsfunktional der Freiheitsausübung jetzt lebender Menschen und vielleicht auch noch zukünftiger Generationen dienen. Das in der Gesetzgebung wie auch in der Rechtsprechung als solches benannte Rechtsgut des „politischen Klimas“⁹⁷ erscheint im Vergleich zu anderen anerkannten Rechtsgütern jedenfalls begründungsbedürftig und ist deshalb in der Strafrechtslehre überaus umstritten.⁹⁸ Geschützt von § 130 StGB sind daher nach der wohl h.M. in der Literatur der öffentliche Friede und die Würde tatsächlicher oder (bei Wiederholung der NS-Gräueltaten) potenzieller Opfer.⁹⁹

Dass der Streit um das Rechtsgut und genereller um die Legitimation solcher Normen nicht nur um des „Kaisers Bart“ geht, zeigt die Kontroverse zwischen dem OLG Stuttgart, das auch ein durchgestrichenes Hakenkreuz als ein solches und damit als von §§ 86 Abs. 1 Nr. 4, 86a StGB verbotenes Kennzeichen einstuft, weil diese Strafnorm auf den generellen Ausschluss solcher Symbole aus der deutschen Öffentlichkeit ziele, und dem BGH, der im Einklang mit der h.M. und mit guten Gründen eine Strafbarkeit verneint hat, wenn und weil die erkennbar ablehnende Zielrichtung der Träger dieses durchgestrichenen Hakenkreuzes sie eben nicht

als Hakenkreuz-Träger ausweise.¹⁰⁰ Während das OLG Stuttgart jeden formal gleich behandelt, der ein Hakenkreuz gebraucht (und sei es durchgestrichen), schaut der BGH auf die Intention des Handelnden, der mit dem durchgestrichenen Hakenkreuz sich eben nicht als Nazi-Sympathisant (sondern als Gegner) outet.

Hinter Tatbeständen wie §§ 86a, 130 Abs. 3 und 4 StGB steht m.E. – ähnlich wie hinter Strafnormen zur Durchsetzung eines Mindestmaßes an Solidarität – ein Mindestmaß an notwendiger Gleichheit; unsere Gesellschaft gestattet nahezu jede Äußerung – insoweit dient sie unbestreitbar der (Meinungs-)Freiheit der Bürger –, aber eben – trotz des für jedermann geltenden Grundrechts der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) – nicht jede. Und sie missbilligt diese nicht (mehr) bloß moralisch, sondern – und das ist eine Entwicklung erst der letzten Jahre – sie setzt mittels des Rechts – und dabei (wieder) zunehmend auch des Strafrechts – Grenzen, innerhalb derer sich die Inanspruchnahme öffentlicher (Meinungs-)Freiheit abspielen darf. Jedermann darf das Kaiserreich verherrlichen, sogar von der Wiedererrichtung einer absoluten Monarchie schwadronieren, auch wenn diese Staatsform zweifelsohne mit den Staatszielbestimmungen des Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar ist, die Weimarer Republik – warum auch immer – verdammen, die DDR glorifizieren und Adenauer kritisieren; ja, man darf sogar die ebenfalls rassistisch motivierte Ausrottungspolitik des Generals v. Trotha in „Deutsch-Südwest“¹⁰¹ und den Genozid an den Armeniern im ersten Weltkrieg in Deutschland – anders als in Frankreich – straflos in Abrede stellen,¹⁰² nicht aber äußerlich vielleicht vergleichbares Verhalten der NS-Regierung. Ich denke, der Hinweis auf eine strafrechtlich abzusichernde „politische Klimapflege“ trifft dies ebenso wie der Wunsch nach Nichtstörung des öffentlichen Friedens nur begrenzt, denn der öffentliche Friede ist auch – derzeit vielleicht sogar stärker – in Gefahr, wenn in einer Berliner Galerie Karikaturen des Propheten Mohammed ausgestellt werden.

Meine These ist denn auch eine vielleicht typisch deutsche. Die deutsche Demokratie beruht eben nicht – wie wohl die angelsächsische und US-amerikanische – auf der absoluten Freiheit der Rede („freedom of speech“), egal mit welchem Inhalt. Die demokratische Grundordnung wird in Deutschland immer wieder herausgefordert – derzeit und auch gerade in den letzten fünfzehn Jahren, in denen die Ergänzungen in § 130 StGB aufgenommen wurden – durch rechtsextreme Bestrebungen. Während der islamische Terror im Kern nicht auf eine Änderung der bundesdeutschen Ge-

⁹⁵ Vgl. BGHSt 40, 97 (dazu *Baumann*, *NSStZ* 1994, 392; *Bert-ram*, *NJW* 1994, 2020; *Jakobs*, *StV* 1994, 540).

⁹⁶ Diese Zurückhaltung im deutschen Strafrecht könnte allerdings auf den Prüfstand kommen, wenn die EU, wie im Stockholmer Programm vom 11.12.2009 angedacht, eine Strafbewehrung des öffentlichen Billigens, Leugnens oder Verharmlosens von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch gegenüber einer Gruppe von Personen fordern sollte, „die sich durch andere Kriterien definieren als durch Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft, wie etwa sozialer Status und politische Überzeugungen“.

⁹⁷ BGHSt 46, 36 (40); BGHSt 47, 278; vgl. bereits BT-Drs. 12/8588, S. 8; zust. v. *Dewitz*, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, 2006, S. 208, 219. Für *Geilen*, in: *Ulsamer* (Hrsg.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 1168, ist § 130 StGB deswegen ein „Klimadelikt“.

⁹⁸ Vgl. nur *Kühl*, in: *Bernsmann/Ulsenheimer* (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen* am 12./13.10.2001, 2003, S. 103; *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 1.

⁹⁹ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 1 m.w.N.

¹⁰⁰ BGHSt 51, 244 (dazu *Vormbaum*, *JR* 2007, 524; *Schroeder*, *JZ* 2007, 851; *Kaspar*, *JR* 2008, 70; *Rau/Zschischack*, *NSStZ* 2008, 131); BGHSt 52, 364 (dazu *Stegbauer*, *JZ* 2009, 164; *Steinmetz*, *NSStZ* 2009, 384).

¹⁰¹ Dazu *Zimmerling/Zeller*, *Völkermord in Deutsch-Südwestafrika, Der Kolonialkrieg (1904-1908) in Namibia und seine Folgen*, 2004, passim; *Schlottau*, *Deutsche Kolonialrechtspflege*, 2007, S. 45 ff.

¹⁰² Strafbar ist dies gem. § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur, wenn das In Abrede Stellen des Opferschicksals verbunden ist mit einem Aufstacheln zum Hass etc.

sellschaftsordnung zielt, sondern z.B. auf eine Beendigung des deutschen Engagements in Afghanistan, treffen diese rechtsextremen Bestrebungen einen wunden Punkt der Gesellschaft.¹⁰³ Und vielleicht gerade weil es dem Öffentlichen Recht bislang nicht gelungen ist, die NPD endgültig verfassungskonform zu marginalisieren,¹⁰⁴ ist die Gesellschaft darauf angewiesen, dass der Staat ohne Rücksicht auf mehr oder weniger konkrete Gefährdungen der Freiheitssphäre anderer Bürger selbst klare (Rechts-)Grenzen zieht, bevor die Gesellschaft in ihren Grundfesten – wie am Ende der Weimarer Republik – gefährdet ist.¹⁰⁵ Somit schützen §§ 86a, 130 StGB m.E. einen Minimalkonsens aller demokratischen Kräfte als der heute tragenden Gesellschaftsschichten: Der Holocaust und andere Verbrechen des NS-Regimes dürfen sich nicht nur nicht wiederholen; sie dürfen – bei Strafe – nicht einmal relativiert werden.¹⁰⁶ Das wird deutlich, wenn man sieht, welche Anstrengungen die deutsche Strafjustiz unternimmt, um im Ausland erfolgte Handlungen wie das Zeigen des sog. Hitlergrußes durch deutsche Hooligans vor den Kameras deutscher Fernsehkanäle anlässlich eines Fußballländerspiels in Warschau¹⁰⁷ oder das Einstellen von volksverhetzenden Äußerungen in englischer Sprache auf einem australischen Server, mit Strafe belegen zu können.¹⁰⁸

¹⁰³ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2003, S. 12, der mit Blick auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts gem. §§ 3, 9 StGB auf das Auschwitz-Leugnen via Internet einen völkerrechtlich legitimierten Anknüpfungspunkt annimmt, „weil der Leugnungstatbestand in § 130 Abs. 3 StGB aufgrund der Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Verbrechen an Juden einen besonderen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland hat“.

¹⁰⁴ Das Verbotungsverfahren gegen die NPD scheiterte bekanntlich an deren nicht aufklärbarer Unterwanderung durch V-Leute (BVerfGE 107, 339; dazu *Ipsen*, JZ 2003, 485).

¹⁰⁵ Zu politisch motivierter Gewalt im Umfeld der NPD vgl. *Backes/Mletzko/Stoye*, NPD-Wahlmobilisierung und politisch motivierte Gewalt, 2010, passim.

¹⁰⁶ Insofern wollte der Gesetzgeber bewusst ein Zeichen setzen (vgl. *Krauß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 130 Rn. 101). Für *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 333 sowie *dies.*, GA 2006, 80, sind § 130 Abs. 3 und 4 StGB als Ausdruck bloßer „Sprechtabus“ nicht legitimierbar.

¹⁰⁷ KG NJW 1999, 3500; und dazu *Heinrich*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 91.

¹⁰⁸ BGHSt 46, 212 (dazu *Jefberger*, JR 2001, 432; *Lagodny*, JZ 2001, 1198; *Hegmanns*, JA 2001, 276; *Klengel*, CR 2001, 243; *Vassilaki*, CR 2001, 262; *Strahl*, FoR 2001, 76; *Koch*, JuS 2002, 123; *Roggan*, KJ 2001, 337; *Schulte*, KJ 2001, 341; *Vec*, NJW 2002, 1535; *Hörnle*, NStZ 2001, 309; *Kudlich*, StV 2001, 397).

Ganz deutlich wird es auch in dem Beschluss des BVerfG vom 4.11.2009,¹⁰⁹ in welchem die Verfassungskonformität von § 130 Abs. 4 StGB trotz des damit verbundenen Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit wie folgt begründet wird:

„Grundsätzlich sind Eingriffe in die Meinungsfreiheit nur zulässig auf der Basis eines allgemeinen Gesetzes gemäß Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG. Ein meinungsbeschränkendes Gesetz ist unzulässiges Sonderrecht, wenn es nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet. Dies gilt auch für Bestimmungen zum Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 2 und 3 GG. Die Allgemeinheit des Gesetzes verbürgt damit entsprechend dem Verbot der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 9 GG für Eingriffe in die Meinungsfreiheit ein spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen.“

Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dem entsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus. Den damit verbundenen Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs zu.

Zwar ist die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB kein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG, weil sie nicht dem Schutz von Gewalt- und Willküröpfen allgemein dient und bewusst nicht auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt abstellt, sondern auf positive Äußerungen allein in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt ist.

§ 130 Abs. 4 StGB ist aber auch als nichtallgemeines Gesetz ausnahmsweise mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. Angesichts des Unrechts und Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft verursacht hat, ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts immanent. Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden. Die Erfahrungen aus der Zerstörung aller zivilisatorischen Errungenschaften durch die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft prägen die gesamte Nachkriegsordnung und die

¹⁰⁹ BVerfG, NJW 2010, 47 (dazu *Holzner*, DVBl. 2010, 48; *Degenhart*, JZ 2010, 306; *Hörnle*, JZ 2010, 310; *Schaefer*, DÖV 2010, 379; *Hong*, DVBl. 2010, 1267; *Wüstenberg*, HRRS 2010, 471; *Lepsius*, Jura 2010, 527; *Breder/Przygoda*, JuS 2010, 1004; *Ladeur*, K&R 2010, 642; *Volkman*, NJW 2010, 417; *Scheidler*, NWVBl 2010, 131; *Kirsch*, NWVBl. 2010, 136; *Michael*, ZJS 2010, 155 und ausf. *Höfling/Augsberg*, JZ 2010, 1088).

Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die Völkergemeinschaft bis heute nachhaltig.

Diese Ausnahme nimmt die Meinungsfreiheit indes auch inhaltlich nicht zurück. Die Meinungsfreiheit gewährleistet, dass sich Gesetze nicht gegen rein geistige Wirkungen von Meinungsäußerungen richten. Das Ziel, Äußerungen wegen ihrer Unvereinbarkeit mit sozialen oder ethischen Auffassungen zu behindern, hebt das Prinzip der Meinungsfreiheit selbst auf und ist illegitim. Das Grundgesetz rechtfertigt deshalb auch kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts.

§ 130 Abs. 4 StGB genügt den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Vorschrift verfolgt mit dem Schutz des öffentlichen Friedens einen legitimen Zweck. Der Schutz des öffentlichen Friedens ist hierbei in einem begrenzten Sinn als Schutz der Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung zu verstehen, nicht aber als Schutz vor einer „Vergiftung des geistigen Klimas“ oder einer Kränkung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte. Der öffentliche Friede zielt auf einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft. Dabei ist es eine verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung des Gesetzgebers, dass ein Gutheißen der Gewalt- und Willkürherrschaft dieser Zeit der Bevölkerung heute regelmäßig als Aggression und als Angriff gegenüber denjenigen erscheint, die sich in ihrem Wert und ihren Rechten erneut in Frage gestellt sehen, und angesichts der geschichtlichen Realität mehr bewirkt als eine bloße Konfrontation mit einer demokratie- und freiheitsfeindlichen Ideologie. § 130 Abs. 4 StGB ist in seiner Ausgestaltung auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne. Weder verbietet er generell eine zustimmende Bewertung von Maßnahmen des nationalsozialistischen Regimes noch ein positive Anknüpfung an Tage, Orte oder Formen, denen ein an diese Zeit erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt. Seine Verwirklichung setzt vielmehr die Gutheißen des Nationalsozialismus als historisch real gewordene Gewalt- und Willkürherrschaft voraus. Diese kann auch in der glorifizierenden Ehrung einer historischen Person liegen, wenn sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass diese als Symbolfigur für die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft als solche steht.“

Auch wenn das BVerfG hier nur zu § 130 Abs. 4 StGB Stellung beziehen musste, dürfte sich diese Argumentation auf § 130 Abs. 3 StGB – die „Auschwitzlüge“ – übertragen lassen. Dass dieser Tatbestand – im Unterschied zu § 130 Abs. 4 StGB – bereits eine Gefährdung (und nicht erst eine Störung) des öffentlichen Friedens genügen lässt,¹¹⁰ spricht schon deswegen nicht dagegen, weil das BVerfG den Schutz des Friedens bereits „an sich abzeichnende Gefahren anknüpft“; verfassungsrechtlich problematisch wäre daher eine Pönalisierung allein bestimmter Meinungsäußerungen in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts, nicht aber – wie

in § 130 Abs. 3 StGB – strukturell als potenzielles Gefährdungsdelikts,¹¹¹ das tatbestandlich eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens erfordert.¹¹²

Insofern gibt es äußerlich eine gewisse Annäherung zum strafrechtlichen Schutz des Monopols einer Religion in den Territorialstaaten des cuius regio eius religio; wurde dort jedes nicht staatsglaubenskonforme Verhalten auch mit den Mitteln des Strafrechts als Häresie, Blasphemie, Hexerei o.Ä. verfolgt, werden heutzutage einzelne Äußerungen oder symbolhafte Verhaltensweisen in Bezug auf die NS-Zeit pönalisiert. Ein Unterschied springt allerdings sogleich ins Auge: Ging es in der frühen Neuzeit um eine Absicherung der Gleichheit i.S.e. identischen Bekenntnisses samt dazugehöriger Rituale, geht es heute nur um die strafrechtliche Durchsetzung einer Mindestgleichheit, die nahezu die gesamte Palette an Äußerungen und Verhaltensweisen gestattet, aber eben nicht einzelne ganz konkret bestimmte. Dazu kommt, dass das Strafrecht der frühen Neuzeit zumeist eine Ausübung des Bekenntnisses forderte, während heutzutage straflos jeder stillhalten kann, auch wenn er innerlich den Holocaust nicht wahrhaben will. Empathiebekundungen zum Staat sind nicht gefordert; im forum internum kann jeder denken, was er will. Und das meiste davon darf er auch straffrei laut sagen; aber eben in Deutschland nicht (mehr) alles.¹¹³

Auch im Strafrecht gilt aber heute bis zu einem gewissen Grade die Parole: Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit.¹¹⁴ Ein Minimal-Antifaschismus wird mithin strafrechtlich abgesichert. Manchen gilt § 130 StGB deshalb als Anti-Diskriminierungstatbestand, doch trifft dies nicht eigentlich dessen Struktur, denn – wertfrei gesprochen – wird ja gerade durch diesen Tatbestand eine Ungleichbehandlung verschiedener öffentlicher Äußerungen befördert.

4. Ein spezieller Anti-Diskriminierungs-Straftatbestand?

Einen „echten“ Anti-Diskriminierungstatbestand gibt es mithin im deutschen Strafrecht derzeit nicht. Ein solcher war allerdings im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 10.12.2001 (Punkt 13) vorgesehen; danach sollte in das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) folgender Straftatbestand eingefügt werden (§ 12):

„Wer einer vollstreckbaren Anordnung nach § 2 Abs. 3 zuwiderhandelt, die durch Urteil ergeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹¹¹ BGHSt 46, 212.

¹¹² Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 1.

¹¹³ Hierzu krit. *Vormbaum* (Fn. 11), S. 228. Für den – wenn gleich zeitlich befristeten – Schutz von Erinnerung durch Strafrecht *Zabel*, *ZStW* 122 (2010), 834.

¹¹⁴ Programmatisch *Ipsen*, *Der Staat der Mitte*, 2009, dessen Quintessenz *Austermann* (*Jura* 2010, 480) so zusammenfasst: „Politische Extremisten, die die deutsche Geschichte von 1933 bis 1945 und auf dem Gebiet der ehemaligen DDR unheilvoll und mit schrecklichen Konsequenzen bestimmten, haben im heutigen Deutschland keinen gestaltenden Platz mehr.“

¹¹⁰ Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 130 Rn. 8b; *Fischer* (Fn. 9), § 130 Rn. 33.

Nach dem ebenfalls in das UKlaG aufzunehmenden § 2 Abs. 3 kann ein „Unternehmer, der gegen das Benachteiligungsverbot des § 319a BGB verstößt, [...] auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die wesentliche Belange der benachteiligten Personengruppe berührt werden“. § 319a BGB sollte schließlich – wie heute in eingeschränkter Form § 2 AGG – ein allgemeines Benachteiligungsverbot im Zivilrecht verankern, das in einer ersten Stufe über den Unterlassungsanspruch zivilgerichtlich durchgesetzt werden soll; die Wirkungen eines Unterlassungsurteils hätten dann gegen „Wiederholungstäter“ strafrechtlich abgesichert werden sollen. Strafbewehrt gewesen wären damit vorsätzliche Verstöße gegen gerichtlich angeordnete Diskriminierungsverbote; da der Unternehmer von dem Unterlassungs-Urteil spätestens mit dessen Zustellung Kenntnis erlangt hätte, hätte für eine Strafbarkeit gem. § 12 UKlaG genügt, dass der Unternehmer erneut – und vorsätzlich – die ihm zuvor gerichtlich verbotene Benachteiligung vornimmt.

Eine vergleichbare Strafnorm enthält das AGG nicht. Und – wird man ergänzen dürfen – das ist auch gut so, denn die vorsätzliche Verletzung zivilrechtlicher (Unterlassungs-)Ansprüche als solcher sollte grundsätzlich nicht zu einer Strafbarkeit führen.

5. Exkurs: Radbruchs Verleugnungsformel und die Mauerschützen-Fälle

Gustav Radbruch, der wohl in Deutschland wirkmächtigste Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts und ein ebenso bedeutender Strafrechtsdogmatiker wie Kriminalpolitiker,¹¹⁵ nennt – ausgehend von seiner im südwestdeutschen Neukantianismus wurzelnden Rechtsphilosophie¹¹⁶ – als die drei Elemente von Gerechtigkeit: Gleichheit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, vertritt dann aber in seiner Einführung in die „Rechtsphilosophie“, die in den Jahren 1914 bis 1932 zahlreiche Auflagen erleben sollte, einen positivistischen Ansatz, wengleich heute immer wieder darauf hingewiesen wird, dass dieser bereits in den einzelnen Auflagen zusehends relativiert worden ist.

In seiner sog. „Radbruchschen Formel“ gewährt er dann aber ausdrücklich auch naturrechtlichen Erwägungen Einfluss auf das Strafrecht – und zwar strafbegründend. Die Rechtssicherheit ist zwar weiterhin grundsätzlich das oberste strafrechtliche Gut und damit das Strafgesetzbuch in der Diktion seines Lehrers Franz v. Liszt¹¹⁷ die „Magna Charta des Verbrechens“,¹¹⁸ doch gilt dies nicht mehr ohne Ausnahme. Angesichts der von ihm vermeinten Wehrlosigkeit, die der Posi-

tivismus der deutschen Juristenschar gegenüber dem qualitativ wie quantitativ bis dahin undenkbar monströsen Unrecht der NS-Zeit vermittelt hatte, sieht Radbruch im Jahre 1946 Bedarf für zwei Ausnahmen, die man bis heute als „Unerträglichkeitsformel“ und „Verleugnungsformel“ zu besagter Radbruchscher Formel vereint. Erstgenannt und zumeist in den Mittelpunkt gestellt wird die Unerträglichkeitsformel; mit Blick auf die Gleichheit besonders interessant erscheint mir dagegen die Verleugnungsformel, die trotz der von Radbruch gerade darin erkannten Eindeutigkeit im Zuge der Rezeption der Radbruchschen Formel bei der Aufarbeitung des zweiten Unrechtsregimes auf deutschem Boden im 20. Jahrhundert eher ein „Mauerblümchen-Dasein“ fristet.¹¹⁹ Eben wegen der relativen Klarheit ihres Inhalts – wie ich finde – zu Unrecht. Radbruch sagt im zweiten Teil „seiner“ Formel:¹²⁰

„[...] eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht nur „unrichtiges Gesetz“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“

Gegen eine Rezeption der Radbruchschen Formel bei der strafrechtlichen Aufarbeitung der Schüsse an der innerdeutschen Grenze hatte der letzte Radbruch-Schüler Arthur Kaufmann eingewandt, dies widerspreche der Intention ihres Schöpfers, habe dieser sie doch für das unermessliche Unrecht des Nationalsozialismus konzipiert,¹²¹ dem das Unrecht des DDR-Grenzregimes weder qualitativ noch quantitativ auch nur annähernd vergleichbar sei.¹²² Knapp 300 Tote an der innerdeutschen Grenze kann man natürlich nicht mit der millionenfachen Vernichtung von Menschenleben, mit der planmäßigen Ausrottung ganzer Volksstämme innerhalb nur weniger Jahre in einen Topf werfen. Unrecht war aber auch die Tötung nahezu jedes Republikflüchtlings.¹²³ Kommt es allein auf die Unerträglichkeit des Unrechts an, verbietet sich unbestreitbar jeder Vergleich; das gilt umso mehr, als spätestens seit dem Historikerstreit 1986/1987 der Vergleich des NS-Unrechts selbst mit dem Gesamtunrecht des Stalinismus

¹¹⁹ Von v. d. Pfordten, JZ 2010, 1021 (1027), jüngst allerdings als wesentlicher Teil des Bewahrenswerten von Radbruchs Rechtsphilosophie benannt. Mit Blick auf die NS-Zeit dazu Werle, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im dritten Reich, 1989, S. 8 ff.

¹²⁰ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

¹²¹ Radbruch fährt in der Tat fort: „An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“ (Radbruch, SJZ 1946, 105 [107]).

¹²² Vgl. Kaufmann, NJW 1995, 81; gegen eine Strafbarkeit „normaler“ Mauerschützen z.B. auch Frisch, in: Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 133. Zu Problemen des Systemvergleichs vgl. nur Rüping/Jerouschek (Fn. 69), Rn. 343 ff.

¹²³ Grundlegend Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, 1999, passim.

¹¹⁵ Zu diesem vgl. nur Kaufmann, Gustav Radbruch, Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987; Kleinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, S. 354 ff.

¹¹⁶ Dazu jüngst v. d. Pfordten, JZ 2010, 1021.

¹¹⁷ Zu diesem jüngst Muñoz Conde, in: Grundmann (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 439.

¹¹⁸ Vgl. dazu Vormbaum (Fn. 11), S. 130 f.

in der Sowjetunion den Beigeschmack einer Relativierung des spezifischen nationalsozialistischen Unrechts – namentlich des Rassismus und Antisemitismus – in sich trägt.¹²⁴ Wenn sich danach aber eine Gleichsetzung der Unerträglichkeit des Unrechts in Nazi-Deutschland mit demjenigen in der DDR nicht nur in quantitativer, sondern vor allem auch in qualitativer Hinsicht verbietet, heißt dies andererseits aber noch nicht – wie von manchen gefordert –, dass nur Exzessfälle – wie das Dauerfeuer auf einen bereits gestoppten Flüchtling etc. – einer gesamtdeutschen strafrechtlichen Aufarbeitung bedürfen. Gerade der Umstand, dass auch solche Exzessfälle trotz regelmäßig lückenloser Aufklärung durch die DDR-Organen nicht zu einem Strafverfahren in Ostdeutschland geführt haben, führt uns vielmehr zur *Radbruch*-schen Verleugungsformel.

Recht, das nicht einmal anstrebt Recht zu sein, weil es die Gleichheit als den Kern der Gerechtigkeit verleugnet – das ist für *Radbruch* überhaupt kein Recht. Auf das Strafrecht bezogen heißt dies, dass eine dadurch zementierte Ungleichheit der fraglichen Norm – zumeist geht es hier um Rechtfertigungsgründe wie in der DDR den Schießbefehl oder § 27 GrenzG – letztlich ihren Rechtscharakter nimmt. Unmittelbar ist auch das natürlich gemünzt gewesen auf die NS-Zeit, als Juden, Polen und andere sog. „Fremdvölkische“ absichtlich einem anderen Rechtsregime unterworfen wurden als deutsche „Normalarier“.¹²⁵ Eine derartige gesetzliche Diskriminierung war der DDR naturgemäß fremd; das sozialistische Recht – und damit auch das DDR-Strafrecht – war ein Mittel der Partei zur Durchsetzung ihrer Ziele.¹²⁶ Damit diente es formal gesehen sogar der Durchsetzung der Gleichheit aller Menschen in einer kommunistischen Gesellschaft. Auch mit den Mitteln des Strafrechts wurde von der sozialistischen Norm abweichendes Verhalten innerhalb der DDR sanktioniert.¹²⁷ Insofern gab es sozusagen ein atheistisches „*cuius regio eius religio*“. Allerdings ist – neben dem fehlenden Glauben – auf einen weiteren bemerkenswerten Unterschied hinzuweisen: In der frühen Neuzeit wurde den Betroffenen ein *ius emigrandi* als Alternative zu „gläubiger Gleichheit“ zuerkannt; daran fehlte es in der DDR.

Bedenkt man nun einerseits, dass die DDR – wie jeder Staat – vorsätzliche Tötungen auch in der Rechtspraxis mit

erheblichen Strafen belegte,¹²⁸ zugleich aber ein zunehmend verfeinertes System der Rechtfertigung geschaffen hatte, das tödliche Schüsse an der Grenze – egal in welcher Situation – zur straflosen Normalität erhob,¹²⁹ wird schon deutlich, dass vorsätzliche Tötungen innerhalb der DDR vor den Schranken der Strafgerichte eben nicht gleich behandelt wurden. Frei nach *George Orwells* „*animal farm*“: Die Tötungen an der Mauer waren gleicher als die anderen in der DDR. Ausgehend vom durch Tötungsdelikte in West wie Ost geschützten Rechtsgut – dem menschlichen Leben – tut sich somit innerhalb der DDR eine erhebliche Diskrepanz auf. Auch wenn natürlich wiederum alle Staaten Situationen kennen, in denen vorsätzliche Tötungen gerechtfertigt sein können – man denke nur an Notwehr (§ 32 StGB) und Krieg – so handelt es sich doch stets strukturell um Ausnahmefälle; selbst ein „*bellum iustum*“ entbindet die Kombattanten nicht von ihrer Verpflichtungen des „*ius in bello*“ und gestattet damit nicht jedwede Tötung von gegnerischen Soldaten. An der innerdeutschen Grenze dagegen war die Straflosigkeit für Tötungen von Flüchtlingen ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles die Regel. Dass dieses Grenzregime nicht dem Schutz des Lebens, sondern allein der Machterhaltung des SED-Staates diene, zeigt sich schließlich an den zur Vertuschung solcher Schüsse bereits vorab geplanten und praktizierten Maßnahmen wie etwa den Transport eines lebensgefährlich Verletzten nicht mittels Krankenwagen in das nächste Krankenhaus, sondern – teilweise in Militärfahrzeugen – in ein weiter entferntes Militärhospital. Priorität hatte nicht nur die Verhinderung des Grenzdurchbruchs; gegenüber dem Lebensschutz des gestoppten und verletzten Flüchtlings prioritär war sogar eine Vertuschung des vorherigen Verhaltens, so dass – selbst nach definitiver Verhinderung der Flucht – noch dessen Tod in Kauf genommen wurde. Umgekehrt wurden bestimmte „Grenzsicherungsmaßnahmen“ ausgesetzt, wenn sie gerade – wie wegen eines Staatsbesuchs – der Staatsführung inopportun erschienen.

IV. Fazit

Das materielle Strafrecht ist grundsätzlich nicht geeignet, Gleichheit im Sinne von Willkürfreiheit durchzusetzen, schon weil in einem freiheitlichen Rechtsstaat gleiches Verhalten der Staatsbürger nicht von (Straf-)Rechtswegen erzwungen werden sollte. Lediglich in Ausnahmekonstellationen mag die Erzwingung einer „Mindestgleichheit“ im *forum externum* auch mittels des Strafrechts oder aber – wie mit *Radbruch*-scher Verleugungsformel – die Absage an eine Rechtfertigungswirkung für eine grob gleichheitswidrige Norm denkbar sein. Von Versuchen, einen – von historischen Sondersituationen wie namentlich den (Neo-)Nazismus losgelösten – allgemeinen Anti-Diskriminierungs-Straftatbestand zu schaffen, sollte daher weiterhin Abstand genommen werden. Im Privatrecht mag das Sozialstaatsprinzip etwa Eingriffe in die freiheitliche

¹²⁴ Dazu *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 5, 2008, S. 284 ff. m.w.N.

¹²⁵ Zum Prinzip des Sonderrechts aufgrund „völkischer Ungleichheit“ vgl. nur *Majer*, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, 1987, S. 117 ff.; *dies.*, in: Hertle/Schaarschmidt (Hrsg.), Strafjustiz im Nationalsozialismus, 2008, S. 11.

¹²⁶ Dazu *Arnold*, in: *Arnold* (Hrsg.), Die Normalität des Strafrechts der DDR, 1995, S. 63; *Rüping/Jerouschek* (Fn. 69), Rn. 344. Zur politischen Strafjustiz in der DDR vgl. nur *Werke*, Politische Strafjustiz in der Ära Ulbricht, 1995, passim.

¹²⁷ Zum Strafrecht der DDR vgl. die Beiträge in *Arnold* (Fn. 126), und *Vormbaum* (Fn. 11), S. 250 ff.

¹²⁸ Zur lebenslangen Freiheitsstrafe in der DDR *Arnold* (Fn. 126), S. 187.

¹²⁹ Zum Grenzregime der DDR vgl. nur *Werle/Burghardt*, in: *Geisler* (Fn. 31), S. 757 (S. 758 ff.) m.w.N.

Eigentumsordnung begründen,¹³⁰ schon weil Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG statuiert: „Eigentum verpflichtet“. Die flächendeckende Durchsetzung von Gleichheit mittels Strafnormen würde in Richtung auf ein gemeinschaftsgebundenes, auf den Pflichtgedanken aufbauendes Strafrecht führen, wie es in einem freiheitlichen Rechtsstaat keinen Platz hat.

¹³⁰ Zum Verhältnis von Sozialstaat und freiheitlicher Eigentumsordnung äußert sich der Strafrechtler *Kühl*, in: Richardi (Hrsg.), Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, Wolfgang Blomeyer zum Gedenken, 2003, S. 789.