

- 01 **kann weg? muss weg!**  
von Thomas Uwer
- 05 **muss weg # 1  
die große streichparade**  
von Helmut Pollähne
- 07 **kann weg? bleibt trotzdem**  
von Elisa Hoven
- 09 **muss weg # 2  
§ 219a StGB**  
von Gabriele Heinecke
- 13 **muss weg # 3  
das betäubungsmittelrecht**  
von Justine Diebel & Leo Teuter
- 17 **von der gelassenheit**  
von Tim Burkert
- 20 **muss weg # 4  
beförderungerschleichung**  
von Cäcilia Rennert
- 22 **im winter sind die zellen voll**  
von Manuela Heim
- 27 **wer ist hier der gefährder?**  
von Seda Basay-Yildiz
- 30 **kein ende der käfighaltung**  
von Sebastian Scheerer
- 33 **was hier geschieht, ist  
politikgemachtes sterben**  
Interview mit Pia Klemp
- 37 **zwei juristen, drei meinungen**  
von Stefan Conen
- 39 **rechtsberatung in  
strafbefehlsverfahren**  
von Cäcilia Rennert
- 41 **„sozialadäquates verhalten“  
die justizielle aufarbeitung  
der colonia dignidad**  
von Mirka Fries & Andreas Schüller
- 47 **fortbildungskalender**
- 51 **zur lage der anwält\*innen  
im iran**  
von Mehrangiz Kar

Thomas Uwer

# kann weg? muss weg!

**Schlechtes Strafrecht ist nicht nur  
»entbehrlich«, sondern schädlich und muss  
weg. Aber wo anfangen? Eine Einleitung.**

Es dürfte schon etwas her sein, dass zum letzten Male ein Angeklagter wegen Scheckbetrugs verurteilt wurde. Selbst als es noch Scheckhefte gab, war die Zahl der Fälle nicht wirklich beängstigend hoch. Auch eine Fortbildung zu den Besonderheiten von Verfahren wegen Verschleppung in die DDR (gem. § 234a StGB) kann man sich getrost sparen; selbst wenn man es mancherorts kaum merkt, ist der Grund für den Tatbestand bereits kurz vor dem Scheckbuch verschwunden.

Schüttelt man das StGB nur einmal leicht durch, fallen überall ähnlich trollige Tatbestände heraus, die heute kein Jurastudent und in zehn Jahren schon kein Richter mehr versteht. Man könnte solche Normen getrost streichen und niemand würde es bemerken. Rechtspolitiker hingegen könnten sich freuen und die Lücken mit dem füllen, was sie am allerliebsten mögen: neue Straftatbestände. Aber seltsam, nichts wird gestrichen, sondern daran festgehalten, als wollte man damit einen Crazy-Law-Challenge gewinnen oder hoffte insgeheim, die DDR kehrte zurück und würde reuigen Rechtspolitikern das Begrüßungsgeld in Barschecks auszahlen.

Dass sich Rechtspolitiker so verhalten, ist natürlich so wenig überraschend, wie die Forderung nach Entkriminalisierung neu. Denn darum geht es im Kern: *Entkriminalisierung*. Ginge es nur ums Aufräumen, bräuchte man keine Rechtspolitik und keine Expertenanhörungen. Marie Kondo würde reichen. Spätestens seit Mitte der Siebziger Jahre befasst sich aber ein nicht unerheblicher Teil der kriminologischen Forschung und auch der Strafrechtswissenschaft mit nichts anderem so sehr, wie der Zurückdrängung von Strafe, deren sozial-schädliche und desintegrative Wirkung so evident ist, wie ihre (general- oder spezial-) präventive Wirkung fraglich. Genauso beharrlich, aber ungleich erfolgreicher, werden alle Entkriminalisierungsforderungen abgebügelt. Seit Mitte der Achtziger Jahre ist nicht die Entkriminalisierung, sondern »die Expansion des Strafrechts zum beherrschenden Merkmal der kriminalpolitischen Szene (geworden) und das Strafrecht (hat) einen historisch bis dahin nie erreichten Umfang erreicht.«<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Thomas Vormbaum, Entkriminalisierung und Strafrecht, in: ders., Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, Münster 2011, S. 27.

\* Bild:  
JVA Berlin-Plötzensee.  
Hier befindet sich auch die  
Abteilung für Ersatzfreiheits-  
strafen  
Foto: Sebastian Wells /  
Ostkreuz



## Streichliste Top Five Prof. Dr. Matthias Jahn

Meine persönliche Top Five-Streichliste erstelle ich, indem ich die KriK-Tabelle aus ZStW 129 (2017), 334, 338 durchmustere und kommentiere (Platzierung/Tatbestand/Grund):

1. § 173 StGB - weil Hassemer in BVerfGE 120, 224, 255 ff. Recht hatte
2. § 217 StGB - weil mich diejenigen Verfassungsbeschwerden, die ich gelesen habe, überzeugt haben
3. § 89a (b, c) StGB - weil das auch bei Brodowski/Jahn/Schmitt-Leonardy GSZ 2018, 7, 8 ff. steht
4. § 226a StGB - weil die Gleichheitswidrigkeit mit Blick auf § 1631d BGB schon für Erstsemester augenfällig ist
5. §§ 3, 4 AntiDopG - ceterum censeo ... vom sonstigen Nebenstrafrecht (und Prozessrecht) nicht zu reden

Wer heutzutage ernsthaft die Abschaffung der »Käfighaltung von Menschen«, also des Gefängniswesens, fordert (wie in diesem Heft *Sebastian Scheerer*), wird schnell als Sonderling betrachtet, während der andere, der sich für die Schaffung eines Tatbestands einsetzt, zu dem es noch nicht einmal ein verletzbares Rechtsgut gibt (demzufolge man aber gleichwohl einen Menschen einsperren kann), gemeinhin als vernünftig durchgeht.

Wie groß die Unzufriedenheit mit diesem Zustand innerhalb der Rechtswissenschaft sein muss, lässt sich halbwegs erahnen, wenn man die Liste derjenigen Tatbestände betrachtet, die Strafrechtslehrer\*innen als »entbehrlich« ansehen. Nachgefragt haben *Elisa Hoven* und *Thomas Weigend* anlässlich einer Tagung Ende 2016 (»Entbehrliche Tatbestände«)<sup>2</sup> und wählten, ob kühl kalkuliert oder unbewusst, einen Begriff, der dem Effektivierungs- und Optimierungsjargon des rechtspolitischen Ge-

schäfts entliehen scheint. Wahrscheinlich war es ein Trick, denn ginge es wirklich nur um »entbehrliche«, nicht aber um schädliche und in jeder Hinsicht schlechte Tatbestände, man könnte den Aufwand sich sparen. Wer verschlanken und abspecken will, soll zu Mrs. Sporty gehen. Tote Tatbestände hingegen, die alleine aufgrund der technisch-gesellschaftlichen Entwicklung entbehrlich geworden sind, richten abgesehen von Papierverschwendung keinen Schaden an.

So enthält die Liste der zur Streichung vorgeschlagenen Tatbestände zwar auch einige im engen Sinne entbehrliche. Vor allem aber wurden Tatbestände nominiert, deren Verfassungskonformität angezweifelt wird, solche die redundant sind, weil das von ihnen erfasste »Unrecht« bereits in anderen Tatbeständen erfasst wurde (z.B. § 316a StGB), die in direkter Weise (sozial) schädlich sind oder auch solche, denen es an einem schützenswerten Rechtsgut insgesamt fehlt. Viele dieser Tatbestände und Normen sind in den vergangenen Jahren

<sup>2</sup> Vgl. *Elisa Hoven* ZStW 2017, 129(2), 334-348

## »Entbehrliche« Tatbestände

Strafrechtslehrer\*innen aus Deutschland wurden gebeten, Straftatbestände aus dem Kernstrafrecht zu nennen, die sie für »entbehrlich« halten. 72 Professor\*innen sind dieser Bitte nachgekommen. Die Tabelle zeigt die Tatbestände, die mindestens von zwei Befragten genannt wurden:

PLATZ	TATBESTAND	ANZAHL D. NENNUNGEN
1.	173	19
2.	217	16
3.	89a (b, c) 226a	6
5.	166 167a 183 184 184a 184f	5
	299 I Nr. 2 (299)	5 (4 und 1)
	316a	5
13.	264a 265 266b	4
16.	184b 184c 185 237	3
	Bagatellfälle 242, 246, 263	3
	261 (261 V)	3 (2 und 1)
	264	3
	265a (Beförderungserschleichung)	3
	265b 297	3
26.	30 I 3 109 134 142	2
	145d/145d II Nr. 2	2 (1 und 1)
	167 172 183a 184g 202c 228 238 248b 284, 285, 287 323b 331, 33 352 353a 353d	2
	Gesetzesvorhaben: Manipulation im Sport	2
	aus: Hoven, ZStW 129 (2017), 334, 338	

im **freispruch** bereits thematisiert worden.<sup>3</sup> *Gabriele Heinecke* hat in ihrem Eröffnungsvortrag des 41. Strafverteidigertages auf eine Reihe solcher Normen hingewiesen,<sup>4</sup> der 42. Strafverteidigertag 2018 widmete dem Thema eine ganze Arbeitsgruppe.<sup>5</sup>

Für die Strafverteidigervereinigungen spielten in den vergangenen Jahren vor allem drei Aspekte wiederholt eine Rolle: moralische Tatbestände (und symbolisches Strafrecht), Präventionsstrafrecht und die in besonderer Weise sozial schädliche Bestrafung von Bagatelldelikten.

## moralische/symbolische tatbestände

In kaum einem Bereich dürfte die Einschätzung der »Entbehrlichkeit« von Tatbeständen so auseinanderklaffen, wie bei denjenigen Normen, die in den vergangenen Jahren als Reaktion auf die öffentliche Empörung über Einzelfälle geschaffen wurden. Die jüngste, womöglich verfassungswidrige, Reform des Sexualstrafrechts (Gina-Lisa-Law) lebte vor allem von einer weitreichenden moralischen Empörung und wurde vom Deutschen Bundestag ohne eine einzige Gegenstimme mit Standing Ovations angenommen.

Wenn also offenkundig nicht für alle entbehrlich, so sind Normen, die dem Schutz bestimmter, vermeintlich geteilter Moral-

**3** Siehe Bspw.: *Mandy Schultz* zu §§ 90 & 103 StGB (Heft 10, 2017), *Angela Furmaniak* zu § 113 StGB (Heft 10, 2017), *Anne Scharfenberg* zu § 177 StGB (Heft 9, 2016), *Thomas Uwer* zu § 184j StGB (Heft 9, 2016), *Leo Teuter* zum BtmG (Heft 9, 2016; Heft 5, 2014), *Helmut Polähne* zu §§ 177, 179 StGB (Heft 8, 2016), *Kai Guthke* und *Lefter Kitlikoglu* zu §§ 142, 229, 265a StGB (Heft 8, 2016), *Thomas Uwer* zu §§ 89 a, b, c u. 91 StGB (Heft 7, 2015), *Stephan Kuhn* zu § 129b StGB (Heft 6, 2015), *Axel Nagler* zu § 129 a, b StGB (Heft 6, 2015), *Kai Guthke* und *Lefter Kitlikoglu* zu § 43 StGB (Heft 6, 2015), *Margarete von Galen* zu §§ 180a, 181a, 184f StGB (Heft 4, 2014), *Axel Nagler* zu §§ 95, 96, 97 AufenthG (Heft 4, 2014).

**4** Online nachlesbar unter: [https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Schriftenreihe/Texte/Band%2041/Heinecke\\_8\\_25\\_41SchrStVV.pdf](https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Schriftenreihe/Texte/Band%2041/Heinecke_8_25_41SchrStVV.pdf)

**5** Zur Abschaffung schlug die AG »Entrümpelung« folgende Normen vor: § 89 a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat); §§ 113, 114 StGB (Widerstand gegen und tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte); § 142 StGB (unerlaubtes Entfernen vom Unfallort); § 183 StGB (exhibitionistische Handlungen); § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution); § 184i, j StGB (Sexuelle Belästigung aus Gruppen); § 218 - § 219 a StGB (Schwangerschaftsabbruch); § 241 StGB (Bedrohung); §§ 248 a bis c StGB (Diebstahl geringwertiger Sachen, unbefugter Gebrauch eines Kfz, Entziehung von elektr. Energie); § 265a StGB (Erschleichen von Leistungen); § 29 BtmG; § 95, 96 AufenthG; § 4 AntiDopG.

vorstellungen dienen, doch nicht nur ärgerlich, sondern auch schädlich, weil sie die Ausweitung der Strafbarkeit über die Grenzen des Rechtsgüterschutzes hinaustreiben. *Elisa Hoven* spricht bei einer ganzen Reihe von Tatbeständen aus dem Bereich des Sexualstrafrechts von einem »gänzlichen Fehlen eines rationalen Schutzinteresses«; sie dienen einzig dem Schutz der Sexualmoral. Dies betrifft das (von den meisten von ihr befragten Hochschullehrer\*innen genannte) Inzestverbot und die Bigamie genauso wie das Verbot der Verbreitung tierpornographischer Schriften.

Den meisten »moralischen« Tatbeständen ist gemein, dass ihnen ein klar konturiertes Rechtsgut fehlt, das über den Schutz moralischer Werte (und die beklemmende Vorstellungswelt christlich-religiöser Lobbygruppen) hinausreichte. Dies betrifft direkt den § 166 StGB, der mit dem »öffentlichen Friedenschutz« begründet wird, letztlich aber nur die Kirchen vor bösem Witz, Spott und Kritik schützt und im Kern der Salman-Rushdi-Fatwa Ayatollah Khomeinis näher ist, als es den kulturkämpferischen Verteidigern des Abendlandes lieb sein kann. Dies betrifft aber auch abstrakte Gefährdungsdelikte, bei denen nur angenommen wird, dass eine Handlung den »öffentlichen Frieden« oder »den Bestand und die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland« beeinträchtigt, bspw. durch die »Verunglimpfung des Bundespräsidenten« (§ 90 StGB) oder die »Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole« (§ 90a StGB), ohne, dass ein Taterfolg eintritt oder durch die inkriminierte »Tat« auch nur eintreten könnte. Der Bestand der Republik wird jedenfalls weder gefährdet, wenn ein Satiremagazin den Bundespräsidenten als »hochinfektiösen Prionenklumpen« bezeichnet, noch, wenn der hessische Wappenlöwe mit Helm und Schlagstock dargestellt wird.

## präventionsstrafrecht

Der fehlende Erfolgseintritt ist kennzeichnend auch für die Tatbestände des Präventionsstrafrechts, bei dem die Strafbarkeit weit vorverlagert wird und die Grenze zur polizeilichen Gefahrenabwehr vielfach verschwimmt. In den §§ 89 a, b, c StGB geht dies so weit, dass nicht die konkrete Vorbereitung einer Tat, sondern gänzlich sozialadäquate Handlungen im »Vorfeld der Vorbereitung« inkriminiert werden (§ 89 a Abs. 2, S. 1: Vorbereitungshandlungen des »Unterweisens und Sich-Unterweisenlassens« in »sonstigen Fertigkeiten«, also bspw. Sprachunterricht, »Erlernen des Steuerns eines Kfz«). Ihren rechtsgutsgefährdenden Gehalt beziehen diese Handlungen lediglich

aus dem *unterstellten* Telos der künftigen Begehung einer staatsgefährdenden Gewalttat. Der objektive Unrechtsgehalt der inkriminierten Handlung geht gegen Null.

## bagatelldelikte

Einen besonderen Platz in der langen Streichliste aber nehmen Bagatelldelikte ein. Sie werfen prinzipiell die Frage nach der Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Sanktion auf, da das (oft gleichwohl zweifelhafte) Unrecht fast durchgängig mit milderen Mitteln sanktioniert und wieder gutgemacht werden kann. Jede Verurteilung wegen Ladendiebstahls und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§§ 242, 246, 263 StGB), wegen Schwarzfahrens (§ 265a StGB – dazu in diesem Heft *Cäcilia Rennert*) oder dem Konsum von Freizeitdrogen bestätigt den Verdacht, der jedem Jurastudenten schon im ersten Semester kommt: dass die Rede vom Strafrecht als »Ultima Ratio« reine Redundanz ist, so, wie man in Bayern »Grüß Gott« sagt, auch wenn man Atheist ist. Weil die strafrechtliche Verfolgung dieser Bagatelldelikte sich überwiegend gegen ohnehin sozial abgehängte »Tätergruppen« richtet, handelt es sich in der Regel um eine Bestrafung der Armen, oder anders formuliert: um Klassenstrafrecht der schäbigsten Art.

Die Liste der schädlichen, ärgerlichen und auch manchmal nur schlecht gemachten, weil redundanten Tatbestände, lässt sich weiterschreiben – und wird weitergeschrieben werden. Für diese Ausgabe des **freispruch** haben wir bei einigen Autor\*innen nachgefragt und um die Übersendung persönlicher »Streichlisten« gebeten. Manche Antwort kam als Liste, andere nahmen sich eine der zu streichenden Normen genauer vor, wieder andere verzweifelten schier an der Masse der zu kommentierenden Tatbestände. Einige der besonders ärgerlichen oder überflüssigen Normen werden in diesem Heft beschrieben.

## Streichliste zur Diskussion Prof. Dr. Robert Esser

- § 113 StGB → Verhältnis zu § 240 StGB bedarf abschließender Klärung
- § 142 StGB → Vereinbarkeit mit nemo-tenetur-Grundsatz?
- § 166 StGB → Schutz von Moralvorstellungen
- § 167a StGB → Praktische Bedeutungslosigkeit
- § 170 StGB → Verhältnismäßigkeit?
- § 172 StGB → Schutz von Moralvorstellungen
- § 173 StGB → Schutz von Moralvorstellungen
- § 183 StGB → Kriminalisierung eines Krankheitsbildes
- § 183a StGB → kein sozialschädliches Verhalten; Sanktionierung über OWiG ausreichend
- § 184f StGB → Unverhältnismäßigkeit
- § 184i StGB → Ahndung über OWi-Recht ausreichend
- § 184j StGB → Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip fraglich
- § 185 StGB → Ahndung über OWi-Recht ausreichend; nur qualifizierte Formen als Straftaten
- § 217 StGB → Unverhältnismäßigkeit; bloßes Moralrecht
- § 219a StGB → Schutzgehalt fraglich
- § 223, 229 StGB → Beschränkung des (geschriebenen) Tatbestandes auf erhebliche Verletzungen / zivilrechtliche Kompensation bei geringen Schäden ausreichend
- § 237 StGB → Verhältnis zu § 240 StGB klärungsbedürftig
- § 241a StGB → Politische Überholung der Tatbestände
- § 242 StGB → Debatte über die Entkriminalisierung von Containern  
Einfacher Ladendiebstahl wg. Bagatelldeliktcharakter bloße Ordnungswidrigkeit
- § 264a StGB → Abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt; »Sicherheitsstrafrecht«
- § 265a StGB → Beschränkung des Tatbestandes auf die Umgehung eines Hindernisses
- §§ 265c, 265d StGB → Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit; Schutz ethischer Rechtsgüter; Verwässerung der Grenzen von Recht u. Moral
- § 284 StGB → Verhältnismäßigkeit fraglich
- § 299 StGB → fairer Wettbewerb als taugliches Rechtsgut?
- § 316a StGB → keine originäre Bedeutung wegen §§ 249 / 253 StGB
- § 323a StGB → Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip fraglich
- § 329 StGB → Unverhältnismäßigkeit
- §§ 3, 4 AntiDopG → Sportinstitutionen in Eigenverantwortung, die Integrität des Sports zu sichern; Übermaßverbot

## impresum

**freispruch** ist das Mitgliederorgan der Strafverteidigervereinigungen und erscheint beim:

### Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen

Redaktion: Thomas Uwer  
Fanny-Zobel-Str. 11 | 12435 Berlin

**freispruch** erscheint halbjährlich in einer Auflage von 4.000 Exemplaren. Die Frühjahrsausgabe erscheint zum jeweiligen Strafverteidigertag (März), die Herbstausgabe im September.

Einsendungen richten Sie bitte per E-Mail an [info@strafverteidigertag.de](mailto:info@strafverteidigertag.de).

Informationen zu Anzeigenmöglichkeiten und -preisen senden wir Ihnen auf Anfrage zu.

Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen  
Fanny-Zobel-Str. 11 | 12435 Berlin  
St.Nr. 36/214/00976 FA Treptow-Köpenick  
[www.strafverteidigervereinigungen.org](http://www.strafverteidigervereinigungen.org)  
[organisation@strafverteidigervereinigungen.org](mailto:organisation@strafverteidigervereinigungen.org)  
ISSN: 2196-9868